

# VERKEHR IM WANDEL

Ausgabe 1/2011



Liebe Leserinnen und Leser,

der öffentliche Nahverkehr ist nur zu einem Teil nutzerfinanziert. Einen Großteil trägt die öffentliche Hand. Häufig trägt der öffentliche Anteil dabei mehr als die Hälfte der Kosten, zum Teil sogar bis zu 90 Prozent. Umso entscheidender ist es, die öffentlichen Mittel effizient einzusetzen. Den relevanten Ordnungsrahmen hierfür bildet die VO (EG) 1370/2007. Sie gibt vor, wie die Mittel vergeben und nach welchen Maßstäben sie gewährt werden können. In der vorliegenden Ausgabe stellen wir Ihnen hierzu Ansätze für eine beihilfekonforme Finanzierung des Ausbildungsverkehrs in kommunaler Verantwortung vor, zeigen Risiken für den kommunalen Querverbund bei der Fortführung sog. Verkehrsmanagementgesellschaften auf und skizzieren neue Tendenzen für eine effizientere Organisation von Schieneninfrastruktur.

Ferner informieren wir Sie über die aktuelle Rechtsprechung zur Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370, die Anforderungen zur Direktvergabe von Verkehrsverträgen im SPNV sowie einer Entscheidung zum Stationspreissystem der DB Station & Service AG.

Ihr Martin Wambach

## > Überblick: Handlungsbedarf im ÖPNV

- > Am 3. Dezember 2009 ist das neue Beihilferecht der VO 1370 für den ÖPNV in Kraft getreten. In der Praxis hat sich häufig gezeigt, dass noch nicht alle Finanzierungsvereinbarungen bereits diesen Anforderungen entsprechen. Hier sind Anpassungen vorzunehmen, damit kein Beihilfeverstoß mit der Gefahr einer Rückforderungspflicht entsteht.
- > Die Abgrenzung zwischen allgemeinem Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession ist für die Vergabe öffentlicher Mittel sehr bedeutsam. Die neuen Vergabeverfahren der VO 1370 bieten im ÖPNV zahlreiche Möglichkeiten, setzen aber eine Dienstleistungskonzession voraus. Bestehende Finanzierungsvereinbarungen sollten daraufhin überprüft und ggfs. geändert werden.
- > Kommunaler ÖPNV durch reine Managementgesellschaften ist nicht mehr mit den Vorgaben der VO 1370 vereinbar. Hier müssen andere Strukturen und in der Folge neue Finanzierungen gefunden werden. Dieses Problem ist komplex und sollte so bald wie möglich durch die Kommunen angegangen werden.
- > Im Schülerverkehr, dessen Finanzierung ein Rückgrat des ÖPNV im ländlichen Raum darstellt, sind die kommunalen Aufgabenträger in zahlreichen Bundesländern gefordert, eigenständige und rechtskonforme Lösungen zu entwickeln.
- > Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass SPNV-Verkehrsverträge grundsätzlich ausschreibungspflichtig sind. Zur Vergabe von SPNV-Leistungen unter dem Rechtsregime der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ab 3.12.2009 gab der Bundesgerichtshof wichtige Hinweise.
- > Eisenbahnverkehrsunternehmen müssen für die Nutzung von Personenbahnhöfen (Stationen) und Schienenwegen Entgelte an den jeweiligen Infrastrukturbetreiber entrichten. Die Entgelte aufgrund des Stationspreissystems 2005 wurden nun vom Landgericht Frankfurt am Main für nicht sachgerecht bewertet.
- > Die VO 1370 führt für alle zuständigen Behörden neue Transparenzpflichten ein. Welche Anforderungen sich daraus für das Jahr 2011 ergeben, wird in unserem abschließenden Beitrag dargestellt.

## > Förderung des Ausbildungsverkehrs in kommunaler Verantwortung

Die Gewährung von Ausgleichsmitteln für den Ausbildungsverkehr zählt derzeit zu den schwierigsten Themen des kommunalen ÖPNVs. Einige Bundesländer, darunter Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Schleswig-Holstein und zukünftig auch Sachsen-Anhalt haben die ehemaligen Mittel nach § 45a PBefG auf die Aufgabenträger übertragen. In diesen Bundesländern obliegt es den Aufgabenträgern, eigene Regelungen für die Förderung des Ausbildungsverkehrs zu treffen.



Die europäische VO (EG) 1370/2007 (nachfolgend VO 1370 genannt) sieht hierfür den Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (Art. 3 Abs. 1 VO 1370) oder die Finanzierung im Wege einer allgemeinen Vorschrift (Art. 3 Abs. 2 VO 1370) vor. Den Aufgabenträgern stehen somit zwei Instrumente zur Verfügung, die jedoch deutliche Unterschiede aufweisen:

- > Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag (Art. 2 litt. i) VO 1370) bezeichnet einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte zwischen der zuständigen Behörde und einem Betreiber, die gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen betreffen und die nach den vergaberechtlichen Anforderungen der VO 1370 zu vergeben sind.
- > Unter einer allgemeinen Vorschrift (Art. 2 litt. l) VO 1370) ist „eine Maßnahme [zu verstehen], die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde [oder einer Gruppe von Behörden] liegt, gilt“.

Während der öffentliche Dienstleistungsauftrag stets eine individuelle Regelung zwischen Behörde und Betreiber voraussetzt, gilt die allgemeine Vorschrift für alle Unternehmen gleichermaßen. Vergaberechtlich besteht der Unterschied darin, dass bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag die Regelungen

des Art. 5, 8 Abs. 2 VO 1370 Anwendung finden, wohingegen diese Vorgaben im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift nicht gelten. Erforderlich ist nur, dass die allgemeine Vorschrift diskriminierungsfrei für alle Verkehrsdienste zur Anwendung gelangt. Beihilferechtlich richten sich die Anforderungen für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach der Wahl der Vergabeart. Bei einer allgemeinen Vorschrift gilt hingegen ein einheitlicher Maßstab. Die Auflistung zeigt, dass aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung viel für eine allgemeine Vorschrift spricht.

Bei einer allgemeinen Vorschrift richten sich die beihilferechtlichen Anforderungen nach Art. 4, 6 in Verbindung mit dem Anhang der VO 1370. Daraus ergibt sich das Verbot der Überkompensation. Eine Überkompensation ist zu verneinen, wenn der Anhang der VO 1370 beachtet wurde, wonach der Ausgleich den finanziellen Nettoeffekt nicht übersteigen darf. Als finanzieller Nettoeffekt wird die Summe aller Belastungen verstanden, die mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbunden sind (Kosten und Mindererlöse) abzüglich der hierdurch dem Unternehmen entstandenen positiven Effekte. Die Berechnung des finanziellen Nettoeffekts ist auf das konkrete Unternehmen abzustellen.

Für die Anwendung dieser Vorgaben auf den Ausbildungsverkehr had zwei Modelle denkbar: Zu nennen sind das Kosten-Preis-Modell (ähnlich wie § 45a PBefG) und der Preis-Preis-Vergleich. Beim Kosten-Preis-Modell wird die Differenz aus Kosten und Erlösen herangezogen, beim Preis-Preis-Vergleich wird die Differenz zwischen dem Preis einer rabattierten Schülerkarte und dem Preis einer Jedermannkarte ausgeglichen. Beide Modelle sind mit Risiken behaftet, die es bei der konkreten Ausgestaltung zu umschiffen gilt. Zu nennen ist etwa die Gefahr der Umsatzsteuerpflicht beim Preis-Preis-Modell.

Beide Modellansätze lösen bei den Unternehmen entsprechende Dokumentations- und Nachweispflichten aus, die insbesondere nach der Umstellung auf ein neues Verfahren einen zusätzlichen Aufwand für die Beteiligten begründen. Um diesen für regional tätige Verkehrsunternehmen und Aufgabenträger möglichst gering zu halten, sollten sich die Aufgabenträger in homogenen Nahverkehrsräumen über ein abgestimmtes Verfahren verständigen. Die Aufgabenträger können hierzu als „Gruppe von Behörden“ tätig werden. Diese Gruppe kann mit den bestehenden Verkehrsverbänden identisch sein oder eine neue Organisationseinheit unterhalb der Verbundebene bilden. In jedem Fall sollten die Aufgabenträger die kommunale Verantwortung nutzen, um über dieses wichtige Finanzierungsinstrument aktiv Einfluss auf die Leistungserbringung zu nehmen.

## > Die VO 1370 untersagt Verkehrsmanagementgesellschaften

In zahlreichen Kommunen werden die Nahverkehrsleistungen durch sog. Verkehrsmanagementgesellschaften wahrgenommen. Hierunter sind zum Beispiel Stadtwerke zu verstehen, die zwar über die erforderlichen Liniengenehmigungen verfügen, jedoch weder eigene Busse noch eigenes Personal für die Durchführung der Nahverkehrsleistungen vorhalten. Die Nahverkehrsleistungen werden vollumfänglich durch Subunternehmer erbracht.

