
Direktvergaben vs. Grundrechte im Schienenpersonennahverkehr

*Dr. Ute Jasper, Jan Seidel, Düsseldorf, und Vinko Telenita, Gelsenkirchen**

Die neue EU-ÖPNV-Verordnung 1370/2007, die am 3.12.2009 in Kraft treten wird, wirft bereits ihre Schatten voraus. Dies gilt speziell für die neuen Möglichkeiten von Direktvergaben im Schienenpersonennahverkehr (SPNV). Da solche Direktvergaben mindestens ein Jahr im Voraus bekannt zu machen sind, haben die Vorbereitungen für die ersten Direktvergaben bereits begonnen. Zudem laufen zwischen 2012 und 2015 zahlreiche große SPNV-Verträge aus, so dass es zu einer „Vergabewelle“ kommen wird. Einzelne Marktteil-

4 Vgl. zu den Besonderheiten bei Objektnetzen *Jacobshagen*, in: *Riedel/Schroeder-Czaja/Jacobshagen*, Objekt- und Arealnetze, S. 203 ff.

nehmer versuchen, den Anwendungsbereich durch breit gestreute Veröffentlichungen zu erweitern. SPNV-Direktvergaben ohne Wettbewerb unterliegen jedoch strengeren Anforderungen, als einige Autoren meinen.

I. Einleitung

Der Wettbewerb im SPNV hat in den vergangenen zehn Jahren erhebliche Fortschritte gemacht. Ermöglicht wurde dies durch einen grundlegenden Wandel des Eisenbahnwesens in Deutschland und Europa seit den 1990er Jahren. Die Privatisierung der Staatsbahnen und die Liberalisierung nach europäischem Recht hatten zur Folge, dass die Schienennetze für unabhängige Verkehrsunternehmen geöffnet wurden. Im deutschen SPNV haben private Wettbewerber seitdem in vielen Regionen Strecken und Teilnetze übernehmen und erfolgreich betreiben können. Aktuell sind von 633 Mio. Zugkilometern in Deutschland ca. 130 Mio. Zugkilometer (= 21%) bereits ausgeschrieben und werden auf der Grundlage von im Wettbewerb vergebenen Verkehrsverträgen erbracht. Die Kunden im SPNV begrüßen diese Entwicklung ebenso wie viele Aufgabenträger, da der Wettbewerb um das jeweils beste Konzept zu einer erhöhten Qualität im Service, in der Ausstattung der Züge und in der Frequentierung der Strecken, aber auch zu niedrigeren Preisen führt. Wesentliche Impulse dieser erfreulichen Entwicklungen kamen dabei – wie auch in anderen Bereichen – aus dem europäischen Recht.

* Die Erstautorin ist Partnerin, der Zweitautor ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek; der Drittautor ist Justiziar bei der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR (VRR).

1 Abl. Nr. L 315 v. 3.12.2007, S. 1.

2 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 1.

3 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG L 134 v. 30.4.2004, S. 114.

4 *EuGH*, Urt. v. 21.7.2005 – C-231/03 – Coname; Mitteilung der *EU-Kommission* 2006/C 179/02, ABl. C 179 v. 1.8.2006, S. 2.

5 Etwa ebenso berechnete Bedenken dazu, wie sich das Gebot transparenter, diskriminierungsfreier Wettbewerbe nach EU-Primärrecht auf Direktvergaben auswirkt, werden hier nicht behandelt. Diskussionswürdig ist auch die Frage, ob es Sinn und Zweck der VO 1370 entsprechen kann, wenn sich die BRD über Direktvergaben auf einen Entwicklungsstand des Wettbewerbs zurückziehen kann, den sie längst überschritten hat. Denn die VO 1370 eröffnet den Mitgliedsstaaten deshalb einen Spielraum, um den unterschiedlichen Entwicklungsständen des Wettbewerbs Rechnung zu tragen – nicht jedoch, um den Wettbewerb dort zurückzuführen, wo er schon relativ entwickelt ist. Zu beachten ist ferner, dass ein Vertragsverletzungsverfahren der *EU-Kommission* gegen die BRD im SPNV-Bereich nur deshalb ruht, weil sich die BRD verpflichtet hat, SPNV-Vergaben unter Beachtung des „Fünf-Schritte-Plans“ durchzuführen. Diese fünf Schritte sind der Aufruf zum Wettbewerb im EU-Amtsblatt, die Prüfung der Interessenbekundungen, die Auswahl der weiteren Verhandlungspartner, die Aufnahme von Verhandlungen und die nachträgliche Bekanntmachung über die Auftragsvergabe; vgl. Beschluss der Verkehrsministerkonferenz v. 17.2.2006.

