

Vorwort

Auch diese Frage kam: Ist es nicht schade um die von mir investierte Zeit, wenn ich diese Form der Veröffentlichung wähle? In der Tat weiche ich von der Norm ab. Üblich ist die Veröffentlichung in einer wissenschaftlicher Reihe renommierter Verlage. Fest verbunden mit dem ausgezeichneten Ruf dieser Verlage ist zugleich aber auch ein hoher Verkaufspreis. Dieses Werk würde (trotz nicht unerheblicher Druckkostenzuschüsse) zu einem Preis von ca. 80 Euro verkauft werden; ein Preis also, der – nicht zu Unrecht – einige Interessierte davon abhalten würde, sich mit dem Inhalt auseinanderzusetzen. Die hier gewählte Art und Weise von Druck und Vertrieb ermöglicht mir, das Buch zu einem Verkaufspreis anzubieten, der lediglich die Kosten deckt, ohne Nachteile im Herstellungsprozess gegenüber der konventionellen Methode zu erleiden. Die damit verbundene Mehrarbeit nehme ich gerne in Kauf, habe ich doch die Hoffnung, dass meine Ideen nicht in den Regalen und Archiven der Universitäts-Bibliotheken verstauben. Ob es wirkt, wird die Zeit zeigen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Stand der Bearbeitung ist April 2009. Ich habe mich aber bemüht, entsprechende Literatur noch bis einschließlich Oktober 2009 zum Teil einzuarbeiten.

Mein Dank gebührt all denen, die mir bei dieser Etappe geholfen haben. Hervorheben will ich meinen Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Johannes Dietlein*, der die Fertigstellung dieser Arbeit und mich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in vielfältiger Weise gefordert und gefördert hat. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens will ich mich bedanken bei Herrn Univ.-Prof. Dr. *R. Alexander Lorz*, Staatssekretär a. D., LL.M. (Harvard).

Die Veröffentlichung wurde finanziell unterstützt durch die *Paul-Mikat-Stiftung* sowie den *Freundeskreis der Düsseldorfer juristischen Fakultät e.V.* Beiden gilt hierfür mein Dank.

Den größten Dank verdient jedoch meine Familie für ihre unersetzbare Unterstützung.

Sollten Sie mir Anregungen, Kritik ebenso wie Lob, zukommen lassen wollen, erreichen Sie mich am einfachsten unter fandrey@vo1370.de. Ich würde mich freuen. Sollte ich Fehler finden oder mich in einem Punkt eines Besseren belehren lassen und meine Meinung ändern, werde ich dies auf meiner für diese Arbeit erstellten Internetseite unter www.vo1370.de mitteilen.

Düsseldorf, im Dezember 2009

Alexander Fandrey

Kapitel 1 Einleitung

„Ausnahmen sind die Regel vor allem im öffentlichen Nahverkehr“¹

Diese mit Wortwitz garnierte Analyse der *Europäischen Kommission* aus dem Jahre 2005 beschreibt treffend die damals vorherrschende Situation auf dem Rechtsgebiet des öffentlichen Personennahverkehrs. Veraltete Vorgaben im Gemeinschaftsrecht wirkten inkonsistent und als stetige „Quelle der Rechtsunsicherheit“² gegen das ansonsten auf europäischer Ebene vorzufindende Bestreben, mehr Wettbewerb in den Mitgliedsstaaten zu schaffen. Weitgehend autonom wurde der Wettbewerb auf dem Verkehrsmarkt von den einzelnen Mitgliedsstaaten geregelt. Unterschiedliche Vorstellungen von der nötigen Wettbewerbsintensität bestimmten das Bild im Beförderungssektor. Dabei begründen zwei Besonderheiten die Sonderstellung dieses Rechtsgebietes außerhalb des allgemeinen Vergaberechts: Abgesehen von wenigen Sonderfällen können öffentliche Personennahverkehrsleistungen nicht ohne ergänzende staatliche Zuschüsse wirtschaftlich betrieben werden, sofern das Verkehrsangebot in qualitativ und quantitativ ausreichendem Umfang erbracht werden soll. Zudem treffen auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs zahlreiche divergierende Interessen aufeinander, die einer einfachen Regelung im Wege stehen. Das Interesse der Bürger an einer ausreichenden Verkehrsversorgung von möglichst großer Qualität, das Interesse der Verkehrsunternehmen an ihrer Beauftragung mit Verkehrsleistungen und das Interesse des Staates, seinen Bürgern eine Dienstleistung zu Preisen zu bieten, die nicht nur den Geldbeutel der Fahrgäste, sondern auch den Haushalt des Staates möglichst wenig belasten. Erschwerend wirken die historisch gewachsenen Strukturen, die insbesondere auf Seiten der Verkehrsunternehmen einer einheitlichen Willensbildung entgegen stehen. Betriebe der öffentlichen Hand erbringen die Verkehrsleistungen ebenso wie kleinere Familienbetriebe. In letzter Zeit suchen zudem weitere Unternehmen, hinter denen nicht selten Staatsbetriebe anderer Mitgliedsstaaten stehen, den Marktzutritt. Alle Beteiligten können sich in diesem tripolaren Verhältnis auf ihre legitimen Interessen berufen, die die Stellung des Personenbeförderungsrechts als Sonderrecht verantworten.

Um den Missstand der Rechtsunsicherheit zu beseitigen und den Markt für Personenbeförderungsleistungen grenzüberschreitend zu öffnen, trat die *Europäische Kommission* im Jahre 2000 mit einer ersten Initiative zur Novellierung des rechtlichen Rahmens an. Fünf Jahre später präsentierte sie den zwischenzeitlich dritten Entwurf für eine Verordnung, ohne einer Verständigung zwischen den am Verordnungsgebungsverfahren Beteiligten tatsächlich näher gekommen zu sein. Erst zwei Jahre später wurde eine Einigung erzielt, die zum Erlass der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007³ (folgend VO 1370/2007) am 3. Dezember 2007 führte. Im Laufe des „siebenjährigen Tauziehens“ verlor das ursprüng-

1 KOM (2005) 319 endg., S. 3.

2 KOM (2005) 319 endg., S. 3.

3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU vom 3. Dezember 2007, L 315 S. 1.

liche Ziel, Rechtsunsicherheit zu beseitigen und den Beförderungsmarkt dem Wettbewerb zu öffnen, an Bedeutung. Nach Jahren ohne Bewegung gaben sich die Beteiligten mit einem Minimalkompromiss zufrieden, der das Streben nach Marktöffnung angesichts einer Vielzahl von Ausnahmen von der an sich flächendeckend geplanten Ausschreibungspflicht weitgehend aufgab. Lediglich auf die Regelung der nachgelagerten Ausgleichsleistungen konnten sich die Beteiligten einigen. Der vorgelagerte Auswahlprozess wurde durch vier Ausnahmetatbestände aufgeweicht. Die zuständigen Behörden können unter Berufung auf einen dieser Tatbestände auf die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens verzichten. Freigestellt wurden in Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 der Verordnung Aufträge an interne Betreiber, im sog. Unterschwellenbereich, in Notfallsituationen und im Eisenbahnverkehr.

Entgegen der ursprünglichen Absicht der *Kommission* zieht sich das Eingangszitat wie ein roter Faden durch die Verordnung. Die ersten drei, für den öffentlichen Straßenpersonennahverkehr relevanten Ausnahmen werden Gegenstand dieser Untersuchung sein, überzeugen die Normen – entgegen ihrer Bezeichnung durch *Otting* und *Scheps* als „klar definierte Ausnahmen“ – doch keinesfalls durch Normklarheit. Durch unbestimmte Rechtsbegriffe, Öffnungsklauseln und zahlreiche Lücken delegierten die Beteiligten auf der Gemeinschaftsebene die letzte Verantwortung auf die nationalen Parlamente, denen die Umsetzung der sekundärrechtlichen Bestimmungen obliegt. Denn ohne eine weitergehende Ausgestaltung wird die Anwendung der Verordnung in der Praxis kaum möglich sein. Die Wahl der Verordnung als Rechtsinstrumentarium erscheint insoweit zumindest unglücklich, entspricht der offene Charakter der VO 1370/2007 doch eher dem einer Richtlinie. In jedem Fall bedarf es einer starken Orientierung am europäischen Vergaberecht, liegen beiden Regelungen doch weitgehend dieselben primärrechtlichen Prinzipien zugrunde und ein Teil der Verkehrsleistungen sind entsprechend der weichenstellenden Regelungen in Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 VO 1370/2007 einzig dem Vergaberecht unterworfen. Können so auch einige Probleme parallel gelöst werden, darf nicht übersehen werden, dass Aufträge über Personenbeförderungsleistungen nicht grundlos (teilweise) von den formalen Vorgaben des Vergaberechts freigestellt wurden. Letztlich bleiben damit aber viele Fragen offen.

Nach Jahrzehnten der Rechtsunsicherheit ist der rechtliche Neuanfang ein erster Schritt. Der Blick der Untersuchung ist gerichtet auf die Gemeinschaftsebene. Im Vordergrund steht daher die VO 1370/2007 und das Primärrecht einschließlich der Umsetzung in das deutsche Recht, weniger das bisherige deutsche Personenbeförderungsrecht. Mit dem europäischen Primärrecht wird eine konsistente und widerspruchsfreie Lösung angestrebt; der Bruch mit nationalen Strukturen wird in Kauf genommen, da das andernfalls unterstellte Primat der nationalen Dogmatik, das ebenso den anderen Mitgliedsstaaten zugestanden werden müsste, eine Lösung auf Gemeinschaftsebene und eine Harmonisierung des Rechts sperren würde.

4 *Otting/Scheps*, NVwZ 2008, 499 (500).

Ebenso wie seinerzeit der Prozess der Verordnungsgebung auf Gemeinschaftsebene wird nun in Deutschland die gegenwärtig laufende Reformierung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) von den unterschiedlichsten Interessengruppen begleitet. Dabei geht es für die Beteiligten um mehr als nur die einfache Anpassung des Rechts an verändertes Sekundärrecht. Die jeweils zu Grunde liegende Vorstellungen von der (aus ihrer Sicht) optimalen Umsetzung – im Sinne der Aufgabenträger, im Sinne der öffentlichen Verkehrsunternehmen, im Sinne des Wettbewerbs, im Sinne des privaten Mittelstands, im Sinne der Fahrgäste, etc. – lassen sich nicht vollumfänglich verwirklichen. Der sieben Jahre dauernde Prozess, in dem versucht wurde, das Sekundärrecht zu überarbeiten und den Realitäten des Marktes anzupassen, muss als Beleg für die nur bedingt vereinbaren Positionen der Beteiligten angesehen werden. Drei Mal nutzte die *Europäische Kommission* ihr Recht, Verordnungsentwürfe einzubringen und das Normgebungsverfahren zu initiieren. Dass am Ende gleichwohl ein Kompromiss geschlossen wurde, hatte seinen Preis: Die zum Teil unbewusst, zum Teil über Öffnungsklauseln bewusst offen gehaltenen Regelungen sind einer unmittelbaren Anwendung in großen Teilen nicht zugänglich. Ein erneuter Anlauf und damit eine weitere grundlegende Überarbeitung auf Gemeinschaftsebene sind in nächster Zeit nicht zu erwarten. Der zeitliche Wirkbereich der VO 1370/2007 wird nicht Jahre, sondern Jahrzehnte umfassen angesichts der Tatsache, dass die im Dezember 2007 veröffentlichte Verordnung erst im Dezember 2019 volle Wirkung entfalten wird⁵. Die Herausforderung, eine in jeder Hinsicht zu höherrangigem Recht konforme Konkretisierung zu erreichen, wurde damit auf die Mitgliedsstaaten verlagert, in denen gegenwärtig die zuvor in Brüssel und Straßburg geführten Auseinandersetzungen um die einzelnen Detailregelungen wiederholt werden. Hinsichtlich Direktvergaben dreht sich damit alles um die Frage, ob die größeren Spielräume zu Qualitäts- und/oder Wirtschaftlichkeitsvorteilen führen oder nicht⁶. Erste Entwürfe zur Überarbeitung des PBefG kamen nicht über den Stand von Referentenentwürfen hinaus und die anstehende Bundestagswahl ließ nicht erwarten, dass eine klare Lösung des bestehenden Konfliktes engagiert angestrebt wurde. Nur ein Trend war bereits in den ersten Entwürfen, die am Ende der Untersuchung näher beleuchtet werden, zu erkennen: Der deutsche Gesetzgeber wird den Weg des europäischen Ordnungsgebers fortsetzen und eindeutige Regelungen meiden; die Verantwortung wird delegiert auf die Exekutive (hinsichtlich von Rechtsverordnungen) und die Judikative. Konnten die Gerichte aber bereits zum bisherigen Recht nicht für ausreichende Rechtssicherheit sorgen, werden bewusst offen formulierte Normen und zahlreiche Exzeptionen die eingangs zitierte Feststellung der *Kommission* untermauern. Insoweit könnte der – im Folgenden umfangreicher zitierte – Befund aus dem Jahre 2005 unfreiwillig dauerhaften Charakter gerade in Bezug auf die umfangreichen Regelungen zu Direktvergaben aufweisen:

„Ausnahmen sind die Regel vor allem im öffentlichen Nahverkehr, wo sich die Ausnahmen von der Pflicht zur Auftragsausschreibung als schwer verein-

-
- 5 Die Verordnung tritt gemäß Art. 12 am 3. Dezember 2009 in Kraft. Hieran schließt aber gemäß Art. 8 Abs. 2 eine Phase der schrittweisen Anpassung bis zum 3. Dezember 2019 an. Einzelne Aufträge können gemäß Art. 8 Abs. 3 sogar bis zu 30 Jahre gültig bleiben.
- 6 Vgl. beispielhaft die Untersuchungen von *Resch*, Nahverkehr 6/2008, 23 ff.

bar mit der Transparenz und Nichtdiskriminierung erweisen, wie sie von einem immer offeneren Markt gefordert werden. (...) Sie (scil. die Verordnung) ist somit zu einer Quelle der Rechtsunsicherheit geworden, die sich erlauben lässt an der Zunahme der Rechtsstreitigkeiten und an der Zurückhaltung der Betreiber, umfangreiche Investitionen zu tätigen, solange die Rechtslage nicht klar ist.“

Inwieweit sich die dargestellte Konfliktsituation wiederholen wird, hängt damit im Wesentlichen davon ab, ob der Gesetzgeber den Mut aufbringt, die bestehenden Strukturen des durch Rechtsunsicherheit geprägten Status Quo aufzubrechen und ein System zu schaffen, das mit eindeutigen Regelungen und klaren Zuordnungen einen eingeschränkten Wettbewerb zulässt und darüber hinaus auch vorschreibt.

Der öffentliche Personennahverkehr rückte in den letzten zehn Jahren zunehmend in den Fokus der Wissenschaft und es entstanden die Werke von *Jan Werner*⁷, *Roland Maaß*⁸, *Sibylle Barth*⁹, *Matthias Knauff*¹⁰ und *Lorenz Wachinger*¹¹. Eine ausführliche Betrachtung des öffentlichen Personenverkehrs in Österreich bietet mit zahlreichen Bezügen zum Gemeinschaftsrecht die Habilitationsschrift von *Arno Kahl*¹². Allesamt noch deutlich vor Verabschiedung der VO 1370/2007 geschrieben beschreiben sie gleichwohl in der Gesamtschau die *tatsächliche Lage* des öffentlichen Personennahverkehrs erschöpfend. Auf diese zeitlosen Teile der Arbeiten kann insoweit verwiesen werden, wenn im Rahmen dieser Untersuchung bei der Bestandsaufnahme der tatsächlichen Strukturen im öffentlichen Personennahverkehr Zurückhaltung geübt und der Fokus auf die neuen, in der Wissenschaft weithin unerschlossenen Rechtsentwicklungen gelegt wird.

