

Neues Vergaberecht:

Kein Freibrief für Ausschluss von Wettbewerbern

Die Gerichte haben das Wort

Von Rainer Engel

➤ Eigentlich sollte die Bundesregierung auf Druck von DB-Chef Hartmut Mehdorn die Deutsche Bahn AG vor Wettbewerb schützen. Doch die ersten weit reichenden Vorstellungen des Bundesverkehrsministeriums fanden im Bundesrat keine Mehrheit: Am 18. Oktober 2002 billigte er eine Änderung der

Vergabeverordnung, die den Wettbewerb wesentlich weniger einschränkt, als die DB AG gefordert hatte und die Landesregierungen glauben wollen. Schon wieder streiten daher Wettbewerber und Länder darum, ob direkte Verträge mit der DB AG rechters sind. Juristen sagen „nein“, Politiker sagen „ja“.

Der Brandbrief

Im Frühjahr 2002 hatte der ehemalige Verkehrsminister Heyer aus Magdeburg noch kurz vor der Landtagswahl den gesamten Schienenverkehr für Sachsen-Anhalt für mehr als zehn Jahre an die Deutsche Bahn AG vergeben. Wenig später erklärte die Vergabekammer in Magdeburg den Vertrag für null und nichtig. Die Juristen der Deutschen Bahn AG verzichteten auf Rechtsmittel, weil sie keine Chance hatten, den Vertrag zu retten. Die Vergabekammer attestierte einen klaren Verstoß gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und stellte fest, dass eine Pflicht zur Ausschreibung bestehe.

Die DB AG sieht das anders: Sie behauptet, dass der Gesetzgeber die Ausschreibungspflicht nicht ge-

wollt habe. Tatsächlich hat die Bahnreform von 1994 im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) keine Ausschreibungspflicht, sondern nur ein Ausschreibungsrecht der Aufgabenträger begründet. Das GWB führte aber die Ausschreibungspflicht ein, ohne das Eisenbahnrecht ausdrücklich zu ändern. Solche (auch vom Gesetzgeber nicht immer gesehenen) Konflikte zweier Gesetze gibt es immer wieder, sie müssen meistens in Gerichtsverfahren geklärt werden. Stattdessen kann aber auch der Gesetzgeber – in diesem Fall Bundestag und Bundesrat – die Sache in die Hand nehmen und neu regeln. Aber in wenigen Wochen ist ein neues Gesetz nicht durch den Bundestag zu bringen – schon gar nicht, wenn – wie im Juni 2002 – das Parlament nur noch aufräumt und der Wahlkampf läuft.



Foto: Engel

Auf der Marschbahn von Hamburg nach Westerland besteht dringender Investitionsbedarf – die Ausschreibung für zehn Jahre läuft, das Interesse der Unternehmen ist groß. Nach dem persönlichen Schicksal der Eisenbahner fragt freilich niemand: Abfahrtsbereiter Express in Husum.

W E T T B E W E R B



Kurzfristige Ausschreibungen kleiner Strecken bringen Probleme: Die mit großem Elan gestartete Dortmund-Märkische Eisenbahn hat die zweite Ausschreibung der Strecke von Dortmund nach Lüdenscheid verloren. Gibt es noch eine Chance zum Überleben?

Von Gerichten hält DB-Chef Mehdorn nicht viel, wenn sie seine unternehmerischen Absichten stören. So schrieb er einen Brandbrief mit Datum vom 24. Juni 2002, in dem er das Land Sachsen-Anhalt direkt und die Vergabekammer Magdeburg indirekt angriff und damit drohte, dass es „[...] einen Strukturbruch mit massiven negativen Auswirkungen auf die Modernisierung und die Arbeitsplätze im Regionalverkehr des jeweils betroffenen Landes [...]“ geben werde. Mehdorn schrieb weiter: „Mein Eindruck ist, dass solche Fragen nicht von Vergabekammern beantwortet werden sollten, sondern durch die Länder als Aufgabenträger, die sich letztendlich mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen auseinandersetzen müssen.“

Der erste Entwurf

Da der Bundestag nicht so schnell tätig werden konnte, wie Mehdorn das wünschte, fiel den Ministerien ein Weg ein, den Bundestag zu umgehen. Schließlich will der Gesetzgeber nicht jede Kleinigkeit selbst regeln müssen und überlässt es den Ministern, Regelungen durch Verordnungen zu präzisieren. Eine solche Ermächtigung, auf die hin die Vergabeverordnung erlassen wurde, enthält auch das GWB: Bei einer Änderung muss der Bundestag nicht gefragt werden, sondern nur der Bundesrat zustimmen.

Am 28. August 2002 legte die Bundesregierung einen ersten Entwurf zur Änderung dieser Vergabeverordnung vor.

Danach sollten die Länder

- die Art des Vergabeverfahrens frei wählen können, wenn nicht nur eine Linie, sondern ein ganzes Streckennetz vergeben werden soll, und
- Verträge mit einer Laufzeit von mehr als fünf bis maximal 15 Jahren frei vergeben können, wenn

während der Laufzeit angemessene Abbestellungen erfolgen können.

Diese weitgehende Änderung der Verordnung hätte den Ländern ermöglicht, eine Vergabe im Rahmen eines vereinfachten Preisanfrageverfahrens vorzunehmen und dabei die Streckennetze so zuzuschneiden, dass Wettbewerber der DB AG gar nicht erst zum Zuge kommen. Mit der Begründung, dass kein anderes Unternehmen in der Lage gewesen wäre, den Nahverkehr für ganz Sachsen-Anhalt zu besorgen, hatte Heyer den Abschluss des Vertrags mit der Deutschen Bahn AG gerechtfertigt. Außerdem wäre es möglich gewesen, mithilfe dieser Verordnung mehrfach – und möglicherweise zeitlich unbegrenzt – Fünfjahresverträge für das gesamte Land zu vergeben und damit den Wettbewerb vollständig zu blockieren.

Als bald wurde der Entwurf in der Öffentlichkeit als wettbewerbsfeindlich kritisiert und von der Bundesregierung wieder zurückgezogen. Es zeichnete sich ab, dass die Interessenlage der Bundesländer so unterschiedlich ist, dass eine Mehrheit im Bundesrat nicht zu erreichen gewesen wäre.

Der zweite Entwurf

So legte die Bundesregierung am 19. September 2002 einen weiteren Entwurf vor, der die Vergabeverordnung in wesentlich geringerem Umfang abändert und außerdem die Regeln viel schärfer fasst. Er wurde im Bundesrat beraten. Dabei wurden mehrere Änderungen empfohlen, die aber keine Mehrheit fanden. Am 18. Oktober 2002 segnete der Bundesrat diesen zweiten Entwurf schließlich ab.

Die geänderte Verordnung besagt nun,

- dass die freihändige Vergabe des Schienenpersonennahverkehrs einmalig mit einer Laufzeit von bis zu drei Jahren zulässig ist
- und die freihändige Vergabe für bis zu zwölf Jahre zulässig ist, wenn nach dem Vertrag ein wesentlicher Teil der Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird.

Rechtssicherheit geschaffen?

Es war die Absicht des Ordnungsgebers, mit der neuen Vergabeverordnung Rechtssicherheit zu schaffen. Doch das ist nicht gelungen. Das liegt daran, dass eine Verordnung nicht den (angeblichen) Konflikt zwischen zwei Gesetzen beseitigen kann. Es ist der schon beschriebene Konflikt zwischen dem AEG und dem GWB um die Frage, ob eine Pflicht zur Ausschreibung besteht. Jetzt streitet man trotz der neuen Vergabeverordnung heftig darum. Was war geschehen?

Kaum war die neue Verordnung in Kraft, wurde in Potsdam der Verkehrsvertrag zwischen der DB AG und den Ländern Berlin und Brandenburg unterzeichnet. Er erregte bei Connex vor allem deshalb Unmut, weil bis zum Ende der Laufzeit nicht die ertragsstarken

Regionalexpress-Linien durch Berlin ausgeschrieben werden sollen, sondern die wenig lukrativen Regionalbahnen. Das Land Brandenburg verweist hingegen darauf, dass diese Leistungen wegen der ständigen Umbauten im Knoten Berlin, die ständig umstrukturiert werden müssten, vorerst nicht ausgeschrieben werden.



Fragwürdig: Die ertragsstarken Regionalexpress-Linien sollen bis zuletzt dem Wettbewerb entzogen bleiben (Foto oben) – die wenig ertragsstarken Linien gehen in den Wettbewerb (Foto unten).