Die VO 1370 sieht in der Finanzierung solcher Verkehrsmanagementgesellschaften einen Beihilferechtsverstoß, der zu Rückzahlungsverpflichtungen führen kann. Nach der VO 1370 ist von den Betreibern die Erfüllung einer Eigenerbringungsquote gefordert. Dabei muss zumindest ein „bedeutender Teil“ durch den Betreiber selbst erbracht werden. Andernfalls sind die mittelbar oder unmittelbar an den Betreiber geleisteten öffentlichen Mittel nicht beihilfekonform.

## > Übernahme von Schieneninfrastruktur durch Kommunen oder private Betreiber und welche Vorteile können sich daraus ergeben?

Die Schieneninfrastruktur ist das wesentliche qualitäts- und kostenbestimmende Element des SPNV. Der größte Teil der regionalen Eisenbahninfrastruktur befindet sich im Eigentum der DB Netz AG bzw. der DB Stations & Service AG und ist damit der Einflussnahme durch das Land und der Aufgabenträger für den SPNV weitgehend entzogen. Die Verantwortung für eine ausreichend hohe Qualität und deren Finanzierung trägt grundsätzlich der Bund. Hierfür stellt der Bund mit dem Haushalt Regionalisierungsmittel bereit. Zudem bestellen die Länder Verkehrsleistungen im Regionalverkehr. Die sich daraus ergebenden Trassenentgelte und Stationspreise sollen dem Erhalt der Anlagen zufließen. Vielfach wird der Vorwurf erhoben, dass Strecken im ländlichen Raum – wegen ihres geringen Verkehrsaufkommens – nachrangig behandelt werden.

Bei Veränderungen der regionalen Bedürfnisse wirkt sich dies doppelt nachteilig aus: Regionale Zielsetzungen können nicht oder nicht kurzfristig realisiert werden, sodass die Weiterentwicklung der regionalen Strecken immer häufiger nicht den Anforderungen der Länder und der Aufgabenträger entspricht.

Dies umfasst auch die Mittel aus dem kommunalen Querverbund. Die Neuregelung trifft insbesondere kleinere Stadtwerke und Gemeinden. Sie haben häufig das Modell der Verkehrsmanagementgesellschaften gewählt, um die steuerlichen Verluste aus dem ÖPNV mit den Gewinnen aus anderen Versorgungsbereichen zu verrechnen. Diese Querverbundmittel stellen damit einen wesentlichen Beitrag für die Gewährleistung einer ausreichenden Verkehrsbedienung dar. Würden diese Mittel zukünftig nicht mehr dem ÖPNV zur Verfügung stehen oder käme es zu einer Rückzahlungsverpflichtung, könnte das heutige Verkehrsangebot langfristig nicht mehr erbracht werden. Aufgrund der jetzt geltenden europarechtlichen Regelung sollten Verkehrsmanagementgesellschaften eine Anpassung ihrer Organisationsstruktur prüfen.

Ferner werden von den Ländern und Aufgabenträgern „Zustandsberichte“ erstellt, die eine Verschlechterung des Zustandes der regionalen Infrastruktur ausweisen.

Es mehren sich daher die Stimmen, die regionale Schieneninfrastruktur in kommunale Verantwortung, ggf. unter Beteiligung eines Privaten, zu überführen. Neben den Vorteilen der unmittelbaren Einflussnahme werden auch Effizienzvorteile geltend gemacht. Beispiele nicht-bundeseigener Eisenbahninfrastrukturunternehmen in Deutschland zeigen, dass auch positive Wirkungen für die Verkehrsnachfrage entstehen können. Bei der Ausgestaltung der jeweiligen Betreibermodelle für die Infrastruktur sollte neben den rechtlichen und steuerrechtlichen Aspekten immer auch der Erhalt öffentlicher Fördermittel zum Beispiel über das Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSchwAG) und das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) geprüft werden. Zudem sind vor einer Übertragung der Infrastruktureinrichtungen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vorzunehmen, um die neuen Chancen und Möglichkeiten mit den zweifelsohne bestehenden neuen Risiken abzuwägen und bewerten zu können.

