

Prof. Dr. Christian Koenig und Franziska Schramm*

Die Regulierung von Flughafenentgelten

Ähnlich wie in anderen Netzwirtschaften erfolgte auch bei der Regulierung von Flughafenentgelten der Anstoß nicht im nationalen Raum, sondern vielmehr aufgrund der Richtlinie 2009/12/EG über Flughafenentgelte, welche im Wege der Rechtsangleichung einen gemeinsamen Binnenmarktrahmen für die an den Flughäfen in der EU anwendbaren Regelungen bezüglich der Erhebung von Flughafenentgelten geschaffen hat. Kritisch zu beleuchten ist die Tatsache, dass in Deutschland – auch nach Umsetzung der Richtlinie im gesetzlichen Rahmen des § 19b LuftVG – in der Rechtswirklichkeit überwiegend weiterhin ein Verfahren der einseitigen Entgeltfestlegung durch die Flughafenbetreiber mit behördlicher Bestätigung praktiziert wird, ohne dass die Möglichkeiten der Einflussnahme der Fluggesellschaften i. S. v. verhandlungsbasierenden Entgelten im Rahmen einer richtlinienkonformen Einführung eines regulatorisch eingerahmten substantiellen Verhandlungsabschnittes praktisch verbessert wurden.

I. Unionsrechtlicher Anstoß zu einer neuen Regulierungsordnung

Die Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG findet auf Flughäfen Anwendung, „die für den gewerblichen Verkehr geöffnet sind und jährlich mehr als 5 Millionen Fluggastbewegungen aufweisen“ (Art. 1 Abs. 2). Die den gemeinsamen Rechtsrahmen bestimmenden allgemeinen Leitprinzipien der Richtlinie umfassen u. a. ein Konsultationsgebot und ein Transparenzgebot. Die in der Richtlinie enthaltenen Verfahrensvorgaben sehen daher regelmäßige Konsultationen über die Durchführung der Flughafenentgeltregelungen, die Höhe der Flughafenentgelte und die Qualität der erbrachten Dienstleistungen zwischen dem Flughafenleitungsorgan und den Flughafen-

nutzern mindestens einmal jährlich vor (Art. 6 Abs. 1) und erlegen den Parteien vorab entsprechende gegenseitige Informationspflichten auf.

Die Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG ist durch § 19b LuftVG im Mai 2012 in deutsches Recht umgesetzt worden. Gemäß § 19b Abs. 1 S. 3 LuftVG wird die Genehmigung zur Erhebung der in einer Entgeltordnung vorgesehenen Entgelte für die Nutzung der Einrichtungen und Dienstleistungen des Flughafens erteilt, wenn diese Entgelte nach geeigneten, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien geregelt sind. Für Flughäfen, die jährlich mehr als fünf Millionen Passagiere aufweisen und entsprechend der Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG (Art. 1 Abs. 2) unterliegen, gilt nach § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG zusätzlich, dass die Höhe der Entgelte in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe der „voraussichtlich tatsächlichen Kosten“ zu stehen hat und die „Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung erkennbar“ sein muss.

Ausgangspunkt für den Reformbedarf der Flughafenentgeltregulierung ist die derzeitige einseitige Entgeltfestlegung durch die Flughafenbetreiber: *Beckers/Klatt/Kühling* haben in ihrer grundlegenden Studie zum Reformbedarf für eine konsistente Entgeltregulierung der deutschen Flughäfen dargestellt, dass große Drehkreuz- bzw. „Hub“-Flughäfen (Frankfurt am Main, München) und große Sekundärflughäfen (Hamburg, Stuttgart, Köln/Bonn, Düsseldorf) in Deutschland aufgrund ihres Standorts, ihrer Funktionen und ihrer Infrastruktur nach Maßgabe der jeweils sachlich und räumlich relevanten Marktabgrenzung regelmäßig eine Reihe von regionalen

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

bzw. lokalen Monopolen halten.¹ Im Folgenden werden die sich aus richtlinienkonformer Auslegung des § 19b LuftVG ergebenden wesentlichen Anforderungen an ein transparentes Verfahren und die relevanten Bewertungsmaßstäbe zur Genehmigung von Flughafenentgelten durch die zuständigen Behörden dargestellt.

II. Vorgaben der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG und des § 19b LuftVG

1. Verhandlungsbasierte Entgeltfestlegung

Die Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG veranlasst eine Entscheidungsverlagerung von einseitig festgesetzten – und durch die Behörden genehmigten – Flughafenentgelten hin zu bilateral zwischen den betroffenen Parteien (Flughafenbetreiber und Flughafenutzer) in einem System der regulatorisch hergestellten Gleichordnung verhandelten Entgelten. Alle Änderungen von Flughafenentgelten sollen primär das Ergebnis von Konsultationen sein, die nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie „wann immer möglich im Einvernehmen zwischen dem Flughafenleitungsorgan und den Flughafenutzern vorgenommen werden“. Damit sieht die Richtlinie das Einvernehmen als Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Flughafenutzern und Flughafenbetreibern vor. Eine unabhängige nationale Genehmigungsbehörde soll erst in einem zweiten Schritt anzurufen sein, um die zwischen Flughafenbetreibern und -nutzern verhandelten Entgeltregelungen zu genehmigen (Art. 6 Abs. 4) oder im Fall der Uneinigkeit die Begründungen für Änderungen der Flughafenentgeltregelungen zu überprüfen (Art. 6 Abs. 3).

2. Abbau von Informationsasymmetrien – Herstellung von Verhandlungssymmetrie

§ 19b Abs. 3 Nr. 6 LuftVG sieht – in Umsetzung der Richtlinie 2009/12/EG – eine Konsultationspflicht des Flughafenbetreibers gegenüber den Flughafenutzern (Fluggesellschaften) vor und nennt „Unterlagen und Informationen“, die der Flughafenbetreiber den Flughafenutzern rechtzeitig vor dem Konsultationstermin vorzulegen hat. Die dort vorzufindende Auflistung (lit. a bis h) ist hinsichtlich ihres Detaillierungs- und Konkretisierungsgrades wenig spezifiziert und lässt entsprechenden Spielraum dafür, was unter einer ausreichenden und sachgerechten Transparenz zu verstehen ist bzw. welche Unterlagen und Informationen vorgelegt werden müssen, um eine solche Transparenz herzustellen. Transparenz ist aber sowohl für die Flughafenutzer als auch für die Genehmigungsbehörde Grundvoraussetzung, um überhaupt beurteilen zu können, ob die Entgelte in der Entgeltordnung nach geeigneten, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien geregelt sind und ob zwischen Entgelten und Kosten ein „angemessenes Verhältnis“ besteht bzw. ob bei den Kosten eine „Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung erkennbar“ ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Flughäfen in Deutschland regelmäßig für die Ermittlung der relevanten Kosten das sog. Zwei-Kassen-Prinzip („Dual Till“-Ansatz) anwenden, d. h. Kosten und Erlöse jeweils dem Flugbetriebsbereich („Aviation“) und dem nicht unmittelbar mit dem Flugbetrieb zusammenhängenden Bereich („Non-Aviation“) zuordnen.

Die verfahrensrechtlichen Vorgaben der Informationsweitergabe und der Konsultationszyklen sollen die Partei in der stärkeren Verhandlungs- und Wissensposition – also die Flughafenbetreiber als Inhaber regionaler bzw. lokaler Monopole des Luftverkehrs – grundsätzlich zu einem Abbau der Informationsasymmetrien zugunsten materieller Verhandlungsgleichheit veranlassen, um die Fluggesellschaften und die Flughäfenbetreiber in die regulatorisch hergestellte Lage zu versetzen, die Entgelte primär marktwirtschaftlich auszutarieren.

