

Zehn-Jahres-Verträge mit der DB:

Null und nichtig?

Die Ausschreibungspflicht steht im Gesetz

Von Rainer Engel

Montage: Steiner

Besteht eine Ausschreibungspflicht?

Zum 1. Januar 1999 ist eine Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Dort heißt es unter „Vierter Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge“ in § 97 Absatz 1 eindeutig: „Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.“

Eigentlich sollte damit klar sein, was der Gesetzgeber möchte. Doch das Gesetz ist ungeliebt, denn es musste aufgrund europarechtlicher Vorgaben erlassen werden. Unbequeme Vorschriften werden selbst von den Regierenden nicht ernst genommen. Das gilt auch für die Bundesregierung: sie mag das Gesetz überhaupt nicht, denn es tut dem Staatsunternehmen DB AG sehr weh. Pffiffige Juristen sind nie darum verlegen, Gesetze so lange auszulegen, bis dabei das Gegenteil herauskommt. So wird beispielsweise argumentiert, es sei gar keine Dienstleistung, die vergeben werde, denn die Dienstleistung nehme ja der Fahrgast entgegen, und es gehe nur um Zuschüsse, von denen im Gesetz nicht die Rede sei.

Meist gebieten erst die Gerichte diesem Treiben Einhalt – und daher ist auch die Justiz bei den Regierenden nicht beliebt. So geht es derzeit auch beim Vergaberecht für den Nahverkehr auf der Schiene zu.

Die ersten Entscheidungen

Das beiden ersten Entscheidung von Beschwerdekammern liegen bereits vor. Die Beschwerdekammern sind zwar keine Gerichte, sondern Einrichtungen der Aufsichtsbehörden, aber sie haben fast gerichtliche Qualitäten. Ihre Entscheidungen müssen direkt bei einem Oberlandesgericht angefochten werden. Auch die DB AG hat schon von diesem Rechtsmittel Gebrauch gemacht, um die Ausschreibung des Westerwaldnetzes in Rheinland-Pfalz zu kippen – mit Erfolg, weil ein Sachbearbeiter, der die Ausschreibung bearbeitete, der Sohn des Aufsichtsratsmitglied der DB AG Daubertshäuser ist.

Die Wettbewerber nutzen diese Möglichkeit auch. Die allererste Entscheidung im Beschwerdeverfahren wurde am 18. April 2002 von der Vergabekammer

➤ Die Deutsche Bahn AG versucht, im Schienennahverkehr Sicherheit zu gewinnen und ihre Macht auf dem Markt zu behaupten. Scharfe Kritik haben die neuesten Zehn-Jahres-Verträge gefunden, die Anfang des Jahres abgeschlossen wurden. Wie ist die Rechtslage und welche Aussicht auf Bestand haben diese Verträge?

Das Fazit: Verträge, die keine angemessene Ausschreibungsrate während der Vertragslaufzeit enthalten, sind nichtig und haben vor Gericht schlechte Aussichten.

Düsseldorf erlassen, und Ende Mai folgte eine Entscheidung der Beschwerdekammer Magdeburg. Beide Gremien sind sich einig: Es besteht eine Pflicht zur Ausschreibung. Die Magdeburger Entscheidung ist rechtskräftig, für die Düsseldorfer Entscheidung wird mit letztinstanzlichen Urteilen noch in diesem Jahr gerechnet.

Sind die Verträge nichtig?

Die Frage, ob die Verträge nichtig sind, die unter Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht abgeschlossen wurden, ist nicht ganz einfach zu beurteilen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat dazu keine spezielle Regelung getroffen, und so müssen allgemeine Regeln aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Rate gezogen werden. Einig sind sich die Fachjuristen nur so weit: Wo ein Vertrag dazu diene, den Wettbewerb auszu-bremsen, ist er wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Damit ist ein weiter Spielraum für gute Argumente eröffnet, über den sich trefflich streiten lässt. Als Fälle, in denen triftige Gründe für eine freihändige Vergabe gegeben sein können, kommen in Betracht:

- fehlender Wettbewerb. Aus diesem Grund kann sowohl die Vergabe an einen vorhandenen Anbieter gerechtfertigt sein wie auch eine Vergabe an ein Unternehmen, das eigens zur Schaffung des Wettbewerbs gegründet wurde.
- Vergabe zur Schaffung durchgehender Verbindungen an ein bereits tätiges Unternehmen, weil ein Wettbewerber diese Leistung nicht erbringen kann.

Nicht überzeugen kann hingegen die Auffassung, dass ein einziger Betreiber für ein ganzes Bundesland notwendig sei, oder gar andere Argumente der politischen Zweckmäßigkeit, die mit der angebotenen Verkehrsleistung nichts zu tun haben.