## > Direktvergabe nach der neuen ÖPNV-Verordnung mit Hindernissen – Auch eine Tochtergesellschaft des internen Betreibers darf nicht für andere tätig sein

Am 2. März 2011 erließ der Vergabesenat des OLG Düsseldorf einen Beschluss (Az.: VII-Verg 48/10), der sich ausführlich mit der Abgrenzung zwischen dem allgemeinen Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB und dem neuen speziellen Vergaberecht nach Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden kurz: „VO 1370“) auseinandersetzt. Es handelt sich um die erste eingehende Entscheidung eines Oberlandesgerichts zur VO 1370, die am 3. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

Die vier Münsterlandkreise Borken, Coesfeld, Steinfurt und Warendorf planten eine Beauftragung des Unternehmens Regionalverkehr Münsterland GmbH (RMV) im Wege einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370. Die RMV ist als Gesellschaft mit ausschließlich kommunalen Gesellschaftern konzipiert. Grundlage der Beauftragung der RMV ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, bei dem es um Verkehrsleistungen mit ca. 16 Mio. Nutzwagenkilometern auf 347 Linien geht. Am 8.7.2009 hatten die Landkreise im EU-Amtsblatt die beabsichtigte Direktvergabe nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 an die RMV ab 1.1.2011 für zehn Jahre bekannt gemacht.

Zur Sicherstellung der nach Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO 1370 erforderlichen Selbsterbringungsquote hatte die RMV ein lokales Busunternehmen erworben. Damit sollte sie in die Lage versetzt werden, mehr als 50 Prozent der Fahrleistungen selbst zu erbringen. Für die Erbringung der restlichen Fahrleistungen hat die RMV einen Geschäfts- und Betriebsführungsvertrag mit der Westfälischen Verkehrsgesellschaft mbH (WVG) geschlossen, an der sie auch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung hält. Die WVG betreibt im eigenen Namen keine öffentlichen Verkehrsdienste, sondern wird namens und für Rechnung der RMV sowie anderer Verkehrsgesellschaften, die an ihr ebenfalls Gesellschaftsanteile halten, tätig.

### Geltung der VO 1370 wegen Vorliegens einer Dienstleistungskonzession oder Inhouse-Vergabe

Hauptstreitpunkt des Verfahrens war die Frage, ob der öffentliche Dienstleistungsauftrag der vier Münsterlandkreise mit der RMV als Dienstleistungsauftrag (im Sinne des allgemeinen Vergaberechts) oder als eine der VO 1370 unterfallende Dienstleistungskonzession zu würdigen ist. Aus dem Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 mit Satz 2 VO 1370 ergibt sich, dass die Vergabe eines Vertrags, der dem (neuen) Sondervergaberecht der VO 1370 unterliegt, eine Dienstleistungskonzession voraussetzt. Erfüllt der Vertrag hingegen nicht die Merkmale einer Dienstleistungskonzession, sondern handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, ist nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 bei Busverkehrsdiensten das allgemeine Vergaberecht gegenüber dem Sondervergaberecht der VO 1370 vorrangig. Eine Dienstleistungskonzession setzt voraus, dass der Konzessionsin-

haber das überwiegende wirtschaftliche Risiko für die Vertragserfüllung trägt. Der Vertrag zwischen den vier Landkreisen und der RMV stellte keinen Bruttovertrag dar. Der RMV wurde keine bestimmte Gesamteinnahme zugesichert, sondern lediglich ein der Höhe nach begrenzter Ausgleichsbetrag. Das OLG Düsseldorf konstatierte, dass selbst bei konservativer Berechnung der Fahrgeldeinnahmen diese zu mehr als 50 Prozent die Kosten sowie einen angemessenen Gewinn übersteigen. Der Vergabesenat rekurrierte insoweit auf seine Ausführungen in einer früheren Entscheidung vom 21. Juli 2010 (Az.: VII-Verg 19/10). Dort hatte er einen Schwellenwert von 50 Prozent angenommen, ab dem ein Dienstleistungsauftrag zu einer Dienstleistungskonzession wird. Diese Grenze war im vorliegenden Fall überschritten.

Umstritten war außerdem, inwieweit berücksichtigt werden muss, dass die RMV wegen ihrer personenbeförderungsrechtlichen Linienergänzungen keine Konkurrenz zu befürchten hat und deshalb das Risiko eines Rückgangs der Fahrgeldeinnahmen als gering einzustufen ist. In Anlehnung an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19. Oktober 2009 (Az.: C-206/08 – Eurawasser) sah das OLG Düsseldorf dies als irrelevant an, weil es sich um außerhalb des konkreten Auftrags liegende Umstände handele. Schließlich wies das OLG Düsseldorf darauf hin, dass bei einem Rückgang der Fahrgeldeinnahmen die RMV ihr Leistungsangebot nur um zwei Prozent ohne vertragliche Zustimmung verringern darf.

