

[\[Seite drucken\]](#)[\[Fenster schließen\]](#)

# Bundesgerichtshof

## Mitteilung der Pressestelle

---

Nr. 23/2010

### S-Bahn-Leistungen müssen ausgeschrieben werden

Der Bundesgerichtshof hat in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Nachprüfungsantrag eines Wettbewerbers der DB Regio NRW GmbH (DB Regio) für begründet erklärt.

2004 hatten der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) und DB Regio einen Verkehrsvertrag geschlossen. Dieser Vertrag verpflichtete DB Regio zu Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) über anfänglich 44 Millionen Zugkilometer. Im Fahrplanjahr 2003/2004 entfielen davon ca. 26 Millionen Zugkilometer auf Regional-Express- bzw. Regionalbahn-Leistungen und ca. 18 Millionen Zugkilometer auf S-Bahn-Leistungen. Anders als die S-Bahn-Leistungen sollten die RE- und RB-Leistungen während der Vertragslaufzeit teilweise abgebaut und insoweit jeweils neu im Wettbewerb vergeben werden. Bis Anfang 2009 waren dementsprechend rund 7 Millionen Zugkilometer aus dem Vertrag herausgelöst worden. DB Regio hatte sich im Verkehrsvertrag zur Erneuerung ihres Fahrzeugparks, insbesondere zur Beschaffung von 84 neuen S-Bahn-Zügen verpflichtet, wovon die letzten bis Ende 2010 eingesetzt werden sollten.

Nach dem Verkehrsvertrag erhält DB Regio die Fahrscheinerlöse. DB Regio bezieht außerdem über den VRR einen Zuschuss pro gefahrenen Zugkilometer. Die dafür erforderlichen Geldmittel erhält der VRR vom Land Nordrhein-Westfalen auf der Grundlage des nordrhein-westfälischen Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNVG NRW). Aufgrund des Regionalisierungsgesetzes erhält das Land Nordrhein-Westfalen in diesem Zusammenhang überwiegend für die Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs vorgesehene Bundeszuwendungen. Für den Fall, dass sich diese Mittel reduzieren, enthält der Verkehrsvertrag eine Revisionsklausel, nach der der VRR bei entsprechenden Mittelkürzungen eine Anpassung des SPNV-Angebots verlangen kann.

Nachdem die Mittel für Zuwendungen an die Länder auf der Grundlage des Regionalisierungsgesetzes 2006 gekürzt worden waren, entstand zwischen dem VRR und DB Regio Streit über die gegenseitigen Pflichten, die zur Kündigung des Vertrags durch den VRR und zu verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten, aber auch zu Vergleichsverhandlungen zwischen den Vertragspartnern führten. Am 24. November 2009 schlossen der VRR und DB Regio zur Beilegung ihrer Streitigkeiten einen Änderungsvertrag zum Verkehrsvertrag. Zu den Regelungen dieses Änderungsvertrags gehört, dass DB Regio weitere neue S-Bahn-Fahrzeuge beschafft und die S-Bahn-Linien S1 bis S11 über das Ende des ursprünglichen Verkehrsvertrags hinaus bis Dezember 2023 bedient.

Abellio Rail NRW GmbH (Abellio), ein Tochterunternehmen der niederländischen Staatsbahnen, das an der Übernahme des Betriebs vornehmlich der S-Bahn-Linie 5 ab Dezember 2018 interessiert ist, meint, die Übertragung des S-Bahn-Betriebs über den Zeitraum nach Dezember 2018 hinaus auf DB Regio sei unwirksam, da der Dienstleistungsauftrag hätte ausgeschrieben werden müssen. Sie hat deshalb bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Die Vergabekammer Münster hat den Änderungsvertrag für unwirksam erklärt.

Der X. Zivilsenat (Vergabesenat) des Bundesgerichtshofs hat mit der heute verkündeten Entscheidung die Entscheidung der Vergabekammer bestätigt.

Im Vordergrund des Streits stand die Frage, ob die Unwirksamkeit des Änderungsvertrages in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) überprüft werden kann oder ob § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG)\*) als spezielleres Gesetz die Einleitung eines solchen Nachprüfungsverfahrens im Streitfall ausschließt. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass § 15 Abs. 2 AEG nicht unter dem Gesichtspunkt der Spezialität Vorrang vor den vergaberechtlichen Bestimmungen des GWB genießt, sondern vom GWB als dem jüngeren Gesetz verdrängt wird. Er hat dabei an seine bisherige Rechtsprechung angeknüpft, wonach der Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Bestimmungen im Gesetz nach Vertragsarten und -gegenständen prinzipiell umfassend bestimmt und der Ausnahmekatalog in § 100 Abs. 2 GWB - unter den der S-Bahn-Betrieb nicht fällt - als abschließend anzusehen ist. Ein gesetzgeberischer Wille dahin, die Vergabe solcher Leistungen gleichwohl dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen, ist der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen.

