

## EU-Kommission rügt Vergabe im Schienenverkehr

Mehr Wettbewerb nötig / Bundesrepublik vor Vertragsverletzungsverfahren / Von Ute Jasper

DÜSSELDORF, 9. März. Die EU-Kommission geht gegen die deutschen Regeln zur Vergabe von Beförderungsleistungen im schienengebundenen Personennahverkehr (SPNV) vor. Nach dem Willen der Behörde sollen solche Aufträge künftig nur in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren erteilt werden dürfen. Der Marktanteil der Deutschen Bahn – 2003 waren es noch 93 Prozent – dürfte damit schneller schrumpfen als gedacht. Zugleich gerät die Bundesrepublik in Zugzwang, denn die Kommission hat die Vergabe von Beförderungsaufträgen in verschiedenen Bundesländern als gemeinschaftswidrig beanstandet. Bestehen diese Abreden fort, droht Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren.

Die Deutsche Bahn versuchte indes mit Erfolg, diese Rechtentwicklung aufzuhalten. Ende 2002 änderte die Bundesregierung die Vergabeverordnung und ließ für längstens zwölf Jahre die freihändige Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung oder Ausschreibung zu. Das Oberlandesgericht (OLG) Brandenburg ging in einer Entscheidung vom 2. September 2003 noch darüber hinaus (Verg W 3/03 und 5/03) und erklärte das Vergaberecht insgesamt für unanwendbar. Der Vergabesenat begründete seine Auffassung damit, Beförderungsleistungen im Schienenahverkehr dürften nach den Sondervorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes völlig ohne Wettbewerb vergeben werden.

Die Bundesrepublik hat nun bis Anfang April Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Bundesländer sind informiert und beraten derzeit über das Vorgehen. Da die Verordnungen und Richtlinien zur Liberalisierung in der Daseinsvorsorge stocken, nutzt die Kommission offensichtlich Vertragsverletzungs- und Beihilfverfahren, um die Monopolstrukturen in den staatlich kontrollierten Bereichen aufzubrechen. Deshalb spricht viel dafür, daß sie dieses Beschwerdeverfahren weiterverfolgen wird, wenn die beanstandeten Verträge bestehenbleiben. Die Bundesrepublik wird sich dabei kaum auf den Standpunkt stellen können, die Abreden seien als „De-facto-Vergabe“ ohnehin nichtig. Zwar erwähnt die Kommission dies in ihrem Schreiben als möglichen Ausweg, um von den gemeinschaftswidrig erteilten Aufträgen loszukommen. Die Ansicht, „De-facto-Vergaben“ ohne Wettbewerb seien nach § 13 der Vergabeverordnung unwirksam, ist durch die jüngste Rechtsprechung jedoch überholt (Beschluß des OLG Düsseldorf vom 3. Dezember 2003 – Verg 37/03, F.A.Z. vom 17. Dezember 2003). Die Nichtigkeit kann sich jedoch aus Verstößen gegen das Beihilferecht ergeben, wenn ein Vertrag zu überhöhten Konditionen abgeschlossen worden ist.

Für schon geschlossene Verträge und laufende Auftragsvergaben im schienengebundenen Personennahverkehr ergeben sich folgende Konsequenzen: Die Kommission verlangt in ihrem Schreiben zwar kein förmliches Vergabeverfahren, wohl aber einen transparenten Wettbewerb. Aufgabenträger, die mit der Deutschen Bahn verhandeln, dies aber zuvor bekanntgemacht und Konkurrenten zur Abgabe von Angeboten aufgefordert haben, sind deshalb kaum angreifbar. Voraussetzung ist allerdings, daß sie keinen Wettbewerber ausgeschlossen haben. Andere Aufgabenträger, die ohne Bekanntmachung – in den Worten der Kommission „exklusiv und geheim“ – verhandelt haben, müssen sich hingegen darauf einstellen, die Verträge aufzuheben oder wegen Nichtigkeit rückabzuwickeln. Ab sofort werden überdies alle Aufgabenträger ein Vergabeverfahren oder zumindest einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb durchführen müssen. Sie müssen also ihre Vergabeabsicht bekanntmachen und dürfen keinen Konkurrenten ohne sachlichen Grund vom Wettbewerb ausschließen.

Das geht aus einem Schreiben der Generaldirektion Binnenmarkt vom Februar hervor. Darin wird Deutschland ermahnt, „an die betreffenden Stellen mit der Aufforderung heranzutreten, Verträge nur nach der Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens abzuschließen“. Außerdem macht die EU-Kommission deutlich, daß sie ein Grundsatzurteil des Oberlandesgerichts Brandenburg vom vergangenen Herbst für europarechtswidrig hält. Implizit wird damit auch eine Spezialvorschrift in der Vergabeverordnung in Frage gestellt, die seit Ende 2002 gilt.

Vor diesem Zeitpunkt hatten auch deutsche Gerichte – etwa das Oberlandesgericht Düsseldorf – die Ansicht vertreten, im schienengebundenen Personennahverkehr seien den Auftraggebern Vergabeverfahren zwingend vorgeschrieben.

Dieses Urteil ist zwar auf Kritik gestoßen. Es hat aber viele Aufgabenträger im SPNV veranlaßt, auf Vergabeverfahren zu verzichten. Die Verkehrsgesellschaft Connex, ein privater Bahn-Konkurrent, die in dem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Brandenburg gescheitert war, wollte diese Entwicklung nicht akzeptieren. Sie wandte sich deshalb mit einer Beschwerde an die EU-Kommission.

Das Resultat ist das Schreiben der Generaldirektion Binnenmarkt. Darin lehnt die Kommission die Rechtsansicht der Brandenburger Richter ausdrücklich ab, weil sie gegen die gemeinschaftsrechtlichen Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoße. Zugleich beanstandet die Kommission Nahverkehrsverträge in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Rheinland-Pfalz und Thüringen.

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf.