



Ausarbeitung

Zu den Direktvergabemöglichkeiten im Bahn-Personenfernverkehr

Zu den Direktvergabemöglichkeiten im Bahn-Personenfernverkehr

Aktenzeichen: PE 6-3000 - 064/21
Abschluss der Arbeit: 1. Dezember 2021
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Möglichkeiten einer Direktvergabe nach der VO Nr. 1370/2007	4
3.	Das Schweizer Konzept der Trassennutzung und -vergabe	6
4.	Beantwortung der Fragen	7

1. Einleitung

Der Fachbereich Europa ist um die Beantwortung folgender Fragen gebeten worden:

1. Könnte aus Sicht des europäischen Rechts eine Bundesbehörde für den Bahn-Fernverkehr eingerichtet werden, die den Betrieb von Fernverkehrsstrecken direkt an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) vergibt, das eine Tochter der bundeseigenen Deutsche Bahn (DB) AG ist?
2. Könnten aus Sicht des europäischen Rechts Fahrplantrassen auf der Infrastruktur des DB Netzes bevorzugt an jene EVU vergeben werden, die mit der Durchführung von öffentlich bestelltem Verkehr beauftragt sind? Wenn nicht direkt, wäre es gegebenenfalls indirekt über Vergabe-Kriterien wie eine Gemeinwohlorientierung zu ermöglichen oder zumindest zu begünstigen?
3. Wäre das Schweizer Konzept der Trassennutzung und -vergabe (<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/fachinformationen/netznutzungskonzept-plaene.html> bzw. <https://www.tvs.ch/dienstleistungen/nutzung-von-trassen-und-zusatzleistungen>), würde es in Deutschland praktiziert, mit dem europäischen Recht konform?

2. Möglichkeiten einer Direktvergabe nach der VO Nr. 1370/2007

Die VO Nr. 1370/2007¹ findet nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Anwendung auf gemeinwirtschaftliche öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste, die entweder staatlich bezuschusst und/oder monopolisiert werden.² Nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. e der VO Nr. 1370/2007 ist eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte. Realistischerweise ist davon auszugehen, dass Personenverkehrsdienste auf der Schiene meist nicht kostendeckend betrieben werden können und deshalb vom Markt allein nicht in hinreichendem Umfang bereitgestellt werden.³

Art. 5 Abs. 3 S. 1 der VO Nr. 1370/2007 sieht als Grundsatz die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vor. Dieses „muss allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen“ (Art. 5 Abs. 3 S. 2 der VO Nr. 1370/2007). Da jedes interessierte Unternehmen die Möglichkeit der Beteiligung

¹ 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.

² Vgl. auch *Rusche/Melcher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 93 AEUV Beihilfen, Rn. 77.

³ *Fehling/Linke*, in: Linke, VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Einleitung, Rn. 81.

erhalten soll, ist das Verfahren im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu geben bzw. zu veröffentlichen.⁴ Die Vergabeentscheidung muss vorhersehbar sein und den Bietern müssen alle Kriterien, die vom Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, zum Zeitpunkt der Angebotsvorbereitung bekannt sein.⁵ Die Vergabe darf nicht auf einzelne Bieter zugeschnitten sein.⁶

Die Möglichkeiten einer Direktvergabe sind in Art. 5 Abs. 2, 3 lit. a, 4, 4 lit. a, 4 lit. b, 5 und 6 der VO Nr. 1370/2007 geregelt. Diese stehen – bis auf die sog. Notvergabe nach Abs. 5 – unter dem Vorbehalt, dass sie „nicht nach nationalem Recht untersagt“ sind. Im deutschen Recht sieht § 131 GWB⁷ vor, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich im Wettbewerb erfolgen soll. Die Verfahrensart der Direktvergabe ist nach § 131 Abs. 1 S. 2 GWB nur zulässig, soweit sie (ausnahmsweise) aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist. Solche Ausnahmeregelungen finden sich zwar nicht im GWB selbst, sind aber in § 14 Abs. 4 VgV⁸ verankert. Eine Direktvergabe ist in Deutschland daher nur in den von § 131 GWB i.V.m. § 14 Abs. 4 VgV genannten Fällen zulässig.⁹

Damit verbleibt die Möglichkeit der nicht unter dem Vorbehalt entgegenstehenden nationalen Rechts stehenden Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 5 der VO Nr. 1370/2007. Diese ist als sog. Notmaßnahme zulässig, wenn der Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder die unmittelbare Gefahr des Eintretens einer solchen Situation vorliegt.