Die Vergabekammer Potsdam, die erste Instanz, hat am 10. Februar 2003 entschieden, dass gemäß § 15 AEG keine Ausschreibungspflicht bestehe. Doch das haben wohl nicht einmal das Bundesverkehrsministerium und der Bundesrat so gesehen – denn wenn die Vergabeverordnung gar nicht für die Ausschreibungen gilt, dann hätte man sie nicht ändern müssen.

Daher ist die Entscheidung aus Potsdam nicht das letzte Wort, der Weg in die weiteren Instanzen ist vorgezeichnet. Für das Land Brandenburg wäre es nicht so schwer gewesen, einem formalen Mangel durch richtige Anwendung der Vergabeverordnung zu entgehen.

Was sagt die Vergabeverordnung wirklich?

Die Vergabeverordnung kann die Ausschreibungspflicht nicht aufheben und sie hat es auch nicht getan. Für die genannten Verträge ist lediglich das einfachste Ausschreibungsverfahren zugelassen worden, die „freihändige Vergabe“. Diese heißt an anderer Stelle des Gesetzes „Verhandlungsverfahren“.

Es gilt also:

- Das Angebot muss bekannt gemacht werden.
- Das Angebot muss in Lose aufgeteilt werden.
- Jeder Interessent kann sich dafür bewerben.
- Alle Interessenten müssen diskriminierungsfrei berücksichtigt werden.
- Das wirtschaftlichste Angebot muss angenommen werden.

Was in Potsdam geschehen ist, ist eine „Direktvergabe“: keine öffentliche Aufforderung zu Angeboten, keine Diskriminierungsfreiheit, keine Wirtschaftlichkeit. Hatte man in Potsdam Angst davor, dass Connex für das ganze Paket ein besseres Angebot macht als die DB? Jedenfalls verteidigt das Land vehement den Standpunkt, es müsse überhaupt nicht ausgeschrieben werden. Das ist auch der Rettungsanker, zu dem die Vergabekammer Potsdam gegriffen hat. Ob er hält, ist mehr als zweifelhaft.

Weiterer juristischer Sprengstoff

Eine weitere offene Frage ist, wann „ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen“ vorliegt, der während der Laufzeit eines längerfristigen Vertrags vorzeitig für den Wettbewerb freigegeben werden muss. Das können 25 oder auch 50 Prozent der Leistungen sein. Nach Auffassung der Fachjuristen ist der Prozentsatz nicht nach den Zugkilometern, sondern nach dem Wert der Zugleistungen maßgeblich. Auch über diese Fragen kann man anschließend trefflich vor Gericht streiten.

Noch nicht im Blick der Landespolitiker und der DB AG, die an diesen langfristigen Verträgen interessiert sind, ist ein anderer Aspekt, der damit zusammenhängt: die Gefahr der „Überkompensation“ und damit die Frage der unzulässigen Beihilfen.

Denn selbst wenn die Verträge nach nationalem Recht zulässig sind, dürfen die Entgelte keine versteckten Subventionen enthalten. Darüber wacht die Europäische Union und da hilft kein nationales Gesetz, wenn die Behörden der Union die Rückzahlung unzulässiger Beihilfen verlangen.

Und so kann es zu den unzulässigen Subventionen kommen: In der Regel wird ein fester Zuschuss je Zugkilometer für die gesamte Laufzeit vereinbart. Werden aber während der Laufzeit Leistungen aus dem Vertrag genommen, so verändert sich die Kalkulationsgrundlage. Werden beispielsweise die wenig ertragsstarken Regionalbahnen ausgeschrieben und die ertragsstarken

W E T T B E W E R B

Regionalexpress-Linien bis zuletzt im Vertrag belassen, dann ist ein gleich bleibender Zuschussbetrag gegen Ende der Laufzeit zu hoch. Auch das könnte den schon genannten Vertrag mit dem Land Brandenburg zu Fall bringen, denn hier sollen die durch Berlin führenden Express-Linien im Vertrag bleiben. Auch in Schleswig-Holstein bestand diese Gefahr, da das ertragsstarke Netz um Lübeck das letzte sein soll, das im DB-Vertrag bleibt. Doch hier hat das Land das Problem erkannt. Daher wird dieser Vertrag noch immer verhandelt.

Die Chance vertan?