Der Bundesgerichtshof hat weiter entschieden, dass der Änderungsvertrag keine Dienstleistungskonzession betrifft, die ebenfalls dem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren entzogen wäre, sondern einen Dienstleistungsauftrag. Er hat sich dabei an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union angelehnt, wonach für Dienstleistungskonzessionen charakteristisch ist, dass der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt. Nach diesen Kriterien liegt eine Dienstleistungskonzession im Wesentlichen deshalb nicht vor, weil ein rentabler S-Bahn-Betrieb weitgehend durch die Zuzahlungen der öffentlichen Hand gesichert wird, die nach den Angaben von DB Regio rund 64 % der Gesamtkosten decken und die Einnahmen aus dem Fahrkartenerlös somit ganz deutlich übersteigen.

Den somit zulässigen Nachprüfungsantrag hat der Bundesgerichtshof als auch in der Sache begründet abgesehen, weil Abellio den Vertragsschluss rechtzeitig vor der Vergabekammer beanstandet hatte und die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Nr. 2 der Vergabeverordnung (VgV)\*\*) nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift dürfen Personennahverkehrsleistungen ausnahmsweise freihändig vergeben werden, wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Die Laufzeit des Vertrages soll zwölf Jahre nicht überschreiten. Da die Möglichkeiten dieser Vorschrift schon mit Abschluss des ursprünglichen Verkehrsvertrags zwischen dem VRR und DB Regio ausgeschöpft worden waren, durften sie jedoch grundsätzlich nicht erneut genutzt werden. Inwieweit der Umstand, dass der VRR und DB Regio ihre Streitigkeiten im Vergleichswege regeln wollten, es dennoch erlaubt hätte, in einem Änderungsvertrag die ursprüngliche Vertragsdauer in gewissem Umfang zu modifizieren, hat der Bundesgerichtshof offengelassen. Dies wäre nämlich allenfalls dann zulässig gewesen, wenn gleichzeitig auch künftiger Wettbewerb durch eine Ausweitung der während der Vertragslaufzeit aus dem Vertrag herausfallenden Verkehrsleistungen gefördert worden wäre.

#### **Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10**

#### **OLG Düsseldorf - Beschluss vom 21.07.2010 – VII-Verg 19/10**

#### **Karlsruhe, den 8. Februar 2011**

\*) § 15 AEG (Gemeinwirtschaftliche Leistungen)

(1) Für die Auferlegung oder Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Leistungen ist die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates maßgebend. Zuständig im Sinne dieser Verordnung sind für Eisenbahnen des Bundes, soweit es sich nicht um deren Schienenpersonennahverkehr handelt, Behörden des Bundes, im übrigen nach Maßgabe des Landesrechts Behörden der Länder oder die Kreise, Gemeinden oder Gemeindeverbände.

(2) Die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher

Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Grundlage des Artikels 1 Abs. 4 und des Artikels 14 der in Absatz 1 genannten Verordnung zu vereinbaren, können diese Leistungen ausschreiben.

\*\* ) § 4 VgV (Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen)

(1) Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen haben bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ... die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) ... anzuwenden, wenn in den §§ 5 und 6 nichts anderes bestimmt ist.

(2) ...

(3) Bei Aufträgen, deren Gegenstand Personennahverkehrsleistungen der Kategorie Eisenbahnen sind, gilt Absatz 1 mit folgenden Maßgaben:

1. Bei Verträgen über einzelne Linien mit einer Laufzeit von bis zu drei Jahren ist einmalig auch eine freihändige Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen zulässig.

2. Bei längerfristigen Verträgen ist eine freihändige Vergabe ohne sonstige Voraussetzungen im Rahmen des § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Die Laufzeit des Vertrages soll zwölf Jahre nicht überschreiten. Der Umfang und die vorgesehenen Modalitäten des Auslaufens des Vertrages sind nach Abschluss des Vertrages in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen.

Pressestelle des Bundesgerichtshofs

76125 Karlsruhe

Telefon (0721) 159-5013

Telefax (0721) 159-5501

[\[Seite drucken\]](#)

[\[Fenster schließen\]](#)