

Felix Berschin
Neckarstaden 6
69117 Heidelberg
Tel.: 06221-616580
FAX: 06221-616582

RA Dr. Hubertus Baumeister
Contrescarpe 18
28195 Bremen
Tel. 0421-335410
FAX: 0421-3354115

25.3.98

Redaktion DER NAHVERKEHR
Alba Fachverlag
Postf. 110150
40501 Düsseldorf

per FAX

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Artikel von Dr. D. Bayer und J. Manka (DER NAHVERKHER 3/98) "der SPNV im Lichte des neuen Vergaberechts" unterliegt u.E. einigen Fehlinterpretationen. Da wir als Berater verschiedener Landesnahverkehrsgesellschaften und Verkehrsverbände etliche Vergabeverfahren begleitet haben, bitten wir Sie folgenden Beitrag in der nächsten Ausgabe zu veröffentlichen. Gerne können wir Ihnen den Text per Diskette oder E-Mail zur Verfügung stellen.

Mit freundlichen Grüßen

Felix Berschin

gez. Dr. Hubertus Baumeister

SPNV im Lichte des neuen Vergaberechts (DER NAHVERKEHR 3/98) - weiterführende Gedanken -

Dem Verkehrsverbund Rhein-Ruhr gebührt Dank, daß er als einer der Ersten die rechtlich hochkomplexe Materie des Vergaberechts im Bereich des SPNV ohne Berührungsängste angegangen ist. Wegen der zunehmenden Wichtigkeit des Themas wollen wir nachstehende Präzisierungen und Ergänzungen geben:

1. Ausschreibungen im SPNV werden in Deutschland noch überwiegend freihändig vergeben. Förmliche Bekanntmachungen mit einem Aufruf zum Wettbewerb sind noch die Ausnahme. Die Gründe liegen einerseits in einer Überforderung der Aufgabenträger, kurzfristig ausschreibbare Lastenhefte zu erstellen, andererseits aber auch darin, daß die vergaberechtlichen Notwendigkeiten verkannt werden. Nicht zuletzt wurde auch das doch bedenkliche Argument der Wettbewerbsertüchtigung heimischer NE-Bahnen genannt.

2. Die Ausschreibeverpflichtung trat nicht erst zum 1.11.97 durch die Vergabeverordnung in Kraft, vielmehr ist die Umsetzungsfrist der EG-Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie (DKR) am 30.6.1993 abgelaufen. Da die DKR hinreichend konkret formuliert war, war sie unmittelbar anzuwenden (Direktwirkung der Richtlinien), dies bestätigten auch mehrere Erlasse der Bundesregierung.

3. Unabhängig von der DKR ergibt sich eine Ausschreibeverpflichtung bereits aus Haushaltsrecht. Wenn es sich bei Verkehrsverträgen um entgeltliche Austauschverträge handelt, was die Autoren uneingeschränkt bejahen, ist nach § 55 I Landeshaushaltsordnung (LHO) eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, "sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen." Die Ausnahmen bestimmt § 3 VOL/A in Form einer Verwaltungsvorschrift (Dienstanweisung). Die Ausschreibungsverpflichtung nach Haushaltsrecht vermittelt im Gegensatz zur europarechtlich initiierten Ausschreibung allerdings keinen Rechtsschutz übergangener Bieter, ist aber gleichwohl Ausdruck des Wirtschaftlichkeitsgebots der öffentlichen Verwaltung nach § 6 I Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG). Sofern die Mittel von einer privatrechtlichen Gesellschaft (z.B. Landesnahverkehrsgesellschaft) verwaltet werden, gilt ebenfalls das Ausschreibungsgebot (§ 44 II LHO und die hierzu erlassenen allgemeinen Zuwendungsbestimmungen).