Wo kein Kläger, da kein Richter

Dieses bekannte Sprichwort gilt auch für die Vergabe öffentlicher Verkehrsleistungen. Als das Gesetz in Kraft trat, waren die allerersten Unternehmen gerade angetreten, um sich in den Konkurrenzkampf zu stürzen. Noch kurz vorher waren Ausschreibungen aufgehoben worden, weil sich außer der DB AG kein anderer Anbieter gefunden hatte. Mittlerweile hat sich die Situation gewandelt und zahlreiche in- und ausländische Unternehmen

bewerben sich bei den Ausschreibungen.

Wer also jetzt noch gegen das Gesetz verstößt, muss damit rechnen, dass die Wettbewerber mit ihren Klagen Erfolg haben werden, denn § 97 Abs. 7 GWB bestimmt: „Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“

Wo kein Wettbewerber, da kein Kläger

A llerdings ist eine Ausschreibung sinnlos, wenn sich niemand darum bewirbt. Wenn ein Land den gesamten Nah- und Regionalverkehr auf einmal ausschreiben würde, dann lässt sich an fünf Fingern abzählen, dass sich darauf zur Zeit nur ein Unternehmen bewerben wird. Warum sollte also die DB AG nicht gleich pauschal beauftragt werden, wenn sie im Gegenzug Versprechungen macht, die kein anderer Wettbewerber erfüllen kann?

Doch der Gesetzgeber sieht das anders. § 97 Abs. 3 GWB bestimmt: „Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.“ Eigentlich zielt diese Bestimmung auf den Baubereich ab und soll die mittelständischen

Handwerksbetriebe davor schützen, dass die Verwaltungsbehörden die Aufträge an große Generalunternehmer vergibt. Doch hier hat der deutsche Gesetzgeber mit der Formulierung zu kurz gegriffen: die verbindlichen europäischen Gesetze verlangen einen funktionierenden Markt. Aber solange Nachbarn wie Frankreich ihre Schienenwege abschotten, ist es nicht verwunderlich, dass die deutsche Regierung ebenfalls ihre Staatsbahn zu schützen versucht.

Die Aufgabenträger haben daher die Möglichkeit zur Ausschreibung bisher in ganz unterschiedlicher Weise genutzt, wie die nachfolgend beschriebenen Verträge zeigen:

Der Oberelbe-Vertrag

Der Zweckverband Verkehrsverbund Oberelbe (VVO), Aufgabenträger für den Schienenpersonennahverkehr im Raum Dresden, vergab Ende 2000 alle Leistungen für die Zeit vom 1.1.2001 bis Ende 2010 im Verbundgebiet an die DB Regio. Eine Ausschreibung war der Vergabe nicht vorausgegangen. Damit wird auf ein Jahrzehnt im Bereich des VVO kein einziges anderes Unternehmen tätig werden können.

Politisch wurde der Vertrag damit begründet, dass der noch laufende Verkehrsvertrag zwischen dem Freistaat Sachsen und der DB, der Ende 2002 ausgelaufen wäre, der DB AG zu wenig



An der Oberelbe soll alles fest in DB-Hand bleiben. Die Dresdner Verkehrsbetriebe hätten sich gern um die Flughafenbahn beworben.



Thüringen hat die Möglichkeiten des Wettbewerbs zielstrebig genutzt: hier ein Triebwagen der Vogtlandbahn als Regional-express in Hof vor der Abfahrt nach Gera.

Planungssicherheit geboten habe. Auf den Einwand, dass damit andere Anbieter ausgeschlossen würden, antwortete der VVO, dass das nicht zutreffe, weil ja die Wettbewerber als Subunternehmer der DB AG tätig werden könnten.

Dieser Vertrag dürfte einer rechtlichen Nachprüfung nur schwer standhalten, denn es gab zumindest für leicht abgrenzbare Teilnetze Interessenten, die auch in der Lage gewesen wären, den Betrieb vor 2011 zu übernehmen. Die Dresdner Verkehrsbetriebe (DVB), seit September 2000 zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen, hatten ihr Interesse am SPNV im Raum Dresden bekundet. Insbesondere waren die DVB an der Betriebsübernahme der neuen Dresdner Flughafen-S-Bahn interessiert.

Auch die benachbarten sächsischen Zweckverbände fühlen sich durch den Vertrag des Oberelbe-Verbunds bevormundet. Durch den Vertrag sind sie genötigt, durchgehende Verbindungen, wie die von Dresden nach Görlitz, Zittau, Leipzig oder Chemnitz, an die DB AG zu vergeben oder die Fahrgäste an der Verbundgrenze umsteigen zu lassen.

Der Sachsen-Anhalt-Vertrag

Am 26. Februar 2002 unterzeichnete Verkehrsminister Heyer einen Verkehrsvertrag mit der Deutschen Bahn AG. Dieser vergab praktisch sämtliche Verkehrsleistungen im normalspurigen Netz für elf Jahre an die DB AG, soweit nicht bereits andere Verträge bestehen.