Die Richtlinie intendiert, für beide Parteien gleiche Ausgangsbedingungen („level playing field“) regulatorisch herzustellen, die zwar die ungleiche Marktmachtverteilung zwischen Flughafenutzern und -betreibern nicht aufheben können, aber zumindest fairere Spielregeln für das Zustandekommen der Flughafenentgelte unter Einbeziehung der Interessen beider Seiten ermöglichen sollen. Verhandlungen sollen auf der Offenlegung von transparenten und nachvollziehbaren Kostenstrukturen der Flughäfen basieren, um durch die Herstellung von Verhandlungssymmetrie bessere Voraussetzungen für faire Vereinbarungen zu schaffen. Resultat sollen Entgeltfestsetzungen sein, die objektiv eine (verhandelte) Gegenleistung der erbrachten Dienstleistungen und Infrastrukturbereitstellung darstellen. Unter dem regulatorischen „Als-Ob“-Wettbewerb-Rechtsrahmen der Richtlinie wird somit materielle Verhandlungsgleichheit simuliert.

3. Richtlinienumsetzungsdefizit des § 19b LuftVG

Zwar wurde die Konsultationspflicht aus der Richtlinie zugunsten der Fluggesellschaften umgesetzt, aber das deutsche Verfahren führt nicht zu einem primär verhandlungsbasierten Ergebnis, das Leistung und Gegenleistung in einem regulatorisch erst ermöglichten marktwirtschaftlichen Verhältnis ausartiert. Ein rein hoheitliches Verfahren durch eine Aufsichtsbehörde, das zwar regelmäßige Konsultationen zwischen den Parteien vorsieht, aber keine primär verhandlungsbasierten Ergebnisse ermöglicht, erfüllt somit nicht die Anforderungen der Richtlinie. Für die Formulierungen und verfahrensrechtlichen Regelungen des § 19b LuftVG, die von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen oder die hinter den teleologischen Richtlinienvorgaben, also ihrer „praktischen Wirksamkeit“, zurückbleiben, gilt das Prinzip der richtlinienkonformen Auslegung.² Die richtlinienkonforme Auslegung des § 19b LuftVG vermeidet eine durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts sanktionierte Unanwendbarkeit von hinter den Richtlinienvorgaben zurückbleibenden Regelungen.³ Will die Rechtsanwendung den § 19b LuftVG im Wege seiner richtlinienkonformen Auslegung vor dieser drohenden Unanwendbarkeit bewahren, so müssen die herausgearbeiteten Umsetzungsdefizite als Minus auf der Seite der Verfahrensgestaltung einerseits durch ein Plus bei den Anforderungen an die Konsultation, Transparenz, Objektivität und Nichtdiskriminierung andererseits ausgeglichen werden.

4. Vorlagepflicht gegenüber der Genehmigungsbehörde

Auch die unabhängige Aufsichtsbehörde muss Zugang zu allen für die Entgeltfestlegung relevanten Informationen haben. Damit die Aufsichtsbehörden eine verursachungsgerechte Kostenzurechnungskontrolle vornehmen und gewährleisten können, müssen die im Vorfeld der Konsultationstermine den Flughafenutzern vorzulegenden Unterlagen identisch sein mit denen, die den Aufsichtsbehörden im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorzulegen sind. Die nationale Aufsichtsbehörde darf auch deshalb nicht in dem ihr durch die Flughafenbetreiber zu gewährenden Informationsumfang

1 Beckers/Klatt/Kühling, Entgeltregulierung der deutschen Flughäfen – Reformbedarf aus ökonomischer und juristischer Sicht, 2010, S. 54 ff.

2 Der EuGH geht von einem *allgemeinen Gebot* unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts aus, das dem primären Unionsrecht immanent sei, vgl. nur EuGH, Slg. 2004, I-8835, 8918 Rn. 114 (Urt. v. 5.10.2004 – verb. Rs. C-397/01 – C-403/01) – Pfeiffer u. a.

3 Allerdings darf das nationale Gericht entgegenstehende nationale Normen nicht anwenden, soweit eine unionsrechtskonforme Auslegung (und Fortbildung) nicht möglich ist, EuGH, Slg. 1988, 673, 690 Rn. 11 (Urt. v. 4.2.1988 – Rs. C-157/86) – Murphy.

hinter den für die Flughafenutzer zur Verfügung gestellten Unterlagen zurückbleiben, da der deutsche Gesetzgeber das Genehmigungsverfahren strenger gefasst hat. Die Genehmigungsbehörde darf die Entgeltordnung nur genehmigen, wenn die Festsetzung der Entgelte nicht nur nachvollziehbar begründet ist, sondern wenn die Entgelte in der Entgeltordnung nach geeigneten, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien geregelt sind (§ 19b Abs. 1 S. 3 LuftVG) und wenn zwischen der Höhe der Entgelte und der Höhe der voraussichtlich tatsächlichen Kosten ein angemessenes Verhältnis besteht und die Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung erkennbar ist.

Im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung ist dabei auch zu beachten, dass Vorschriften über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht dem generellen Informationsbedürfnis der Behörden entgegenstehen dürfen, um eine Entgeltregelungsentscheidung auf die relevanten Informationen der Flughäfen stützen zu können. Die Unterlagen gemäß Art. 7 Abs. 1 der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG und § 19b Abs. 3 Nr. 6 LuftVG sind damit in jedem Fall an die Aufsichtsbehörde zu übermitteln. Den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann, wie üblich in regulierten Branchen, dadurch Rechnung getragen werden, dass sensible Passagen beispielsweise nur mit Schwärzung an den Antragsgegner, die Flughafenutzer, zur Einsicht weitergegeben werden.

III. Kriterien zur Überprüfung der Entgelte durch Flughafenutzer und Genehmigungsbehörde – Anforderungen nach § 19b Abs. 3 LuftVG

Wenn das von der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG vorgegebene Verfahren zu verhandlungsbasierten Flughafenentgelten führen soll, muss sich die Auslegung des Transparenzgebots nach der Richtlinie und damit auch richtlinienkonform nach § 19b LuftVG an den anerkannten Mindeststandards der Transparenz einer verursachungsgerechten betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung orientieren, die auch im Rahmen der einschlägigen Kontrollverfahren nach allgemeinem EU-Wettbewerbsrecht gelten. Wesentlicher Methodenansatz eines EU-binnenmarktkonformen Transparenzgebots ist dabei eine verursachungsgerechte und dokumentierte Kostenrechnung nach Maßgabe der Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträger. Deshalb gilt EU-binnenmarktkonform ein methodisch einzuhaltendes einheitliches Transparenzgebots und zwar unabhängig von der Einordnung der Rechtsmaterie des § 19b LuftVG als „regulierter Bereich“. Hinter diesen Binnenmarktstandard einer verursachungsgerecht dokumentierten Kostenrechnung nach allgemeinem EU-Wettbewerbsrecht⁴ darf die Anwendung des § 19b Abs. 3 LuftVG nicht zurückfallen, zumal die Genehmigung nach § 19b Abs. 1 S. 3 LuftVG nur erteilt wird, wenn die Entgelte in der Entgeltordnung nach geeigneten, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien geregelt sind. Der Unionsgesetzgeber überlässt es den Mitgliedstaaten, weitergehende Regelungen zu einem verbindlichen Entgeltmaßstab, etwa einen Effizienzkostenmaßstab oder ein konkretes Entgeltmodell, einzuführen (Art. 1 Abs. 5 der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG).