Wegen des Vorliegens einer Dienstleistungskonzession war der Auftrag mit der RMV durch die Münsterlandkreise nicht nach dem allgemeinen europäischen Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB, sondern nach dem Sondervergaberecht des Art. 5 der VO 1370 zu vergeben. Für die Anwendung des Art. 5 VO 1370 räumt Art. 8 Abs. 2 VO 1370 den Mitgliedstaaten eine zehnjährige Übergangsfrist bis 2. Dezember 2019 ein. Diese Vorschrift richtet sich nach Auffassung des Senats jedoch nur an die Mitgliedstaaten, nicht an die nationalen Behörden. Da die Bundesrepublik Deutschland (bislang) keine entsprechenden Maßnahmen ergriffen hat, gilt Art. 5 VO 1370 wegen des unmittelbaren Charakters einer europäischen Verordnung direkt und uneingeschränkt und war damit bei der Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags an die RMV von den Behörden vollumfänglich zu beachten.



An mehreren Stellen des Beschlusses finden sich grundsätzliche Aussagen oder Hinweise, die für die Entscheidung selbst nicht zwingend notwendig gewesen wären (sog. „obiter dicta“). So trifft der Vergabesenat als erstes Oberlandesgericht Feststellungen zur Behandlung der „klassischen“ Inhouse-Vergaben des allgemeinen Vergaberechts vor dem Hintergrund der neuen VO 1370. Der Senat stellte unter Verweis auf eine sehr aktuelle Entscheidung des UK Supreme Court vom 9.2.2011 (Az.: 2011, UKSC 7) fest, dass es sich bei einer Inhouse-Vergabe nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG handelt. Eine Inhouse-Vergabe unterfalle damit von vornherein nicht der Verweisungsvorschrift des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 auf das allgemeine Vergaberecht (OLG Düsseldorf, S. 14, unter Bezugnahme auf Jan-Volkert Schmitz/Beate Winkelhüsener, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 52 f., 55).

Damit kommt das OLG Düsseldorf zum Ergebnis, dass eine Inhouse-Vergabe sowohl im weiteren als auch im engeren Sinne nicht dem allgemeinen Vergaberecht unterfalle, sondern den Sondervergabevorschriften des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370. Sie könne daher gemäß Art. 5 Abs. 7 einer Nachprüfung unterzogen werden. Ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe tatsächlich vorlagen, konnte der Vergabesenat offen lassen, da er eine Dienstleistungskonzession bejahte.

### Rechtsschutz und gerichtliche Überprüfbarkeit

Art. 5 Abs. 7 der VO 1370 fordert die Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370 getroffene Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Partei, die ein Interesse daran hat, überprüft werden können. Diese bereits am 3.12.2009 in Kraft getretene Bestimmung ist in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht umgesetzt worden, sodass eine ausdrückliche Regelung, welche nationale Stelle Nachprüfungen vorzunehmen hat, nicht existiert. Das OLG Düsseldorf diskutierte eingehend die Frage, wie diese Gesetzeslücke zu schließen ist und gelangte zu dem Ergebnis, § 102 GWB analog heranzuziehen. Es stellte dabei insbesondere auf den Erwägungsgrund 21 der VO 1370 ab, der einen wirksamen und raschen Rechtsschutz fordert, den gegenwärtig in Deutschland nur die Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammer und -senat nach §§ 102 ff. GWB bieten.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob § 102 GWB (analog) die maßgebliche Zuständigkeitsnorm für den Rechtsschutz ist, prüft der Senat auch die Ausnahmetatbestände in § 100 Abs. 2 GWB, die zur Nichtanwendung des Vergaberechts führen. Dabei nimmt das Gericht in einem Satz zu der Frage Stellung, ob eine personenbeförderungrechtliche Linienverkehrsgenehmigung ein ausschließliches Recht ist (§ 100 Abs. 2 lit. g) GWB). Der Senat vertritt die Auffassung, Genehmigungen würden le-

diglich bestimmte Vorrechte gewähren, aber keinen ausschließlichen Charakter aufweisen. Dies ergebe sich daraus, dass die bestehende Genehmigung einer weiteren neuen Genehmigung dann nicht entgegensteht, wenn durch diese eine bessere Verkehrsbedienung erreicht wird.

Damit stellt sich das OLG Düsseldorf gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) Halle vom 25. Oktober 2010 (Az.: 7 A 21/10 HAL). Das VG Halle hatte in dieser Entscheidung nach einer eingehenden Erörterung des Diskussionsstandes in der Literatur eine personenbeförderungrechtliche Linienverkehrsgenehmigung nach § 13 PBefG als ein ausschließliches Recht gemäß Art. 2 lit. f) VO 1370 qualifiziert.