II. Direktvergaben nach der VO 1370/2007

Vor diesem Hintergrund ist zunächst mit Spannung erwartet worden, ob und wie die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße¹ (im Folgenden: VO 1370) die weitere Entwicklung hin zu einem echten Wettbewerb auf der Schiene fördern würde. Die erhebliche Bedeutung der neuen Regelungen ergibt sich insbesondere auch daraus, dass zwischen 2012 und 2015 zahlreiche große SPNV-Verträge auslaufen. In Vorbereitung auf diese „Vergabewelle“ müssen Aufgabenträger, Eisenbahnverkehrsunternehmen und Fahrzeugindustrie bereits jetzt Strategien entwerfen, wie die großen Mengen an SPNV-Leistungen rechtskonform und wirtschaftlich vergeben werden können.

Der Text der VO 1370 enthält jedoch auslegungsbedürftige Kompromissformeln – untrügliche Zeichen einer politischen Entscheidung. Denn die Verordnung ist zwar unter anderem auf den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und andere Arten des Schienenverkehrs anwendbar. Das Vergabeverfahren der VO 1370 ist jedoch mit Blick auf den SPNV vordergründig wenig wettbewerbsfreundlich ausgestaltet. Denn nach Art. 5 VI können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr – ausgenommen U- und Straßenbahnen – direkt zu vergeben, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist. „Direktvergabe“ meint nach Art. 2 lit. h) VO 1370 die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 2 lit. i) VO 1370 umfasst sowohl Aufträge als auch Konzessionen.

Zwar findet sich in Art. 5 I 2 und 3 VO 1370 eine Ausnahme vom Vergaberegime der Verordnung. Dieses gilt für Dienstleistungsaufträge i.S.d. sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie² und öffentliche Dienstleistungsaufträge i.S.d. sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie³. Diese Ausnahme gilt jedoch nur für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen. Öffentliche Personenverkehrsdienste im SPNV unterliegen daher (nur) dem Vergaberegime der VO 1370.

Unabhängig von der Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts gilt freilich stets das wettbewerbsfreundliche EU-Primärrecht. Dies haben sowohl der *EuGH* als die *EU-Kommission* klargestellt⁴. Im Folgenden soll jedoch der Fokus auf das nationale Recht gerichtet werden⁵. Denn neben dem EU-Primärrecht kommt es bei der Zulässigkeit von Direktvergaben im SPNV entscheidend auf das nationale Recht an.

III. Grundrechtskonformität von Direktvergaben?

Die Erwähnung von Direktvergaben in der VO 1370 bedeutet jedoch keineswegs, dass damit SPNV-

Direktvergaben in Deutschland unproblematisch möglich sind. Denn wie gezeigt, können die zuständigen Behörden sich nur dann für eine Direktvergabe entscheiden, wenn dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist. Im SPNV ergeben sich erhebliche Zweifel, ob derart pauschale Direktvergaben ohne jegliche weitere Voraussetzungen mit den deutschen Grundrechten vereinbar sind.

Vorauszuschicken ist die Feststellung, dass die Grundrechte auch im Rahmen der staatlichen Beschaffungstätigkeit unmittelbar gelten. Zwar hat das *BVerfG* in seiner Entscheidung zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte⁶ ausdrücklich offen gelassen, ob die Vergabestelle über Art. 1 III GG unmittelbar an Grundrechte gebunden ist. Art. 1 III GG differenziert jedoch nicht danach, ob die Verwaltung hoheitlich oder privatrechtlich handelt. Entsprechend geht auch die vergaberechtliche Rechtsprechung von einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte aus⁷. Diese Rechtsprechung steht zudem im Einklang mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur⁸.

Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit von Direktvergaben mit den deutschen Grundrechten ergeben sich insbesondere für das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG. Gemeinsam mit der Eigentumsfreiheit gilt dieses Recht als Garant einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung. Das Grundrecht enthält zum einen ein Abwehrrecht mit der Folge, dass für Beeinträchtigungen oder Beschränkungen der Berufsfreiheit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung notwendig ist. Zum anderen stellt die Berufsfreiheit auch einen Teil der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes dar, woraus sich ein Schutzanspruch des Grundrechtsträgers gegenüber dem Staat ergibt⁹. Wettbewerber im SPNV genießen den Schutz des Art. 12 I GG. Denn dieser schützt umfassend jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, auch von juristischen Personen¹⁰.