1. Nachweis der „voraussichtlich tatsächlichen Kosten“

In einem ersten Schritt zur Begründung der von ihm vorgeschlagenen Entgelthöhe muss der Flughafenbetreiber die ihm voraussichtlich entstehenden tatsächlichen Kosten gemäß § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG präzise nach Maßgabe der Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträger darstellen. Kostenunterlagen sind unmittelbar aus dem Kostenrechnungssystem des Flughafenbetreibers herzuleiten, anhand dessen der Flug-

hafenbetreiber auch seine Kostenkalkulationen zur Entgeltpreisbildung vornimmt, nicht aber aus separaten Kostenmodellen, die von den üblichen Kostenrechnungssystemen des Flughafenbetreibers abweichen.⁵ Die Kalkulationsbasis muss für die Flughafenutzer transparent und vollständig aufbereitet werden. Die Einhaltung des kostenmethodischen Konsistenzgebotes verbietet ein inkonsistentes Rosinenpicken („cherry picking“) zwischen Ist- und kalkulatorischen Kosten. Nachweise sind auf der Basis von tatsächlichen Kosten zu erbringen. Um die Einhaltung des kostenmethodischen Konsistenzgebotes im Genehmigungsverfahren überwachen zu können, müssen die den Flughafenutzern und der Genehmigungsbehörde vorzulegenden Unterlagen in Bezug auf das transparent als Kalkulationsbasis angewandte Kostenrechnungssystem wie auch der Umfang und Inhalt der vorgelegten Kostenunterlagen identisch sein. Ferner muss eine nachvollziehbare Ableitung der Entgeltkalkulation aus der Gewinn- und Verlustrechnung des Flughafenbetreibers möglich sein.⁶

2. Erkennbarkeit der Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung

In einem zweiten Schritt sind die für den Flughafenbetreiber im kommenden Abrechnungszeitraum entstehenden Kosten („voraussichtlich tatsächliche Kosten“) anhand des Maßstabs der „Erkennbarkeit einer Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung“ zu messen.

Wenngleich § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG keine streng analoge Anwendung der netzwirtschaftlichen Entgeltregulierungsregeln nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG und § 21 Abs. 2 EnWG rechtfertigt, so gebietet der Maßstab nach § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG, der über die Umsetzungsanforderungen der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG hinausgeht, gleichwohl eine optimierende Näherung („Erkennbarkeit der Orientierung“) der Entgeltregulierungsmethodik nach § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG an die der Anwendung von § 31 Abs. 1 S. 1 TKG, § 20 Abs. 1 PostG oder § 21 Abs. 2 EnWG zugrundeliegenden Entgeltregulierungsmaßstäbe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL). Übersteigen die vom Flughafenbetreiber in den Kostenunterlagen vorgelegten voraussichtlich tatsächlichen Kosten in einem erheblichen, nämlich eine „Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung“ nicht mehr erkennenlassenden Maß die Soll-Kosten des anhand eines Effizienzkorridors regulatorisch zu entwickelnden Effizienzkostenmodells, so sind die voraussichtlich tatsächlichen Kosten, auf deren Basis die Entgelte festgelegt werden, entsprechend zu korrigieren.

Unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zu verstehen, soweit diese Gemeinkosten für die Leistungsbereitstellung unvermeidbar sind. Kosten durch ineffiziente Einrichtungen, Fehlinvestitionen, Überkapazitäten, Leerstände usw. oder durch Prozesse, die keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind, dürfen den Nutzern nicht über die Entgelte angelastet werden. Das Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geht also davon aus, dass sich der Preis – auf der Grundlage einer

4 Siehe dazu beispielsweise Montag/Liebenath, in: Heidenhain, Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 27 Rn. 6; Hancher/Buendia Sierra, CMLR 1998, 901, 906 ff.; vgl. Huber/Prikoszovits, EuZW 2008, 171, 174; EuGH, Slg. 2003, I-6993 (Urt. v. 3.7.2003 – Rs. C-83/01) – Chronopost; Koenig, EWS 2013, 1; Busch/Koenig, BRZ 2012, 131; 195.

5 Vgl. Ausführungen zur Telekommunikationsregulierung bei Winzer, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 34 Rn. 10 f.

6 Vgl. zu den zivilrechtlichen Anforderungen gemäß §§ 315 ff. BGB auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.8.2002 – Az. U (Kart) 64/01, S. 3 ff. – Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Düsseldorf.

„Als-Ob“-Wettbewerb-Simulation – zumindest in einem langfristigen Marktgleichgewicht auf dem Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unter der Annahme bildet, dass sich langfristig auch nur ein effizient produzierendes Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt halten kann. Die regulatorische Grundlage eines „Als-Ob“-Wettbewerbs erfordert von dem Regulierer eine proaktive, nämlich ex ante eingreifende Handlungsweise und Regulierung.⁷

3. Vergleichsmarktanalysen und Kostenmodelle

Die „Erkennbarkeit der Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung“ nach § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG kann durch international, insbesondere in den Netzwirtschaften anerkannte Bestenvergleichs- bzw. „Best Practice“-Methoden auf der Grundlage von Vergleichsmarktanalysen wettbewerbsanaloger Preise hergestellt werden. Hierfür spricht die enge terminologische Anlehnung des Wortlauts von § 19b LuftVG an den Orientierungsbezug des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 PostG. Bei der Regulierung von Flughafenentgelten kommen als Referenz für die Vergleichsmarktanalyse allerdings nur Flughäfen in Betracht, die entweder einer verhältnismäßig hohen wettbewerblichen Substitutionsdichte auf den jeweils relevanten Vergleichsmärkten ausgesetzt sind, oder Flughäfen, die wirksam mindestens dem Maßstab der „Erkennbarkeit einer Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung“ entsprechend reguliert werden oder eine solche Orientierung erkennen lassen („best practices“). *Beckers/Klatt/Kühling* weisen zwar zutreffend darauf hin, dass die Anreize zu Rationalisierungsmaßnahmen und zur Ausschöpfung von Grenzkostenvorteilen bei einer rein kostenbasierten Entgeltregulierung gering sind.⁸ Da § 19b LuftVG (und zurückhaltender die Flughafenentgeltrichtlinie 2009/12/EG) jedoch explizit die *Kosten* der Leistungserbringung als Maßstab für die Entgeltfestsetzung vorschreibt, dürfen die Parameter und Kriterien zur Überprüfung der Erkennbarkeit einer Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung nicht grundsätzlich davon abweichen.

Da es aber lediglich verhältnismäßig wenige brauchbare Effizienzkostendatensätze von Flughafenbetreibern in einem Wettbewerbsumfeld gibt, sind Vergleichsmarktanalysen alleine in der gegenwärtigen Praxis regelmäßig keine geeignete Grundlage, um eine Erkennbarkeit der Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung abzubilden.⁹ Selbst wenn geeignete internationale Vergleichsmarktanalysen zur Ermittlung des zu beschreitenden Soll-Effizienzkorridors zur Verfügung stehen, so ist eine untere Effizienzkostenmarke objektiviert durch von Ökonomen zu entwickelnde Kostenmodelle zu unterlegen. Zusammenfassend ergibt sich aus § 19b Abs. 3 Nr. 3 und 6 LuftVG das Gebot, ein wirtschafts- und regulierungswissenschaftlich anerkanntes Kostenmodell durch sachverständige Experten erarbeiten zu lassen, welches die Mindesteffizienzmarken des Regulierungskorridors abbildet.