Dieser Frage kommt weitreichende Bedeutung zu, da die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370 nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 2 lit. i) VO 1370 erfolgen darf, der wiederum den vergaberechtlichen und beihilferechtlichen Bindungen der VO 1370 unterliegt. Bei Einordnung der Genehmigung nach § 13 PBefG als ausschließliches Recht wären auch die Genehmigungsbehörden an die Vorgaben der VO 1370 gebunden. Dies hatte das VG Halle im Urteil vom 25. Oktober 2010 deutlich gemacht.

Weiterhin stellte das OLG Düsseldorf in Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Vergabe erstmals fest, dass bereits mit Veröffentlichung im EU-Amtsblatt nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 eine Direktvergabe nach einem Jahr durchzuführen, das Vergabeverfahren eingeleitet ist. Die Veröffentlichung im EU-Amtsblatt könne nicht mit einer bloßen Vorinformation nach der VOL/A verglichen werden.

### Direktvergabe nach Art 5 Abs. 2 VO 1370

Im konkreten Fall lagen nach Auffassung des OLG Düsseldorf die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 an einen internen Betreiber (hier: RMV) nicht vor. Der Vergabesenat ließ offen, ob die Landkreise über die RMV eine Kontrolle ausüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht (Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO 1370). Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 fordert weiterhin, dass der interne Betreiber und ebenso jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt, ihre öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde ausführen. Das war nicht gegeben.

Die RMV erbringt ihre Personenverkehrsdienste nur im Zuständigkeitsgebiet der vier Münsterlandkreise. Damit waren die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 durch die RMV erfüllt. Allerdings übt die RMV über ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung in Höhe von 57,14 Prozent bzw. 47,14 Prozent (die Schriftsätze waren im Verfahren insoweit widersprüchlich) an der WVG einen nicht nur geringfügigen Einfluss auf diese Ge-

sellschaft aus. Das OLG Düsseldorf ließ es dahingestellt, dass die WVG als Geschäfts- und Betriebsführungsgesellschaft keine öffentlichen Personenverkehrsdienste im eigenen Namen erbringt, sondern lediglich als Nachunternehmer auftritt. Entscheidend war nach Ansicht des Vergabesenats vielmehr der Umstand, dass neben der RMV auch weitere Gesellschaften Anteile an der WVG halten und aufgrund einer Bestimmung im WVG-Gesellschaftsvertrag nach Möglichkeit eine Identität zwischen den Geschäftsführern der WVG und den Geschäftsführern ihrer Muttergesellschaften zu wahren ist. Das OLG Düsseldorf stellte klar, auch ohne eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag ließen sich Sinn und Zweck der WVG, nämlich Kostenersparnis in Form eines gemeinsamen Leitungspersonals, nur durch identische Geschäftsführer erreichen. Über ihre Beteiligung an der WVG hat die RMV daher einen zumindest geringfügigen Einfluss auf die Besetzung der Geschäftsführung der anderen Muttergesellschaften der WVG. Die anderen Muttergesellschaften der WVG wiederum erbringen Personenverkehrsleistungen im eigenen Namen in solchen Gebieten, die nicht im Zuständigkeitsbereich der vier Münsterlandkreise liegen. Damit war Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO 1370 nicht erfüllt. Eine Direktvergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 an die RMV schied aus.

Aufgrund dieser Feststellungen konnte es der Vergabesenat offen lassen, ob die Voraussetzungen der nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. e) VO 1370 vom internen Betreiber im Rahmen einer Direktvergabe einzuhaltenden Selbsterbringungsquote erfüllt waren. Danach muss der interne Betreiber den überwiegenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringen. Der Vergabesenat erteilte jedoch den Hinweis, dass die Berechnung der erbrachten Verkehrsleistungen anhand des Maßstabes der Platzkilometer, der im konkreten Fall gewählt worden war, sachgerecht ist.