In Sachsen-Anhalt gibt es bisher keine einzige Bahn, an der die DB AG nicht beteiligt ist. Die Burgenlandbahn, die aufgrund einer Ausschreibung zum Zuge

kam, ist eine Kooperation zwischen der DB AG und der Karsdorfer Eisenbahn. Und die Mansfelder Eisenbahn fährt ebenfalls im Auftrag der DB AG.

Die politischen Umstände des Vertragsabschlusses haben großen Wirbel verursacht. Die Absprachen zwischen Bundeskanzler Schröder und DB-Chef Mehdorn über die DB-Werke – unter anderem in Halberstadt – und das Bombardier-Werk Ammendorf mögen für Ersteren eine zusätzliche Motivation gewesen sein, den Vertrag so kurz vor der Wahl des Landtags noch unter Dach und Fach zu bringen – sogar ohne vorher sein Kabinett zu befragen. Eine Demonstration von Gewerkschaftern in Magdeburg machte Begleitmusik.

Doch rechtlich ist nicht dieser Wirbel von Bedeutung, sondern die Aussage Heyers: „Neben DB Regio gibt es kein Unternehmen, das in Deutschland flächendeckenden Nahverkehr, wie wir ihn brauchen, anbietet. Als Marktführer und als Tochter des DB-Konzerns kann DB Regio Synergieeffekte nutzen, die sich in Preisvorteilen für das Land niederschlagen.“

Diese Aussage ist erhellend. Denn zuvor hatte selbst das Land die Situation anders gesehen und eine beschränkte Ausschreibung des Nordharz-Netzes vorgenommen. Aufgrund dieser Ausschreibung hatten auch Konkurrenten Angebote gemacht, die wohl nicht in Heyers politisches Weltbild passten. Insbesondere war es das Ziel Heyers – so muss man im Nachhinein vermuten –, die Harzer Schmalspurbahn (HSB) auch im Normalspurnetz in einer Kooperation mit der DB aufzugleisen, was nicht möglich gewesen wäre, wenn ein Dritter die Ausschreibung gewonnen hätte. Wie aus den Pressemitteilungen des Verkehrsministers zu entnehmen ist, war geplant, die HSB

über den Verkehrsvertrag ins Geschäft zu bringen.

Der ausgebremste Konkurrent Connex reagierte heftig und hat alle Hebel in Bewegung gesetzt, den Vertrag zu Fall zu bringen, mit Erfolg: Die Vergabekammer Magdeburg, vor der Connex den Vertrag angefochten hat, hat den Vertrag für nichtig erklärt. Es bestehe die Pflicht zur Ausschreibung in marktgerechten Losen, die Vergabe des Verkehrs für das gesamte Bundesland sei unzulässig, stellte die Kammer fest. Die Entscheidung ist bereits rechtskräftig, die DB AG verzichtet auf Rechtsmittel.

Die Neuwahl hat einen Regierungswechsel in Magdeburg gebracht und Heyer ist mittlerweile nicht mehr im Amt. Der neue Verkehrsminister Sachsen-Anhalts, Karl-Heinz Daehre (CDU), hatte schon vor seiner Amtseinführung angekündigt, dass er der freihändigen Vergabepaxis seines Vorgängers ein Ende setzen und den langfristigen Vertrag mit der DB rückgängig machen wolle.

Der Thüringen-Vertrag

Am 28. Februar 2002 unterzeichnete Thüringens Wirtschaftsminister Schuster einen Verkehrsvertrag mit der DB AG mit zehnjähriger Laufzeit. Er schließt an den ersten Verkehrsvertrag an, den das Land mit der DB AG bereits vor fünf Jahren abgeschlossen hatte.

Anders als an der Oberelbe hat die DB AG in Thüringen im Fahrplanjahr 2001/2002 aber nur noch einen Anteil von weniger als 78 Prozent am Schienennahverkehr. Neben der Harzer Schmalspurbahn halten die Erfurter Industriebahn und die Südthüringenbahn erhebliche

Teile des Nahverkehrs. Und im Osten hat die Thüringer Nahverkehrsservicegesellschaft die Vogtlandbahn ins Land geholt. Bereits der erste Verkehrsvertrag mit der DB AG ermöglichte die Abbestellung von Leistungen und der neue Vertrag enthält ebenfalls eine Klausel, nach der jährlich fünf Prozent des Schienenverkehrs ausgeschrieben werden können.

Damit hat Thüringen den Konflikt zwischen Wettbewerb und Planungssicherheit einigermaßen sachgerecht gelöst und es wird schwer, diesen Vertrag rechtlich anzugreifen, solange die Möglichkeit der Ausschreibung von Teilleistungen tatsächlich genutzt wird.