4. Soll-Effizienzkorridor

Zwar verlangt die „Erkennbarkeit der Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung“ von den Flughafenbetreibern nicht die vollständige Schließung der Lücke zwischen ihren Ist-Kosten und den Soll-Effizienzkosten; der Maßstab gebietet aber zunächst die Darlegung eines Soll-Effizienzkorridors auf Basis der vorstehend beschriebenen Vergleichsmarktanalysen und Kostenmodelle. § 19b Abs. 3 Nr. 3 S. 1 LuftVG betont die methodische Pflicht der Flughafenunternehmen, die im kommenden Abrechnungszeitraum entstehenden Kosten transparent darzulegen und, falls die voraussichtlich tatsächlichen

Kosten in einem erheblichen Maße von den Kosten einer effizienten Leistungserstellung abweichen, die voraussichtlich tatsächlichen Kosten entsprechend durch kostensenkende Maßnahmen zu korrigieren. Voraussichtliche tatsächliche Kosten, die durch eine ineffiziente Leistungserstellung entstehen und in einem erheblichen Maße über die Kosten einer effizienten Leistungserstellung hinausgehen, können nicht als Kostengrundlage für die Entgeltforderungen gegenüber den Flughafenutzern angesetzt werden.

Darüber hinaus verlangt § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. c LuftVG vom Flughafenbetreiber, konkrete Rationalisierungsplandaten und die damit anvisierten effizienteren Kostenplandaten nach Maßgabe von selbstgesteckten Zieletappen im Rahmen des Effizienzkorridors in den Konsultationsverhandlungen mit den Flughafenutzern und gegenüber der Genehmigungsbehörde vorzulegen. Hieraus muss ersichtlich werden, wie und bis wann der Flughafenbetreiber nach Maßgabe der konkret vorzuschlagenden Rationalisierungsmaßnahmen in Bezug auf die Kosten bisher ineffizienter Einrichtungen und Prozesse Effizienzsteigerungen für die kommenden Entgeltperioden verbindlich anstrebt. Diese Zieletappen sind von der Genehmigungsbehörde in künftigen Genehmigungsverfahren als Mindestmaß verbindlich zugrunde zu legen.

5. Implikationen des Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatzes

Der Zwei-Kassen-Ansatz („Dual Till“) berücksichtigt zunächst nicht die Einnahmen aus den kommerziellen Tätigkeiten im nicht unmittelbar mit dem Flugbetrieb im Zusammenhang stehenden („Non-Aviation“-) Bereich.¹⁰ Allerdings erfordert gerade der Zwei-Kassen-Ansatz („Dual Till“) eine trennscharfe Abgrenzung zwischen diesem Bereich und dem Flugbetriebsbereich („Aviation“) sowohl auf der Einnahmenseite als auch eine detaillierte Kostenzurechnung. Ergibt sich aus der Begründung der Zuordnung einer jeden Position zu ihrer Kostenart, ihrer Kostenstelle oder ihrem Kostenträger nicht

7 *Groebel*, TKMR-Tagungsband 2003, 41.

8 *Beckers/Klatt/Kühling* (Fn. 1), S. 19: „Sofern der Regulierer die Kosten des regulierten Unternehmens perfekt beobachten könnte und damit keine Informationsasymmetrien hinsichtlich der Kostenhöhe vorlägen, würde eine Regulierungsvorgabe P [Preis] = DK [durchschnittliche Kosten] dazu führen, dass das Unternehmen keine Anreize zu effizienter Produktion besäße. Insofern fielen zwar keine Gewinne (im volkswirtschaftlichen Sinne) an, aber die Kosten wären ineffizient hoch, was mit entsprechend hohen, von den Nutzern zu zahlenden Preisen einherginge.“

9 Vgl. hierzu die Entscheidung der britischen Zivilluftfahrtbehörde (Civil Aviation Authority, CAA) zur eingeschränkten Verwertbarkeit derartiger Vergleichsmarktanalysen; zumindest ist aber eine relative Vergleichbarkeit europäischer Flughäfen z.B. durch die Betriebskosten pro befördertem Passagier gegeben: „Die CAA akzeptiert, dass keine Vergleichsprobe vollständig mit Heathrow vergleichbar ist und dass es Unsicherheiten bei der Interpretation von tatsächlichen Vergleichswerten gibt, da direkte Vergleiche zwischen Flughäfen mit unterschiedlichen Eigenschaften schwierig sind. Nichtsdestotrotz sind solche Vergleichswerte hilfreich, um das allgemeine Niveau der Betriebskosten eines Flughafens im Verhältnis zu seiner Vergleichsgruppe zu bewerten, und können einen Hinweis auf die relative Effizienz geben.“, CAA, Economic regulation at Heathrow from April 2014: final proposals, 2013, S. 99 (Übersetzung durch die Verfasser, im Original: „The CAA accepts that no benchmarking sample can be considered perfectly comparable with Heathrow and that there are uncertainties in the interpretation of top-down benchmarking evidence due to the difficulties of making direct comparisons between airports with different characteristics. Nonetheless, such evidence is helpful to assess the overall level of operating cost at an airport relative to its peers and can provide an indication of relative efficiency.“).

10 *Beckers/Fritz/v. Hirschhausen/Müller*, Privatisierung und Re-Regulierung der deutschen Flughäfen unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen, 2003, S. 42 ff., abrufbar unter <http://www.trafficforum.ethz.ch/vwt_2003/beitraege/VWT19proceedings_contribution_63.1-63.87.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.6.2014).

eindeutig, welchem der beiden Bereiche („Aviation“ oder „Non-Aviation“) die Kostenposition angehört, insbesondere wenn es sich um Gemeinkosten handelt, so wäre entgegen den Vorgaben der Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG und des § 19b LuftVG ein zu großer Spielraum für missbräuchliche Quersubventionen eröffnet. Der Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatz ist regelmäßig mit einer höheren Abgrenzungskomplexität, insbesondere bei der Kontrolle einer verursachungsgerechten Kostenzurechnung, verbunden. Wird im Rahmen des Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatzes zwischen dem Flugbetriebsbereich („Aviation“) und dem nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb stehenden Bereich („Non-Aviation“) getrennt, so erhöhen sich damit die Anforderungen in Bezug auf die betriebswirtschaftliche Kostenaufschlüsselung (Kostenarten, Kostenstellen, Kostenträger) und somit auch in Bezug auf die vom Flughafenbetreiber zu erfüllenden Transparenzanforderungen gegenüber den Flughafenutzern und Genehmigungsbehörden.

6. Verursachungsgerechte Kostenzurechnungskontrolle durch Flughafenutzer und die Behörden

Bei einem Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatz sind die Kosten sach- und verursachungsgerecht auf die beiden Leistungsbereiche aufzuteilen und das verwendete Allokationssystem im Rahmen der Nutzerkonsultation transparent und für Dritte objektiv nachvollziehbar darzustellen. Für die in der Kostenallokation verwendeten Verteilungsschlüssel und Annahmen sind jeweils Begründungen und Nachweise vorzulegen. Da für den Flughafenbetreiber u. U. Anreize bestehen, verstärkt Kosten aus dem nicht regulierten Bereich, der nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb steht („Non-Aviation“), dem regulierten Flugbetriebsbereich („Aviation“) zuzuordnen (was der „Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung“ zuwiderlaufen würde), ist eine erhöhte Prüfungsintensität der Genehmigungsbehörde gerade in dem Punkt der Nachweisbarkeit von Kostenallokationen erforderlich. Flughafenutzer und Genehmigungsbehörden müssen zumindest in der Lage sein, stichprobenartig prüfen zu können, ob die Kostenallokation sachgerecht und angemessen ist und dem Belieben des Flughafenbetreibers entzogen ist.

Personelle Engpässe in Bezug auf Kapazitäten oder Sachverstand in der zuständigen Genehmigungsbehörde sind keine Ausnahme oder Rechtfertigung für eine weniger umfangreiche Prüfung nach den vorab aufgestellten Parametern zur transparenten Aufschlüsselung der Kostendaten. Im Sinne einer effektiven Richtlinienumsetzung sind alle erforderlichen personellen und finanziellen Ressourcen und organisatorischen Strukturen durch die Mitgliedstaaten bereitzustellen, um die Richtlinienvorgaben einzuhalten.

IV. Konkretisierung der vom Flughafenbetreiber nach § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. a bis h LuftVG vorzulegenden Unterlagen und Informationen

Die im Zusammenhang mit der vorliegenden Abhandlung untersuchten Konsultationsunterlagen zur Entgeltfestlegung ausgewählter deutscher Flughäfen (München, Düsseldorf und Frankfurt am Main), welche die Flughafenbetreiber den Flughafenutzern und Entgeltgenehmigungsbehörden regelmäßig im Rahmen anstehender Entgeltänderungen vorlegen, lassen aufgrund ihres Informationsdefizits regelmäßig keine maßgebliche Einwirkung der Nutzer auf die Entgeltfestlegung im Rahmen der Regulierungspraxis zu: Ausreichende Begründungen für die Festlegungen und Erhöhungen der Entgelte i. S. d. synallagmatischen Äquivalenzprinzips, welches mit dem Verhandlungsansatz der Flughafenentgelttrichtlinie

2009/12/EG einhergeht und auch in Erwägungsgrund 15 der Richtlinie und § 19b Abs. 3 Nr. 3 S. 1 LuftVG verankert ist, fehlen regelmäßig in den untersuchten Beispielen, nämlich in Bezug auf den direkten Zusammenhang und das angemessene Verhältnis zwischen der Qualität der Leistungen und der Höhe der Entgelte und zwischen den voraussichtlichen tatsächlichen Kosten und der Höhe der Entgelte. Auch eine Orientierung an den entstehenden Kosten, geschweige denn an den Kosten einer effizienten Leistungserstellung, nach Maßgabe einer verursachungsgerechten und dokumentierten Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung entsprechend § 19b Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 6 lit. c LuftVG ist hinsichtlich des – auf die Erbringung der Gegenleistung bezogenen – Abrechnungszeitraumes in der Praxis regelmäßig nicht ausreichend erkennbar. In den Konsultationsunterlagen fehlt durchgängig eine transparente Zuschlüsselung der Kosten gemäß Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträgern, um zwischen den durch die Flughafenentgelte zu deckenden flugbetriebsbezogenen Kosten und nicht flugbetriebsbezogenen Kosten unterscheiden zu können.

Die im Zusammenhang mit der vorliegenden Abhandlung vorgenommene vergleichende Untersuchung zur Entgeltregulierungspraxis an ausländischen internationalen Flughäfen, insbesondere an den Flughäfen Amsterdam Schiphol, London Heathrow, Dublin, Genf, Zürich und Sydney, ergibt ein Bild unterschiedlicher Regulierungsansätze, deren jeweilige Regulierungsintensität sich aber deutlich positiv von dem derzeit in Deutschland praktizierten Verfahren abhebt. Die Kostenermittlung und -allokation der Flughafenbetreiber erfolgt dabei nach vorab vom Regulierer festgelegten präzisen Regeln. Die Entscheidungen der Regulierungsbehörden an den genannten Flughäfen zeichnen sich – z. T. nach einem mehrstufigen Regulierungsverfahren – durch eine sehr ausführliche Darlegung der Begründung und Berechnungsmethoden im Lichte der Erfahrungen der vergangenen Regulierungsperioden aus. Die Genehmigungsentscheidungen haben z. T. einen Umfang von über 300 Seiten und fallen damit deutlich umfangreicher und präziser als Entgeltentscheidungen deutscher Genehmigungsbehörden aus.

Diesem Rechtsvollzugsdefizit ist vorrangig im Rahmen des Konsultationsverfahrens richtlinienkonform abzuhelpfen.¹¹ Hierzu soll die nachfolgend vorgeschlagene Konkretisierung der in § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. a bis h LuftVG enthaltenen Auflistung vorzulegender Unterlagen und Informationen beitragen.

1. Verzeichnis der im Gegenzug für das erhobene Flughafenentgelt bereitgestellten betriebsnotwendigen Dienstleistungen und Infrastrukturen

Mit Hilfe eines klar gegliederten und detaillierten Verzeichnisses und einer präzisen Leistungsbeschreibung der vom Flughafenbetreiber bereitzustellenden Infrastruktureinrichtungen und Dienstleistungen müssen sowohl die Flughafenutzer als auch die Genehmigungsbehörde in die Lage versetzt werden, zu überprüfen, ob die zu entgeltenden Dienstleistungen und Infrastrukturen klar bestimmt sind (§ 19b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 LuftVG). Die Übersicht und Leistungsbeschreibung muss klar die Betriebsnotwendigkeit dieser Infrastruktureinrichtungen und Leistungen sowie die Vermögensgegenstände des betriebsnotwendigen Anlagevermögens, welche für die Bereitstellung der Flughafenleistungen notwendig sind, sowie eine Aufstellung der dem Nutzungsgrad entsprechenden Kosten der Bereitstellung ausweisen. Hierzu sollten der gegenwärtige Nutzungsgrad (Auslastungsgrad) der einzelnen

¹¹ Zur Informationsbeschaffung und Prozessstrukturierung vgl. auch Beckers/Klatt/Kühling (Fn. 1), S. 44.

betriebsnotwendigen Infrastruktureinrichtungen und des sonstigen betriebsnotwendigen Anlagevermögens (§ 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. g LuftVG) sowie die Entwicklung des Nutzungsgrads für die zurückliegenden Jahre empirisch dargestellt werden.

2. Basisinformationen für die Darstellung der Festsetzungsmethodik der Entgelte und zur Beurteilung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Entgelten und Kosten

Die vom Flughafenbetreiber vorzulegenden Unterlagen und Informationen müssen zunächst eine Begründung für die Höhe und künftige Entwicklung der vorgeschlagenen Entgelte inkl. eines Hinweises, wann und unter welchen Bedingungen diese gelten sollen, beinhalten. Eine substantiierte Begründung muss insbesondere eine detaillierte luftverkehrsbezogene Einnahmen- und Kostenprognose als Gegenüberstellung beinhalten, anhand derer ersichtlich wird, dass der Luftverkehrsbetrieb wirtschaftlich nur durch eine Entgelterhöhung durchgeführt werden kann.