Andere Formen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 oder Abs. 5 VO 1370 waren im vorliegenden Fall nicht möglich, sodass für die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nur ein wettbewerbliches Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 3 VO 1370 in Betracht kommt. Das OLG Düsseldorf wies darauf hin, dass die in Art. 5 Abs. 3 VO 1370 genannten Grundzüge zum Ablauf eines solchen Verfahrens recht allgemein gehalten sind. Das Gericht ließ offen, ob eine Art. 5 Abs. 3 VO 1370 ergänzende nationale Regelung erforderlich ist. Da der Gesetzgeber sich im Wesentlichen auf eine Kodifizierung der Rechtsprechung zu Dienstleistungskonzessionen beschränken wollte, sah der Senat nach der gegenwärtigen Rechtslage bei einem wettbewerblichen Vergabeverfahren jedenfalls keinen Anlass für eine Anwendung der EG-VOL/A mit ihren strengeren Regularien und Veröffentlichungspflichten.

### Nationalrechtliche Anforderungen an die Direktvergabe

Zusätzlich stellte der Vergabesenat fest, dass die geplante Direktvergabe auch gegen nationale Vorschriften verstößt. § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW verlangt, dass unter Berücksichtigung der Verkehrsnachfrage und zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit allen Verkehrsunternehmen des ÖPNV die Möglichkeit einzuräumen ist, zu vergleichbaren Bedingungen an der Ausgestaltung des ÖPNV beteiligt zu werden. Eine vergleichbare Möglichkeit der Beteiligung privater Dritter sieht der Vergabesenat dann nicht als gegeben an, wenn diese Unternehmen durch eine geplante Direktvergabe in weitem Umfang keine Möglichkeit zur Erlangung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach der VO 1370 haben.

Die Verpflichtung des im Wege einer Direktvergabe beauftragten internen Betreibers, Verträge mit Subunternehmern nach der SektVO zu vergeben, lässt der Vergabesenat als nicht ausreichend gelten. Er argumentiert, Subunternehmerverträgen käme ein wesentlich anderer Inhalt als öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach der VO 1370 zu. Der Vergabesenat legt die „allgemein gehaltene“ Vorschrift des § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW so aus, dass aus der landesrechtlichen Regelung ein Anspruch aller Unternehmer auf Beteiligung in einem Verfahren folgt, in dem öffentliche Dienstleistungsaufträge auf Grundlage der VO 1370 als unmittelbar geltendem Recht vergeben werden.

### Beihilferechtliche Hinweise

Schließlich gibt der Vergabesenat einige Hinweise, die für die beihilferechtliche Praxis Bedeutung haben. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. dem Anhang VO 1370 legt fest, in welcher Weise die Höhe der Ausgleichsleistung nach der VO 1370 zu berechnen ist, um eine Überkompensation ausschließen zu können. Der Vergabesenat weist darauf hin, dass diese Frage in Zukunft auch von der Genehmigungsbehörde nach § 11 PBefG zu prüfen sei, um überhaupt eine effektive Kontrolle gewährleisten zu können.

Das OLG Düsseldorf beurteilt diese Frage damit anders als das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in einer Entscheidung vom 19. Oktober 2006 (Az.: 3 C 33.05). Das BVerwG hatte im Urteil die Genehmigungsbehörde nicht für verpflichtet gehalten, im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung einer personenbeförderungrechtlichen Linienverkehrsgenehmigung Prüfungen durchzuführen, ob und inwieweit die Erbringung der beantragten Verkehrsleistungen beihilferechtskonform erfolgt. Allerdings bezog sich die Entscheidung des BVerwG noch auf die frühere Rechtslage vor dem Inkrafttreten der VO 1370 am 3. Dezember 2009.

In der Praxis dürfte die Auffassung des OLG Düsseldorf dazu führen, dass die Genehmigungsbehörden vor Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung nach § 13 PBefG sich vom antragstellenden Unternehmen zumindest entsprechende Bescheinigungen von Wirtschaftsprüfern vorlegen lassen müssen, die die Einhaltung der beihilferechtlichen Anforderungen der VO 1370 dokumentieren.

### Fazit

Das OLG Düsseldorf macht in der Entscheidung vom 2. März 2011 deutlich, dass bei entsprechender vertraglicher Gestaltung Dienstleistungskonzessionen im ÖPNV-Bereich möglich sind. An dieser Stelle führt der Vergabesenat konsequent seine eigene frühere Rechtsprechung und die des EuGH fort. Die analoge Anwendung der verfahrensrechtlichen Nachprüfungsvorschriften der §§ 102 ff. GWB auch auf Dienstleistungskonzessionen, die dem neuen Sondervergaberecht der VO 1370 unterliegen, ist sorgfältig begründet und folgerichtig. Erstmals beschäftigt sich ein deutsches Oberlandesgericht mit der Vorschrift des Art. 5 VO 1370 eingehender. Auf diese Weise werden einige Aspekte der Direktvergabe an einen internen Betreiber in Absatz 2 und der wettbewerblichen Vergabe in Absatz 3 stärker konturiert.