Politisch bedenklich sind aber die äußeren Umstände der Vertragsunterzeichnung. Sie fand öffentlichkeitswirksam im Bahnhof Jena-Paradies statt, über dessen Ausbau gleichzeitig ein Vertrag unterzeichnet wurde. Zur selben Zeit kamen aus Berlin Zusagen zum Weiterbau der ICE-Strecke Erfurt – Nürnberg und zum Ausbau der Mitte-Deutschland-Verbindung. Ganz unverkennbar besteht hier ein Zusammenhang zwischen den Investitionen ins Netz und dem Verkehrsvertrag. Dabei ist Thüringen ein von der Netz-Politik der DB AG besonders gebranntes Kind, begannen doch die illegalen Streckenstilllegungen durch die DB im Sonneberger Netz.

Zu einem Nebengefecht kam es zwischen DB AG und den Konkurrenten um die Höhe der Zuschüsse. Daraufhin wurden folgende Beträge öffentlich genannt:

9,07 € erhält die DB für den Zugkilometer, 8,17 € die Vogtlandbahn und 7,84 € die Erfurter Industriebahn. Doch die Zahlen sind nicht ohne weiteres vergleichbar: elektrische Züge fährt nur die DB. Doch dass eine Ausschreibung die Preise drückt, berichten alle Aufgabenträger übereinstimmend.

Ausschreiben: ja und nein

Während Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz mit Ausschreibungskonzepten eine klare Linie in Richtung Wettbewerb fahren, taktieren andere Länder. Baden-Württemberg entschloss sich erst zu einer anderweitigen Vergabe der Wiesentalbahn (Basel – Zell im Wiesental), nachdem ein Konsortium unter Führung der SWEG, Lahr, ein Konkurrenzangebot machte. Jetzt werden dort die Schweizerischen Bundesbahnen fahren, die sich erst sehr spät mit einem weiteren Angebot meldeten. Der Wettbewerb kam erst in Gang, als sich die Wettbewerber auch ohne Ausschreibung konkrete Angebote vorlegten.

Aus Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg war noch im Frühjahr zu hören, dass keine weiteren Ausschreibungen realisiert werden sollen. Auch aus Bayern verlautete, dass ein langfristiger Vertrag anvisiert wird – allerdings „mit einem nennenswerten Anteil vorbehaltener Ausschreibungen“.

In Nordrhein-Westfalen ist die Interessenlage komplex: Kommentatoren der Presse argwöhnen, dass die Landesregie-



rung ihrerseits die Vergabe von Nahverkehrsleistungen an die DB AG nutzen möchte, um auf die DB Druck auszuüben, damit diese bei der Magnetbahn „Metrorapid“ die Risiken übernimmt. Das funktioniert aber nur sehr begrenzt. Besteller sind die Zweckverbände, die aus der kommunalen Ebene heraus gebildet wurden. Sie konnten sich gegen das Land durchsetzen: Es wird keine Landesgesellschaft für den Regionalschnellverkehr, sondern ein „Super-Zweckverband“ gegründet. Als Verein der neun Zweckverbände soll eine „Agentur Nahverkehr NRW“ die Gestaltung von überregionalem Verkehr und Koordination von Aufgaben leisten, die über einen Zweckverband hinausgehen. Zwischen Rhein und Weser haben sich die sehr agilen Zweckverbände nicht einschüchtern lassen. Sie machen sich fachkundig, um mit Ausschreibungen ein Gegengewicht zur Allmacht der DB AG zu gewinnen. Ausschreibungen über die Grenzen von Zweckverbänden und die Landesgrenze hinweg sind bereits an der Tagesordnung.

Was können Wettbewerber tun?

Um die Vergabe von Teilnetzen zu erzwingen, aber auch ein Recht zur Anfechtung von Verträgen zu erreichen, ist den Wettbewerbern zu raten, ihre Dienste auch ohne Ausschreibung anzubieten – nicht nur pauschal, sondern konkret bezogen auf bestimmte Netze und unter Nennung der Fristen, innerhalb der sie in ein Angebot einsteigen können. Das Beispiel der Wiesentalbahn in der südwestlichsten Ecke Deutschlands zeigt, dass es sich lohnt, nicht auf Ausschreibungen zu warten. Die Länder und Zweckverbände, die noch ohne Ausschreibung langfristige Verträge abschließen und weder ein Ausschreibungskonzept zugrunde gelegt noch einen erheblichen Ausschreibungsvorbehalt eingebaut haben, müssen sich warm anziehen. Der Wind weht scharf im Wettbewerb.



Sachsen-Anhalt: Alles DB? „Alma“ ist der letzte Doppelstock-Triebwagen im Liniendienst – hier in Stendal vor der Abfahrt nach Tangermünde.