Darüber hinaus müssen die Konsultationsunterlagen *mindestens* folgende Informationen beinhalten:

1. *Übersicht zu den Gesamtumsätzen und -einnahmen* des Flughafenunternehmens und zwar gerade unter Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Bedingungen, differenziert nach dem Flugbetriebsbereich („Aviation“) und dem nicht unmittelbar mit dem Flugbetrieb im Zusammenhang stehenden Bereich („Non-Aviation“), detailliert aufgeschlüsselt nach Herkunft und Entgelt- bzw. Einnahmenarten. Zwar bezieht sich § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. d LuftVG lediglich auf die Dokumentation der „Erlöse der verschiedenen Entgelte und Gesamtkosten der damit finanzierten Dienstleistungen“; gleichwohl ist eine solche Dokumentation erst vollständig transparent, wenn sie mit einer Übersicht über die Gesamteinnahmen des Flughafenunternehmens verbunden ist, differenziert nach luftverkehrsbezogenen (also im Wesentlichen Flughafenentgelte) und nicht luftverkehrsbezogenen Einnahmen.
2. *Übersicht sämtlicher mit der Bereitstellung der notwendigen Flughafenleistungen verbundenen „Aviation“- bzw. Flugbetriebskosten* und deren detaillierte Aufteilung auf Kostenarten und Kostenstellen sowie deren Zuordnung zu den Kostenträgern (den jeweiligen Produkteinheiten des Flugbetriebs [„Aviation“]).
3. *Übersicht der Kosten aus dem nicht unmittelbar mit dem Flugbetrieb im Zusammenhang stehenden Bereich („Non-Aviation“)*, um die Kostentrennung im Rahmen der Anwendung des Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatzes eindeutig und transparent nachweisen und nachvollziehen zu können.
4. *Transparente Übersicht und Darlegung aller Zuschlüsselungsparameter*, nach deren Maßgabe beispielsweise prozentuale Aufteilungen von Einzel- und Gemeinkosten auf luftverkehrsbezogene und nicht luftverkehrsbezogene Aufgabenbereiche vorgenommen werden. Dies gilt hinsichtlich Flächen-, Personal-, Anlageninvestitions-, Fahrzeug- und Material-, Versicherungskosten usw. Verteilungsmodi oder -schlüssel sind detailliert darzulegen und zu begründen. Dem Prinzip der Verursachungsgerechtigkeit ist bei der Zuschlüsselung von Kostenpositionen mit Hilfe der Differenzhypothese Rechnung zu tragen. Zuschlüsselungsparameter sind vom Flughafenbetreiber *ex ante* festzulegen und transparent darzulegen.
Die Kosten müssen den jeweiligen Bereichen (Flugbetriebsbereich [„Aviation“) und nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb stehender Bereich [„Non-Aviation“]) transparent zuzuordnen sein, um dem Gebot der

Kostenorientierung der Leistung (§ 19b Abs. 1 Nr. 2 LuftVG) und vor allem dem Gebot des angemessenen Verhältnisses der Entgelte zur Höhe der „voraussichtlich tatsächlichen Kosten“ (§ 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG) Rechnung zu tragen. Gerade der Zwei-Kassen- bzw. „Dual Till“-Ansatz erfordert eine trennscharfe Abgrenzung zwischen dem Flugbetriebsbereich („Aviation“) und dem nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb stehenden Bereich („Non-Aviation“) sowohl auf der Einnahmenseite als auch auf der Kostenseite. Kostenunterlagen sind unmittelbar aus dem Kostenrechnungssystem des Flughafenbetreibers herzuleiten, anhand dessen der Flughafenbetreiber auch seine Kostenkalkulationen zur Entgeltpreisbildung vornimmt, nicht aus von den üblichen Kostenrechnungssystemen des Flughafenbetreibers unabhängigen Kostenmodellen. Die Kalkulationsbasis muss für die Flughafenutzer und die Genehmigungsbehörde transparent und vollständig aufbereitet werden.

Methodisch umfassen die entgeltrelevanten Kosten die Addition von operativen Kosten und Investitionskosten in betriebsnotwendiges Vermögen und Kapitalkosten auf betriebsnotwendiges Vermögen. Die operativen Kosten setzen sich zusammen aus dem betriebsnotwendigen Material- und Personalaufwand sowie den Kosten der Leistungsvergabe an Dritte zur Bereitstellung der betriebsnotwendigen Infrastruktureinrichtungen und Dienstleistungen und sind entsprechend transparent darzulegen. Für die Kosten der Investitionen in das betriebsnotwendige Vermögen ist die Bewertungs- und Abschreibungsmethodik offenzulegen.

5. *Darlegung, dass und wie die kalkulatorische Kapitalverzinsung* methodisch und konkret ermittelt worden ist.
6. *Darlegung, dass einkalkulierbare Investitionskosten in das betriebsnotwendige Vermögen* erst mit der Inbetriebnahme im Rahmen des auf diesen Investitionskostenanteil bezogenen Entgeltanspruches *fällig* gestellt worden sind.
7. *Angabe der Preise der eingesetzten (Anlage-) Güter*, da hierdurch (zusammen mit den Einsatzmengen und der Höhe und Methodik der Abschreibungen) der Umfang des im Anlagevermögen gebundenen Kapitals determiniert wird.
3. *Übersicht über die Gesamtkostenstruktur und Erkennbarkeit einer Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung*

Wie bereits dargelegt, muss der Flughafenbetreiber nach § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. c LuftVG rechtzeitig vor dem Konsultationstermin Unterlagen zur Gesamtkostenstruktur vorlegen und nach § 19b Abs. 3 Nr. 3 LuftVG für die Höhe seiner Kosten die „Erkennbarkeit der Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung“ nachweisen.

Hierfür müssen folgende Informationen und Unterlagen vom Flughafenbetreiber gegenüber Flughafenutzern und Genehmigungsbehörde vorgelegt werden:

1. *Grenzkostenvorteile* aufgrund (steigender) Verkehrsmengenentwicklungen in Flugbewegungen, Höchststapfluggewicht („Maximum Take Off Mass“, MTOM), Passagierzahlen, Transferanteilen sowie Frachtmenge. Grenzkostenvorteile sind integraler Bestandteil der „Gesamtkostenstruktur hinsichtlich der Einrichtungen und Dienstleistungen“ i. S. v. § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. c LuftVG, zumal gerade Grenzkostenvorteile erkennen lassen, dass sich der Unternehmer eines Verkehrsflughafens an einer effizienten Leistungserstellung orientiert hat.
2. *Wirtschafts- und regulierungswissenschaftlich anerkannte Kostenmodelle und Vergleichsmarktbetrachtungen* in Bezug auf (internationale) Referenzflughäfen, die einer ver-

hältnismäßig hohen wettbewerblichen Substitutionsdichte auf den jeweils relevanten Märkten ausgesetzt sind oder bei denen nachweislich die „Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung“ erkennbar ist.

3. Begründung der Soll-Effizienzkostendaten anhand anerkannter *Bestenvergleichsmethoden* („Best Practice“) auf der Grundlage von Vergleichsmarktanalysen und Kostenmodellen.
4. Anschließender *Abgleich der so ermittelten Vergleichsmaßstäbe*, der Soll-Effizienzkosten, mit den Ist-Kosten.
5. Darlegung eines planmäßig zu beschreitenden *Soll-Effizienzkorridors* nach Maßgabe konkret durch den Flughafenbetreiber vorzuschlagender Rationalisierungsmaßnahmen. Die „Erkennbarkeit der Orientierung an einer effizienten Leistungserstellung“ verlangt zwar nicht die vollständige Schließung der Lücke zwischen den Ist-Kosten und den Soll-Kosten. Sie gebietet aber eine Darlegung eines Soll-Effizienzkorridors, den der Flughafenbetreiber nach Maßgabe konkret vorzuschlagender Rationalisierungsmaßnahmen in Bezug auf die Kosten bisher ineffizienter Einrichtungen oder Leistungen planmäßig zu beschreiten hat.
6. *Vorlage konkreter Rationalisierungsplandaten* und damit anvisierter effizienterer Kostenplandaten.
7. Entwicklung der *Zielebenen des Effizienzkorridors* aus den anerkannten Bestenvergleichsmethoden („Best Practice“) auf der Grundlage der Vergleichsmarktanalysen und Kostenmodelle.