Die Betrachtung soll dabei auf dem Fundament des Gemeinschaftsrechts stehen, d. h. es wird die Regelung der VO 1370/2007 weitgehend isoliert und vor allem losgelöst von den in Rechtsunsicherheit festgefahren Strukturen des gegenwärtigen PBefG bewertet. Nur soweit diesen – etwa für den Geltungsbereich – eigene Relevanz zukommt, soll auf deutsche Eigenheiten eingegangen werden. Der primäre gemeinschaftsrechtliche Blickwinkel ermöglicht dabei, auch solche Lösungsansätze anzudenken, die im gegenwärtigen deutschen Personenbeförderungssystem ungewohnt und fremd erscheinen. Nicht alle Ansätze werden sich ohne Bruch integrieren lassen, zugleich werden aber die strukturellen Grenzen des Personenbeförderungrechts verlassen, die einen Markt geschaffen haben, dessen Assoziation mit den Begriffen „Wettbewerb“ und „Rechtssicherheit“ den Beteiligten nicht in den Sinn kommt.

7 *Werner*, Nach der Regionalisierung – der Nahverkehr im Wettbewerb (1998).

8 *Maaß*, Der Wettbewerb im örtlichen Personenbeförderungswesen – Möglichkeiten und Notwendigkeiten im Bereich straßengebundener Beförderung (1998).

9 *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung. Der öffentliche Personennahverkehr nach der Regionalisierung (2000).

10 *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge (2004).

11 *Wachinger*, Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV (2006).

12 *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005).

Nach einer bewusst kurz gehaltenen Bestandsaufnahme der tatsächlichen Situation im öffentlichen Personennahverkehr in Deutschland (sub Kapitel 2) liegt der Schwerpunkt dieser Untersuchung auf den rechtlichen Aspekten. Die Rahmenbedingungen werden nach Ebenen gestaffelt dargestellt: Zunächst erfolgt eine Darstellung des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens (sub Kapitel 3 A), bevor die verfassungsrechtlichen Dimensionen der Vergabe von Verkehrsleistungen (sub Kapitel 3 B) und das einfache Recht in Deutschland (sub Kapitel 3 C) beleuchtet werden. Im Mittelpunkt des vierten Kapitels steht der Anwendungsbereich der VO 1370/2007. In diesem Rahmen wird das partiell vorrangige Kartellvergaberecht beschrieben (sub Kapitel 4 B). Großer Raum wird zum Zwecke der Abgrenzung den beiden Hauptanwendungsfällen der VO 1370/2007 – der Dienstleistungskonzession (sub Kapitel 4 C) und den In-house-Aufträgen (sub Kapitel 4 D) – zugestanden, da sich gerade bei dieser vorgelagerten Frage nach dem Geltungsbereich der Verordnung ein Ansatzpunkt bietet, die Anwendung des Kartellvergaberechts und/oder der VO 1370/2007 durch formelle Konstruktionen zu umgehen. Die sich anschließende Auslegung der einzelnen Tatbestände der Direktvergabe erfolgt entsprechend ihrer voraussichtlichen Bedeutung: Den Anfang macht die Direktvergabe an einen internen Betreiber (sub Kapitel 5 A), gefolgt von der Direktvergabe unterhalb der Schwellenwerte (sub Kapitel 5 B) und in Notfallsituationen (sub Kapitel 5 C). Ein kurzer Überblick über im Rechtssetzungsprozess angedachte, aber nicht realisierte Tatbestände sowie die Direktvergabe im Eisenbahnverkehr (sub Kapitel 5 D) komplettiert dieses Kapitel. Hieran schließen sich Denkanstöße zum Verfahren an hinsichtlich Transparenz und Publizität (sub Kapitel 6 A), die Anforderungen an den Auswahl- und Entscheidungsprozess (sub Kapitel 6 B), den Rechtsschutz (sub Kapitel 6 C) und sonstige, in der Verordnung vorgesehene Regelungen zum Verfahren (sub Kapitel 6 D). Da ein Kabinettsentwurf zur PBefG-Novellierung noch nicht verabschiedet wurde und die Regierung bis zur Bundestagswahl Ende 2009 auch kein Gesetzgebungsverfahren mehr initiieren wollte, muss auf eine Untersuchung der deutschen Umsetzung verzichtet werden, bevor ein kurzer Ausblick gewagt wird (sub Kapitel 7).