Darüber hinaus kommt eine sog. Inhouse-Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 der VO Nr. 1370/2007 in Betracht. § 131 Abs. 2 S. 1 stellt insoweit klar, dass es für den Bereich des Eisenbahnverkehrs kein entgegenstehendes nationales Recht gibt.¹⁰

Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO Nr. 1370/2007 sieht die Möglichkeit vor, dass „jede zuständige örtliche Behörde [...] entscheiden [kann], [...] öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit zu vergeben, über die die zuständige örtliche Behörde – oder im Falle einer Gruppe von Behörden wenigstens eine zuständige örtliche Behörde – eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht.“ In Art. 5 Abs. 2 S. 2 der VO Nr. 1370/2007 heißt es: „Im Falle öffentlicher Schienenpersonenverkehrsdienste kann die [...] genannte Gruppe von Behörden ausschließlich aus zuständigen örtlichen Behörden bestehen, deren geografischer Zuständigkeitsbereich sich nicht auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt.“

⁴ Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, S. 111 f.

⁵ Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, S. 112.

⁶ Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, S. 112.

⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

⁸ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV).

⁹ Bungenberg/Schelhaas, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, § 131 GWB, Rn. 17.

¹⁰ Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, S. 105.

Eine Inhouse-Vergabe durch eine Bundesbehörde dürfte demnach ausscheiden, da sich deren geografischer Zuständigkeitsbereich auf das gesamte Staatsgebiet erstreckt.

Hinsichtlich der Deutsche Bahn (DB) Fernverkehr AG dürfte zudem zweifelhaft sein, ob die Kontrolle des Bundes über diese derjenigen über eigene Dienststellen entspricht. Bei der DB Fernverkehr AG handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche eine 100%-ige Tochtergesellschaft der DB AG ist. Zwischen der DB AG und der DB Fernverkehr AG besteht ein Beherrschungsvertrag.¹¹ Eine umfassende Kontrolle der DB Fernverkehr AG durch die DB AG ist daher möglich. Durch einen Beherrschungsvertrag wird die Leitung des beherrschten Unternehmens dem herrschenden Unternehmen unterstellt, § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG. § 308 Abs. 1 AktG lässt dabei die Erteilung auch nachteiliger Weisungen zu. Alleiniger Eigentümer der DB AG ist der Bund. Zwischen diesem und der DB AG besteht jedoch kein Beherrschungsvertrag.¹² Als Eigentümer kann der Bund zwar personell über die Aufsichtsratsmitglieder entscheiden, welchen gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Überwachung der Geschäftsführung obliegt.¹³ Ein Weisungsrecht gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern wird jedoch allgemein abgelehnt.¹⁴ Weisungen an den Vorstand sind ebenfalls ausgeschlossen, da dieser die Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung zu leiten hat.¹⁵ Davon kann auch nicht abgewichen werden, wenn die öffentliche Hand – wie vorliegend – sämtliche Anteile hält und damit keine schutzbedürftigen Minderheitsgesellschafter existieren. Denn dies würde dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger nicht gerecht.¹⁶ Ob der EuGH die Möglichkeiten der informellen Einflussnahme, insbesondere über eine entsprechende Personalpolitik, als ausreichend für eine Kontrolle, ähnlich wie sie über eigene Dienststellen besteht, erachten würde, erscheint eher zweifelhaft.¹⁷

3. Das Schweizer Konzept der Trassennutzung und –vergabe

Die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen finden sich im Eisenbahngesetz (EBG) vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)¹⁸. Nach Art. 9a Abs. 1 EBG hat die Infrastrukturbetreiberin den Eisenbahnverkehrsunternehmen den diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren. Gemäß

¹¹ Siehe Handelsregisterauszüge der DB AG (AG Charlottenburg, HRB 50000 B) und der DB Fernverkehr AG (Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB 83173).

¹² Siehe Handelsregisterauszüge der DB AG (AG Charlottenburg, HRB 50000 B) und der DB Fernverkehr AG (Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB 83173).

¹³ Vgl. *Pünder*, Beschränkungen der In-house-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263 (264).

¹⁴ Vgl. *Pünder*, Beschränkungen der In-house-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263 (264) m.w.N.

¹⁵ Vgl. *Pünder*, Beschränkungen der In-house-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263 (264).

¹⁶ Vgl. *Pünder*, Beschränkungen der In-house-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263 (264).

¹⁷ Die Natur der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft wurde vom EuGH als ein Aspekt bezeichnet, der dieser Kontrolle entgegen stehen kann, vgl. EuGH, Rs. C-458/03, Rn. 67.

¹⁸ https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1958/335_341_347/de.

Art. 9a Abs. 4 EBG kann „[d]er Netzzugang auf einem örtlich und zeitlich bestimmten Fahrweg (Trasse) [...] von jedem Unternehmen beantragt werden, das an der Durchführung des Eisenbahnverkehrs interessiert ist“. Nach Art. 9b Abs. 1 S. 1 EBG legt der Bundesrat in einem Netznutzungskonzept die Anzahl der Trassen fest, die für jede Verkehrsart mindestens zu reservieren sind. Die Infrastrukturbetreiberinnen erstellen einen Netznutzungsplan. In diesem konkretisieren sie das Netznutzungskonzept und halten insbesondere die Verteilung der Trassen auf die Verkehrsarten im Tages- und Wochenverlauf fest (Art. 9b Abs. 3 EBG). Die Trassen werden nach den Vorgaben der Netznutzungspläne zugeteilt, wobei bei freien Kapazitäten der vertaktete Personenverkehr grundsätzlich Vorrang genießt (Art. 9b Abs. 4 EBG). Das Bundesamt für Verkehr (BAV) regelt das Verfahren zur Trassenzuteilung und die Einzelheiten zu den Netznutzungsplänen. Es kann festlegen, wie bei Mehrfachbestellungen derselben Trasse vorzugehen ist (Art. 9b Abs 5 EBG).

Die Trassenvergabe ist nach Art. 9f Abs. 1 lit. a EBG Aufgabe der Trassenvergabestelle (TVS)¹⁹. Bei dieser handelt es sich gemäß Art. 9d Abs. 1 EBG um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. „Der Bund strebt mit der Trassenvergabestelle den diskriminierungsfreien und transparenten Netzzugang, die gesunde Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnverkehr und die optimale Nutzung der Schienenkapazitäten an.“ (Art. 9e EBG).

Das Verfahren der Trassenvergabe läuft wie folgt²⁰: Die EVUen geben bei den Infrastrukturbetreiberinnen Netznutzungswünsche an. Sofern sich solche gegenseitig behindern oder ausschließen, sucht die TVS gemeinsam mit den beteiligten Unternehmen und Fahrplanerstellern nach Alternativen, welche das Führen aller Züge zum Ziel haben. Sofern keine einvernehmliche Lösung erzielt werden kann, entscheidet die TVS auf der Basis der Prioritätenregel, wer den Zuschlag erhält (Art. 12c NZV²¹).

4. Beantwortung der Fragen

Die VO Nr. 1370/2007 verlangt grundsätzlich ein wettbewerbliches Vergabeverfahren. Die Voraussetzungen der sog. Inhouse-Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 der VO Nr. 1370/2007 dürften bei einer Direktvergabe an eine Tochter der DB AG durch eine Bundesbehörde nicht vorliegen. Auch eine Vergabe an andere EVUen setzt im Anwendungsbereich der VO Nr. 1370/2007 grundsätzlich ein wettbewerbliches Verfahren voraus, welches allen Betreibern offen stehen muss und nicht auf einzelne Bieter zugeschnitten sein darf.

Dem einschlägigen schweizerischen Recht lässt sich kein dem Art. 5 Abs. 3 der VO Nr. 1370/2007 entsprechendes wettbewerbliches Vergabeverfahren entnehmen. Daher dürfte das

¹⁹ Detailliertere Regelungen zur TVG finden sich in der Verordnung über die Trassenvergabestelle (TVSV) vom 13. Mai 2020; SR 742.123; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/402/de>.

²⁰ <https://www.tvs.ch/dienstleistungen/nutzung-von-trassen-und-zusatzleistungen>.

²¹ Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV) vom 25. November 1998 (SR 742.122); <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/142/de>.

schweizerische Modell (für Deutschland) im Anwendungsbereich der VO Nr. 1370/2007 aktuell nicht mit Unionsrecht vereinbar sein.

- Fachbereich Europa -