4. Angaben zur Finanzierung von entgeltrelevanten Einrichtungen und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand

§ 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. e LuftVG verlangt Angaben zur EU-beihilferechtlich stets relevanten Finanzierung von entgeltrelevanten Einrichtungen und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand angesichts der gravierenden Folgen des Vorliegens einer nicht genehmigten Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3 AEUV. Entsprechend sind vom Flughafenbetreiber Informationen und Angaben zur öffentlichen Finanzierung von entgeltrelevanten Flughafeneinrichtungen und -dienstleistungen in der Konsultation vorzulegen.

5. Angaben zur voraussichtlichen Entwicklung der Entgelte und des Verkehrsaufkommens

Die Angaben zur voraussichtlichen Entwicklung der Entgelte am Verkehrsflughafen (§ 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. f LuftVG) müssen neben den Informationen über beabsichtigte Investitionen auch durch Informationen zu erwarteten (sinkenden) Grenzkostenentwicklungen aufgrund der (prognostizierten) Verkehrsmengen (Flugbewegungen, Höchstabfluggewicht [MTOM], Passagieranzahl, Transferanteil, Frachtmenge usw.) begründet werden.

6. Angaben zum absehbaren Ergebnis geplanter größerer betriebsnotwendiger Investitionen

Die – der Nutzernachfrage gerecht werdenden – geplanten Investitionen und die damit verbundenen, prognostizierten entgeltrelevanten Kosten (§ 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. h LuftVG) sind für die kommenden Jahre darzustellen. In diesem Zusammenhang sollten auch die prognostizierten Veränderungen im Nutzungsgrad (Auslastungsgrad) der Infrastruktureinrichtungen des bestehenden betriebsnotwendigen Anlagevermögens unter Berücksichtigung der geplanten Investitionen und Inbetriebnahmezeitpunkte angegeben werden. Daran anknüpfend sind vom Flughafenunternehmen die für die kommenden Jahre angestrebten Produktivitätssteigerungen und deren

Auswirkungen auf die entgeltrelevanten Kosten und die Höhe der Entgelte prognostisch aufzuzeigen.

V. Beteiligtenrechte sowie verwaltungsverfahrenrechtliche und verwaltungsprozessrechtliche Schritte

Die Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG, insbesondere deren Art. 6 Abs. 2 S. 1, gewährt den Fluggesellschaften als Flughafennutzern subjektive Partizipationsrechte im Verfahren der Flughafenentgeltfestsetzung. Art. 6 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie, der von den Mitgliedstaaten nicht derogiert werden kann (vgl. Art. 6 Abs. 5 S. 1), bestimmt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Änderungen der Flughafenentgeltregelung oder der Flughafenentgelthöhe, wann immer möglich, im Einvernehmen zwischen dem Flughafenleitungsorgan und den Flughafennutzern vorgenommen werden.“ Da Art. 6 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie 2009/12/EG auf die mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflichten im nationalen Verfahren verweist („die Mitgliedstaaten stellen sicher“), muss der Rechtsbegriff „Einvernehmen“ im Kontext des mitgliedstaatlichen Rechts richtlinienkonform ausgelegt werden. Im Gegensatz zu einer verwaltungsrechtlichen Entscheidungsfindung „im Benehmen“ mit einer anderen Behörde oder Person, wonach lediglich eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren ist, erfordert ein „Einvernehmen“ im Verwaltungsrecht, dass vor dem Erlass eines Rechtsaktes das positive, zumindest das konkludent erklärte Einverständnis der anderen Person oder anderen Behörde vorliegen muss. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Regel des deutschen Verwaltungsrechts; vielmehr ist von einem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz des gemeinsamen europäischen Verwaltungsverfahrenrechts auszugehen.¹² Setzt aber das „Einvernehmen“ i. S. v. Art. 6 Abs. 2 S. 1 der Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG im Lichte dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes des europäischen Verwaltungsverfahrenrechts gerade das positive Einverständnis der Flughafennutzer bei „Änderungen der Flughafenentgeltregelung oder der Flughafenentgelthöhe, wann immer möglich“, voraus, so wird den Flughafennutzern durch die Richtlinie 2009/12/EG das stärkste subjektive Partizipationsrecht als „status activus negociandi“, den das Verwaltungsverfahren überhaupt gewähren kann, im Verfahren der Flughafenentgeltfestsetzung eingeräumt.

Aufgrund der Rechtfertigungspflicht der Flughafenbetreiber gerade gegenüber den Flughafennutzern (und nicht gegenüber der Aufsichtsbehörde) wird den Flughafennutzern aufgrund von Art. 6 Abs. 2 S. 2 der Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG komplementär zum „status activus negociandi“ des S. 1 ein subjektivrechtlicher „status activus processualis“¹³ verliehen. Art. 6 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie bekräftigt damit den unionsalen wie den deutschen Grundsatz des Verwaltungsverfahrenrechts, dass das Verfahren so zu gestalten ist, dass schon formale Sicherungsmechanismen für die materiell verliehenen subjektiven Rechte einzurichten sind, die dann die praktische Wirksamkeit der auch als drittschützend klagbaren subjektiven Rechte verstärken.

Verleiht die Flughafenentgelttrichtlinie 2009/12/EG den Flughafennutzern danach unzweifelhaft subjektive Rechte, so leiten sich daraus, nämlich aus dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang, zwingend im Rahmen einer richtlinienkonfor-

12 Allgemeine Rechtsgrundsätze werden vom EuGH im Wege wertender Rechtsvergleichung gewonnen, wobei die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht Rechtsquelle, sondern lediglich Rechtserkenntnisquelle sind, vgl. dazu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. A., 2012, Rn. 334.

13 *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43, 86.

men Auslegung des § 19b Abs. 1 und 3 LuftVG die verwal- tungsverfahrenrechtliche Beteiligtenfähigkeit der Flughafen- nutzer nach § 13 VwVfG als Antragsgegner, zumindest aber als notwendig Hinzuzuziehende, und die verwaltungsgerich- tliche Klagebefugnis der Flughafenutzer gemäß § 42 Abs. 2 VwGO ab.¹⁴ Dies gilt in besonderem Maße für die verwal- tungsverfahrenrechtliche Beteiligtenfähigkeit und die ver- waltungsgerichtliche Klagebefugnis der Flughafenutzer im Falle von Streitigkeiten über den inhaltlichen Umfang sowie die Verfahrensparameter der Konsultationspflichten der Flug- hafenunternehmer und der Konsultationsrechte der Flughaf- ennutzer hinsichtlich der nach § 19b Abs. 3 Nr. 6 LuftVG rechtzeitig vor dem Konsultationstermin vorzulegenden transparenten „Unterlagen und Informationen“.