4. § 15 II AEG gibt wenig als Rechtsgrundlage für eine Ausschreibungspflicht her. Der Bundesgesetzgeber wollte diesen Passus vielmehr als Hinweis auf die nun gegebene Möglichkeit des Einkaufs gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen am Markt ("Bestellerprinzip") verstanden wissen (BT DS 12/4609(neu) S. 100), die Ausschreibungspflicht des ursprünglichen Entwurfs wurde abgewandelt, um auch das Verhandlungsverfahren offenzuhalten (BT DS 12/5014 S. 20). Eine Abänderung des Ausschreibungsrecht aufgrund von Haushaltsrecht und EG-Binnenmarktsrecht durch das gewerberechtliche allgemeine Eisenbahngesetz wäre im übrigen auch gar nicht möglich. Daher ist § 15 II AEG nicht mehr als die belanglose Wiederholung des bereits in Art. 14 der EG-VO 1191/69 i.d.F. 1893/91 enthaltenen Grundsatzes des vertraglichen Leistungsankaufes am Markt. Im übrigen kann § 15 AEG noch dahingehend verstanden werden, daß explizit von der Bereichsausnahme für Unternehmen, die ausschließlich im Regionalverkehr tätig sind, nach Art. 1 I Satz 2 EG-VO nicht mehr Gebrauch gemacht wird.

5. Diskutiert wird, ob es sich bei Verkehrsverträgen zwischen Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen überhaupt um entgeltliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistung handelt. Hierzu werden zwei Argumentationsansätze gebraucht.

a) Dienstleistungskonzessionsverträge unterlägen nicht der DKR. Solche Verträge seien Verträge, die darauf gerichtet sind, daß ein aufgrund öffentlicher Grundfinanzierung

bereitgestelltes Gut (z.B. ÖPNV) durch Fahrgeldeinnahmen zu finanzieren ist. Begründet wird dieser Einsatz mit einem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der DKR (EG KOM endg. (91) 322) und der Regelung der Baukonzession in einer parallelen Richtlinie über Bauaufträge. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß die DKR in ihrer endgültigen Fassung keinerlei Hinweise auf Dienstleistungskonzessionen enthält, sondern vielmehr gerade keine Notwendigkeit gesehen wurde, diesen Bereich gesondert zu regeln. Vielmehr soll gelten, daß die Vergabe von ausschließlichen oder besonderen Rechten in Übereinstimmung mit dem EG-Vertrag nach Art. 90 I EGV und den Grundfreiheiten (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) zu erfolgen hat. Werden aufgrund eines ausschließlichen Rechtes Zahlungen an den Rechtsinhaber z.B. für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen geleistet, so können diese Zahlungen kein vertragliches Entgelt im Sinne des Vergaberechts sein, da es an den wesentlichen Merkmalen der Vertragsabschluß- und Vertragspartnerfreiheit fehlt. Vielmehr handelt es sich bei diesen Zahlungen um Beihilfen, die den Regelungen des EG-Vertrags nach Artt. 92 und 77 und den hierzu ergangenen Verordnungen 1107/70 und 1191/69 und dem Zuwendungsrecht nach §§ 23, 44 LHO unterliegen.

b) Weiterhin wird argumentiert, Art. 14 der EG-VO schaffe aufgrund von Art. 61 EGV einen besonderen Tatbestand eines Verkehrsvertrags aufgrund von Beihilfen über gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen. Es ist aber dann zu fragen, ob das EG-Recht die bereits im Wettbewerb als private Beschaffungsverträge vergebenen Verkehrsverträge z.B. in Frankreich oder Schweden wieder kassieren wollte. Weiterhin bliebe der Sinn im Dunkeln, warum gerade ein vertragliche Einkauf von Verkehrsleistungen bei Vertragspartnerwahl- und Vertragsabschlußfreiheit als potentiell wettbewerbsgefährdende Beihilfe nach Artt. 77 und 92 EG-Vertrag erfolgen sollte, anstatt den bei ordentlicher Vergabe wettbewerbsfördernde Leistungseinkauf zu wählen. Es muß daher den Autoren beigespflichtet werden, daß Art. 14 der EG-VO nur einen (deklaratorischen) Hinweis auf den vertraglichen Einkauf am Markt darstellt (koordinierender Vertrag).