In Kenntnis der Rechtslage haben bereits einige Länder Direktverträge mit der DB AG abgeschlossen (Brandenburg und Berlin, Sachsen-Anhalt, Niedersachsen), andere Länder verhandeln intensiv. In Rheinland-Pfalz hat man das ursprüngliche Ausschreibungskonzept fallen gelassen und steuert ebenfalls auf einen Direktvertrag mit der DB zu. Wie sich diese Länder die Vergabe vorstellen, wenn die Verträge abgelaufen sind, hat noch niemand erklärt. Denn in zehn bis zwölf Jahren müssten dann binnen kürzester Frist über 50 Prozent des Schienenverkehrs ausgeschrieben werden.

Es ist ganz eindeutig zu spüren, dass politische Rücksichtnahmen dominieren. Vorgeschoben werden zwar

angebliche Sachzwänge, aber in Wirklichkeit ist nach wie vor die Kombination von Netz und Betrieb bei der DB der Grund und das Interesse an Investitionen in das Streckennetz die Triebfeder. Wie lange die Europäische Union diesem Treiben zusieht, ist unklar. Aber früher oder später werden die Brüsseler Behörden den Wettbewerbsbeschränkungen im Schienenverkehr ein Ende setzen.

Dabei bietet auch die Einhaltung der Vergabeverordnung die Chance eines geordneten Übergangs in den Wettbewerb und die Möglichkeit, auch der DB AG genügend Planungssicherheit zu verschaffen.

Mit einem Ausschreibungskonzept, wie es in Schleswig-Holstein vorgelegt wurde, können die Aufgabenträger noch am ehesten unproduktiven Verfahren vor Gericht vorbeugen. Denn letztlich bestimmen die Verkehrsunternehmen, die nicht zum Zuge kommen, ob sie auf dem Rechtsweg gegen die Verträge zu Felde ziehen.

Die Erfahrungen des Jahres 2002 haben zwar gezeigt, dass die Verkehrsunternehmen – auch die DB AG – prozessfreudig geworden sind, sie haben aber auch gezeigt, dass die Vergabekammern und Gerichte schnelle und in der Regel solide Arbeit leisten. Sie werden das letzte Wort haben in einer Auseinandersetzung, in der es um so viel Geld geht, dass Politik das geltende Recht gering achtet.

Die wichtigen Entscheidungen

Drei wichtige Entscheidungen zu Vergabeverfahren wurden im Jahr 2002 getroffen:

Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg, Beschluss vom 6. September 2002 – 33-32571/07 VK 050/2 MD (erster Sachsen-Anhalt-Vertrag):

Erfolg hatte die Anfechtung des Sachsen-Anhalt-Vertrags vor der Vergabekammer Magdeburg, weil der Vertrag, der für das Land auf elf Jahre bindend war, keinen Vorbehalt der Abbestellung enthielt und somit gegen die Ausschreibungspflicht verstieß. Die DB trat zwar mit großem Getöse gegen die Entscheidung auf, legte aber kein Rechtsmittel ein, obwohl sie dazu berechtigt gewesen wäre.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juli 2002 – Verg 22/02 (Ausschreibung Essen – Münster):

Keinen Erfolg hatte die Anfechtung mit der Begründung, der Wettbewerb sei durch die Fahrzeugfinanzierung benachteiligt. Die Begründung dafür läuft letztlich darauf hinaus, dass die Fahrzeugförderung dem Unternehmen bereits vor der Ausschreibung zugeflossen ist und daher

eine Tatsache ist, die dem Ausschreibungsverfahren vorausgeht und innerhalb des Vergabeverfahrens nicht mehr rechtlich beanstandet werden kann. Dass ein Mitbewerber aufgrund dieser Förderung ein Dumping-Angebot gemacht hatte, konnte das Gericht nicht prüfen, da das Vergabeverfahren so weit noch nicht gediehen war.

OLG Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002 – 1 Verg. 2/02 (Ausschreibung Westerwaldnetz):

Keinen Erfolg hatte auch die Anfechtung der Ausschreibung des Westerwaldnetzes, mit der die DB AG die Benachteiligung bei der Vorbereitung der Ausschreibung rügen wollte. Der Senat vertrat die Auffassung, die von DB Regio als „Zwangsjacke“ bezeichnete Ausschreibungsstruktur sei nicht zu beanstanden; sie bewege sich innerhalb der Regeln des Vergaberechts. Allein der Auftraggeber bestimme, was er wie haben wolle; kein Unternehmen besitze einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber auf „ererbte“ Wettbewerbsnachteile Rücksicht nehme. Im Übrigen habe DB Regio von der Deutschen Bundesbahn nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile „geerbt“.