Die Transparenzanforderungen an die vorzulegenden „Unter- lagen und Informationen“ unterliegen der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle im Sinne eines effektiven und lückenlosen Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁵ Der Umfang und die Qualität der nach § 19b Abs. 3 Nr. 6 LuftVG vorzulegenden Dokumente sind unter maßgeblicher Einbezie- hung der Richtlinienvorgaben sowie in vergleichender Be- trachtung der in anderen regulierten Sektoren und im allge- meinen Wettbewerbsrecht geltenden Regeln in der verwal- tungsgerichtlichen Kontrolle uneingeschränkt zu bestimmen. Eine andere Beurteilung ist auch nicht etwa im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG¹⁶ zum Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur bei der Entscheidung über Zugangs- verpflichtungen und Entgeltregulierungen gegenüber dem Netzbetreiber (§§ 21, 30 TKG) angezeigt. Diese in der Literatur kritisierte Figur des Regulierungsermessens,¹⁷ die das BVerwG aus der Dogmatik des planungsrechtlichen Abwägungsgebots und der Abwägungsfehlerlehre entwickelt hat, wird selbst vom BVerwG nicht auf die verwaltungsgerichtlich uneinge- schränkte Beurteilung der Eignung, der Qualität und der Rich- tigkeit der im Regulierungsverfahren vorzulegenden Kosten- und Erlösdaten erstreckt. Das angerufene Verwaltungsgericht hat dann einen Abgleich der Anforderungen an die Transpa- renz der vorzulegenden Informationen mit den tatsächlich vorgelegten Unterlagen und eine vollständige inhaltliche Be- wertung, ggf. durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen, vorzunehmen.

Kommen die Aufsichtsbehörden der Länder dem gebotenen Rechtsvollzug nicht nach, so können die nach § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. a bis h LuftVG bei richtlinienkonformer Auslegung mit subjektiv-öffentlichen (drittbeschützenden) Partizipations- rechten ausgestatteten Flughafenutzer die Übermittlung der ihnen gegenüber – in dem eingangs beschriebenen Umfang und der entsprechenden Qualität – vorzulegenden Unterlagen und Informationen im aufsichtsbehördlichen Verwaltungs- verfahren und, falls dies erfolglos bleibt, vor den Verwal- tungsgerichten durchsetzen.

Problematisch ist im Zusammenhang mit der für § 19b LuftVG geltenden Aufsichtszuständigkeit die Tatsache, dass die deutschen Flughafenbetreiber ganz überwiegend im Ge- sellschaftereigentum der öffentlichen Hand – insbesondere der Länder – stehen, so dass die behördliche Unabhängigkeit eines zuständigen Referats im jeweiligen Landesverkehrsmini- sterium auch dann zu hinterfragen ist, wenn die Gesell- schafteranteile im jeweiligen Landesfinanzministerium (oder einem anderen Ressort der Landesregierung) verwaltet wer- den. Ohne substantielle Vorkehrungen zu einer praktisch wirksamen richtlinienkonformen Umsetzung der Anforderun- gen nach Art. 11 Abs. 1 und 3 der Flughafenentgeltrichtlinie

2009/12/EG an die „unabhängige Aufsichtsbehörde“, die „ih- re Befugnisse unparteiisch und transparent ausübt“, ist die Doppelrolle der Länder als beherrschende (Mit-)Eigentümer und Zurechnungskörperschaften im Verhältnis zu den regula- torischen Kontrollinstanzen angesichts des (neben anderen Interessen bestehenden) Gewinnmaximierungsinteresses der Länder als Anteilseigner als kollusiv und damit grundsätzlich richtlinienwidrig zu bewerten. Die substantiellen Vorkehrun- gen nach Art. 11 Abs. 1 und 3 der Richtlinie können jeden- falls – besser als durch eine strenge Trennung der zuständigen Referate in verschiedenen Ministerien ohne jeglichen, formel- len oder informellen, Informationsaustausch („Chinese Walls“) zwischen den jeweiligen Ressortmitarbeitern – prak- tisch wirksam am besten durch ein von den Ländern unab- hängiges Bundesaufsichtsamt umgesetzt werden.

VI. Fazit

Kritisch zu beleuchten ist die Tatsache, dass in Deutschland – auch nach Umsetzung der Flughafenentgeltrichtlinie 2009/ 12/EG im gesetzlichen Rahmen des § 19b LuftVG – in der Rechtswirklichkeit überwiegend weiterhin ein Verfahren der einseitigen Entgeltfestlegung durch die Flughafenbetreiber mit behördlicher Bestätigung praktiziert wird, ohne dass die Möglichkeiten der Einflussnahme der Fluggesellschaften i. S. v. verhandlungsbasierten Entgelten und einer richtlinien- konformen Einführung eines regulatorisch eingerahmten substantiellen Verhandlungsabschnittes praktisch verbessert wurden. Hinzu kommt, dass ausreichend präzise Informatio- nen für die Flughafenutzer zum praktisch wirksamen Abbau von Informationsasymmetrien zur Ermöglichung verhand- lungsbasierter Entgeltvereinbarungen von den Flughafenbe- treibern typischerweise nicht bereitgestellt werden. Die Rich- tlinie 2009/12/EG, insbesondere deren Art. 6 Abs. 2, verpflich- tet die Mitgliedstaaten aber gerade zu einer an das nationale Rechtssystem besonders angepassten regulatorischen Verfah- rensumsetzung zum praktisch wirksamen Abbau der Informa- tionsasymmetrien zugunsten materieller Verhandlungsgleich- heit.

Diesem Rechtsvollzugsdefizit ist vorrangig im Rahmen des Konsultationsverfahrens richtlinienkonform abzuhelpen. Hierzu kann die vorgeschlagene Konkretisierung der in § 19b Abs. 3 Nr. 6 lit. a bis h LuftVG enthaltenen Auflistung vorzu- legender Unterlagen und Informationen beitragen. Kann das Rechtsvollzugsdefizit nicht im Rahmen der Konsultationsver- fahren behoben werden, müssen die unabhängigen Aufsichts- behörden der Länder nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2009/ 12/EG „die ordnungsgemäße Anwendung der zur Umsetzung dieser Richtlinie ergriffenen Maßnahmen gewährleisten“, also die Vorgaben von § 19b Abs. 1 und 3 LuftVG sowohl hoheit- lich als auch richtlinienkonform vollziehen und durchsetzen.

¹⁴ Neumann, Rechtsgutachten zum Verfahren der Genehmigung von Flughafenentgelten nach der Neufassung von § 19b LuftVG – Betei- ligungs- und Klagemöglichkeiten aus Sicht der Nutzer, 2013, S. 21.

¹⁵ BVerfGE 15, 275, 282 (Urt. v. 5.2.1963 – Az. 2 BvR 21/60); 73, 339, 373 (Urt. v. 22.10.1986 – Az. 2 BvR 197/83); 84, 34, 49 (Urt. v. 17.4. 1991 – Az. 1 BvR 419/81 u. 1 BvR 213/83); BVerfG, NVwZ 2011, 1062, 1064 (Urt. v. 31.5.2011 – Az. 1 BvR 857/07).

¹⁶ BVerwGE 130, 39, 48 ff. Rn. 28 ff. (Urt. v. 28.11.2007 – Az. 6 C 42.06) (= N&R 2008, 87, 89 f.); 131, 41, 62 Rn. 47 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07).

¹⁷ Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008; Proelss, AöR 2011, 402; Wieland, DÖV 2011, 705.