6. Entgegen der mißverständlichen Abgrenzung der Sektorenauftraggeber nach § 4 III VgV erfolgt die Abgrenzung nicht nur nach Tätigkeiten, sondern v.a. aufgrund des dem Verpflichteten überantworteten ausschließlichen Recht (Art 2 I b) SKR, Erwägung Nr. 11 SKR und Rechtsgrundlage Art. 90 EGV, sowie Anhänge VI und VII SKR). Es wird auch klargestellt, daß z.B. im Busbereich kein ausschließliches Recht vorhanden ist, wenn diese Tätigkeit allen Unternehmen unter gleichen Bedingungen offensteht (Art. 2 IV SKR). Da die Genehmigung eines Eisenbahnverkehrsunternehmens nach § 6 AEG kein ausschließliches Rechts einräumt, ist die SKR nicht einschlägig. Etwas anderes gilt natürlich z.B. für Eisenbahninfrastrukturunternehmen, denen z.B. des Enteignungsrecht nach § 22 AEG zur Seite steht.

7. § 1 I VgV unterwirft tatsächlich Eisenbahnverkehrsleistungen vergaberechtlich den Abschnitt II der VOL/A mit allerdings eingeschränkter Anwendung der "a"-Paragraphen, da Eisenbahnverkehr keine prioritäre Dienstleistung darstellt. Allerdings gilt gemäß Art. 3 II DKR das allgemeine Diskriminierungsverbot. Dies stellt jedoch keine wesentliche Erweiterung gegenüber der bereits haushaltsrechtlich notwendigen Gestaltung dar. Entscheidende Fragestellung ist hier, ob und inwieweit Rechtsschutz zu erlangen ist. Da gerade mit dem deutschen Konzept der Nachprüfung das juristisch erforderliche subjektive Recht nicht eingeräumt werden soll (BT DS 12/4636 S. 12), hat die EG-Kommission wegen Verletzung der Rechtsmittel-Richtlinie (RMR 89/665) mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik mit dem Ziel der Einführung eines effektiven Rechtsschutzes angestrengt. Inzwischen ist beabsichtigt durch ein Vergabegesetz als 6. Abschnitt des Kartellgesetz das Vergabeverfahren wettbewerbsrechtlich verbindlich vorzuschreiben und auch effektiven Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten (Vergabekammern bei den OLG) einzuführen (BT DS 13/9340). Der Gesetzentwurf soll noch in der laufenden Legislaturperiode verabschiedet werden.

8. Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist nochmals klarzustellen, daß das Recht der öffentlichen Zuwendungen (Subventionen) vom vertraglichem Beschaffungswesen zu trennen ist. Die Verwaltungsvorschrift zu § 23 LHO stellt klar, daß Zuwendungen nicht entgeltliche Verträge aufgrund von Vergaben im Wettbewerb nach VOL/A und öffentlichem Preisrecht sind. Daher wird hier die zweckentsprechende Mittelverwendung bereits durch die Abnahme der vertraglichen Leistung nachgewiesen. Etwas anderes gilt natürlich im Verhältnis z.B. zwischen einer Landesnahverkehrsgesellschaft als Mittelbewirtschafter und z.B. dem Land als Zuwendungsgeber. In diesem Verhältnis ist ein Prüfungsrecht und das Verfahren des Nachweises der zweckentsprechenden Mittelverwendung zu regeln.

9. Abschließend sei nochmals klargestellt, daß die EG-Vergaberichtlinie nicht die europaweite Ausschreibung einführen, sondern lediglich konkretisieren. Der allgemeine Diskriminierungsgrundsatz des EG-Vertrags nach Art. 6 verbietet grundsätzlich die Beschränkung des Teilnehmerkreis auf nationale Unternehmen. Mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien und Griechenland bei z.B. der Vergabe von Baukonzessionen für Straßen unterstreichen dies nochmals unmißverständlich. Insofern kann die DKR auch für Bereiche, für die sie nicht vollständig gilt, dennoch als wichtige Konkretisierungshilfe für ein diskriminierungsfreies, faires, transparentes und rechtssicheres Verfahren herangezogen werden.

Felix Berschin (URS Nahverkehrsberatung, Heidelberg)
RA Dr. Hubertus Baumeister (Bremen)