Mit einer Direktvergabe im SPNV greift der jeweilige Aufgabenträger in diesen Schutzbereich ein. Die VO 1370 nennt hierfür drei verschiedene Konstellationen: Die Selbsterbringung der Leistung durch die zuständige Behörde, die Vergabe an einen internen Betreiber und die Vergabe an einen (externen) privaten Betreiber. Die beiden erstgenannten Konstellationen spielen im SPNV keine Rolle, da die Aufgabenträger regelmäßig nicht über die für SPNV-Leistungen erforderliche Ausstattung oder über Tochtergesellschaften als mögliche interne Betreiber verfügen. Die Vergabe an einen privaten Dritten greift jedoch in das Grundrecht der jeweiligen Wettbewerber aus Art. 12 I GG ein. Dabei liegt dieser Eingriff nicht darin, dass im Ergebnis ein Konkurrent zum Zuge kommt und der Wettbewerber aufgrund der Ausschließlichkeit des Auftrags in dem jeweiligen Netz keine eigenen SPNV-Leistungen erbringen kann. Denn Art. 12 I GG bietet nach dem *BVerfG* keinen Schutz vor Konkurrenz, weil Marktteilnehmer jederzeit mit einem Konkurrenten auf dem Markt rechnen müssen¹¹. Der Eingriff besteht vielmehr darin, dass der private Wett-

bewerber von vornherein keine Möglichkeit hat, seine eigenen – möglicherweise besseren – Dienstleistungen in einen Wettbewerb einzubringen. Denn das *BVerfG* erkennt den Grundrechten auch eine prozedurale Bedeutung zu. Diese verlangt, dass der Regelungsgehalt eines Grundrechts auch über die Ausgestaltung von Verfahren bestmöglich umzusetzen ist¹². Denn ohne solche verfahrensmäßige Absicherung bliebe der jeweilige Grundrechtsschutz unvollendet.

Ein solcher Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG bedarf einer Rechtfertigung, die für Direktvergaben nicht ersichtlich ist. Die Messlatte für eine solche Rechtfertigung liegt sehr hoch; verlangt werden nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut. Denn die Direktvergabe führt zu einem Ausschluss aller anderen Wettbewerber für zehn bis 15 Jahre. Zwar handelt es sich bei einer Direktvergabe im SPNV in den Kategorien des *BVerfG* nur um eine Berufsausübungsregelung. In ihrer Wirkungsintensität kommt sie indes einer objektiven Bedingung für die Berufszulassung gleich und unterfällt damit den strengsten Anforderungen an die Rechtfertigung¹³. Selbst derjenige, der alle subjektiven Voraussetzungen für die Betätigung erfüllt, kann diese Schranke aus eigener Kraft nicht überwinden¹⁴. Zwar ist vorliegend nicht das Ausschließlichkeitsrecht selbst problematisch, sondern die dieses Recht verleihende Direktvergabe. Dies spielt indes angesichts des skizzierten Grundsatzes der Grundrechtseffektivierung keine Rolle. Entsprechend geht das *BVerwG* davon aus, dass selbst bei der öffentlichen Förderung eines einzelnen Konkurrenten eine Verdrängungstendenz mit der Intensität einer objektiven Berufszulassungsschranke entsteht¹⁵. Erst recht ist dies für die unmittelbare Verdrängungswirkung einer Direktvergabe anzunehmen¹⁶ – mit der Folge, dass

6 *BVerfG*, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03.

7 *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 3.8.1999 – 6 Verg 1/99; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 11.4.2002 – 2 U 240/01; *VK Bund*, Beschl. v. 29.4.1999 – VK 1-7/99.

8 Vgl. die umfangreichen Nachweise von *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, vor §§ 97 ff. *GWB*, Rdnr. 114.

9 *BVerfG*, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84.

10 *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online-Kommentar, Art. 12 GG, Rdnr. 38.

11 *BVerfG*, Beschl. v. 1.2.1973 – 1 BvR 426/72 u.a.; *BVerwG*, Urt. v. 18.4.1985 – 3 C 34/84.

12 Zu diesem verfassungsimmanenten Grundsatz der Grundrechtseffektivierung vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77.

13 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 4/78; *BVerfG*, Beschl. v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a.; *BVerfG*, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86.

14 *BVerfG*, Beschl. v. 14.10.1975 – 1 BvL 35/70 u.a. (zum Güterkraftverkehr).

15 *BVerwG*, Urt. v. 13.5.2004 – 3 C 2/04 u.a. m.w.N.

16 Allein das Bedienebiet des VRR umfasst ca. 42 Mio. Zugkm. Damit würde nahezu der größte Teil des SPNV-Netzes in NRW ohne Wettbewerb für zehn bis 15 Jahre den Wettbewerbern abgeschnitten.

sie sich nur durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter rechtfertigen lässt.

Derartige Erwägungen sprechen jedoch eher für Wettbewerbsverfahren als dagegen. Zu berücksichtigen ist hierbei zum einen die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, die Aufgaben des Staates im SPNV auf Kontroll-, Regulierungs- und Planungsaufgaben zurückzuführen. Die Entscheidung für einen Wettbewerb im SPNV wird durch Direktvergaben jedoch weitgehend konterkariert. Auch können Kriterien wie „bekannt und bewährt“ nicht als Begründung für eine Direktvergabe herangezogen werden. Sind derartige Kriterien für den jeweiligen Aufgabenträger maßgeblich und zulässig, könnten sie unproblematisch im Rahmen eines Wettbewerbsverfahrens berücksichtigt werden. Bei solchen „Altunternehmerprivilegien“ ist ohnehin fraglich, ob und inwieweit sie einbezogen werden dürfen. Denn wie gezeigt, schützt die Berufsfreiheit (ebenso wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 14 I GG) nicht vor Konkurrenz. Das gilt nicht nur für neue Marktteilnehmer, sondern auch für Altmonopolisten. Schließlich sind vom jeweiligen Aufgabenträger auch haushaltsrechtliche Vorgaben zu beachten. So ist beispielsweise im Land Nordrhein-Westfalen nach § 3 I ÖPNVG NRW die Planung, Organisation und Ausgestaltung des ÖPNV Aufgabe der Kreise und kreisfreien Städte. Diese sind nach § 75 GO NRW bzw. § 53 KrO NRW zur wirtschaftlichen, effizienten und sparsamen Haushaltsführung verpflichtet. Zwar bilden die Kreise und kreisfreien Städte nach § 5 ÖPNVG NRW Zweckverbände zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung. Für Zweckverbände gilt jedoch das kommunale Haushaltsrecht über § 8 KommGemG NRW entsprechend. Die genannten Wirtschaftlichkeitsgebote legen regelmäßig die Durchführung eines Wettbewerbs nahe, um überhaupt ein marktübliches Angebot zu erhalten.

Bedenken gegen Direktvergaben im SPNV ergeben sich daneben auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG. Das Bevorzugen eines privaten Unternehmens ohne vorherigen Wettbewerb gegenüber einem anderen stellt eine Ungleichbehandlung wesentlich Gleicher dar. Eine solche Ungleichbehandlung bedarf ebenfalls einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Die oben genannten Aspekte sprechen hingegen auch hier für die Unzulässigkeit einer Direktvergabe.

Die Ansicht, Direktvergaben von SPNV-Leistungen seien nach nationalem Recht nicht zu beanstanden¹⁷, trifft folglich nicht zu.

Art. 5 VII VO 1370 stellt eine wirksame und rasche Überprüfung von Direktvergaben sicher. Diese Möglichkeit werden viele durch Direktvergaben benachteiligte Konkurrenzunternehmen nutzen, um die Einhal-

tung der gezeigten grundrechtlichen Vorgaben und der wesentlichen primärrechtlichen Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung einzufordern.

IV. Fazit

Die Euphorie in bestimmten Kreisen, mit der VO 1370 Wettbewerb im SPNV endlich wieder loszuwerden, ist unberechtigt. Neben den europarechtlichen ergeben sich gerade auch aus den Grundrechten erhebliche Bedenken gegen Direktvergaben. Die Möglichkeit von Direktvergaben nach der VO 1370 ist daher für den Geltungsbereich des GG nicht eröffnet. Nationales Recht steht einer Direktvergabe in Deutschland entgegen. Dies dürfte auch im Sinne der europäischen Wirtschaftsfreiheiten sein.

¹⁷ So *Nenn/Scheps*, *Der Nahverkehr* 2008, 42 (43); *Otting/Scheps*, *NVwZ* 2008, 499 (504 ff.).