Neben den die Entscheidung vom 2. März 2011 tragenden Gründen hat der Senat zu einigen Aspekten, die für den Ausgang des Verfahrens keine Rolle spielten, weiterführende Hinweise gegeben. Diese sog. „obiter dicta“ stehen teilweise in Widerspruch zu Entscheidungen der Verwaltungsgerichte.

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit der Beschluss vom 2. März 2011 nicht nur die aktuelle Praxis beeinflussen wird, sondern auch Eingang in die für den Gesetzgeber anstehenden Vorhaben finden wird, wie zum Beispiel die Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes. Die Entscheidung des Vergabesenats zeigt in jedem Falle, dass die VO 1370 an vielen Stellen Regelungsbedarf für den Gesetzgeber ausgelöst hat.

## > Ausschreibungspflicht von SPNV-Verträgen

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass SPNV-Verträge grundsätzlich ausschreibungspflichtig sind. Das allgemeine Vergaberecht genießt Vorrang vor der Regelung des § 15 Abs. 2 AEG. Der im konkreten Fall zu prüfende Vertrag war zwar ein Nettovertrag, konnte aber trotzdem nicht als ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzession bewertet werden. Zur Vergabe von SPNV-Leistungen unter dem Rechtsregime der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ab 3. Dezember 2009 gab der Bundesgerichtshof wichtige Hinweise.

### Sachverhalt

Am 8. Februar 2011 hat der X. Zivilsenat (Vergabesenat) des Bundesgerichtshofs (BGH) eine lange erwartete Grundsatzentscheidung zur Vergabe von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) gefällt (Az.: X ZB 4/10).

Dabei ging es um einen Vergleichsvertrag, der am 24. November 2009 zwischen dem VRR, einem SPNV-Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen und der DB Regio AG geschlossen wurde. In diesem Vergleichsvertrag sollte der am 12. Juli 2004 zwischen den Parteien zunächst bis Dezember 2018 abgeschlossene Verkehrsvertrag u.a. über den Betrieb sämtlicher S-Bahn-Linien in den Kooperationsräumen 1 (VRR) und 9 (Niederrhein) bis Dezember 2023 verlängert werden. Eine Ausschreibung des Vergleichsvertrags fand nicht statt. Dies wurde mittels eines Nachprüfungsantrags bei der zuständigen Vergabekammer Münster durch ein anderes SPNV-Unternehmen gerügt. Sowohl die Vergabekammer als auch daran anschließend der Vergabesenat des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 21. Juli 2010 (Az.: VII-Verg 19/10) hatten das Vorgehen des zuständigen SPNV-Aufgabenträgers beanstandet. Eine abschließende Entscheidung konnte das OLG Düsseldorf jedoch nicht treffen. Stattdessen legte es aufgrund seiner abweichenden Meinung zu zwei anderen Oberlandesgerichten die Sache dem BGH vor. Der BGH hat nunmehr die Vergabekammer und das OLG Düsseldorf bestätigt.

### Verhältnis zwischen allgemeinem Vergaberecht und § 15 Abs. 2 AEG

Von besonderer Bedeutung sind die Ausführungen des BGH zum Verhältnis zwischen dem allgemeinen Vergaberecht und § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG). Bislang wurde von einigen Autoren sowie dem OLG Brandenburg in seiner Entscheidung vom 2. September 2003 (Verg W 3/03 und Verg 5/03) aus § 15 Abs. 2 AEG ein Wahlrecht des SPNV-Aufgabenträgers geschlossen, wonach dieser entweder die Leistungen wettbewerblich nach einer förmlichen Ausschreibung oder freihändig vergeben könne. Dem widerspricht der BGH in

der Entscheidung vom 8. Februar 2011. Der BGH qualifizierte § 15 Abs. 2 AEG nicht wie das OLG Brandenburg als vorrangige Sondervorschrift gegenüber dem allgemeinen Vergaberecht. Das Gegenteil ist der Fall. § 15 Abs. 2 AEG trat im Zuge der Bahnstrukturreform im Jahre 1994 und damit zeitlich einige Jahre vor dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.08.1998 in Kraft. Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass das ältere Gesetz nicht durch das neuere verdrängt wird, hätte er in das Vergaberechtsänderungsgesetz einen Ausnahmetatbestand aufnehmen können. Die in § 100 Abs. 2 GWB durch den Gesetzgeber festgelegten Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts enthalten aber gerade keinen Bezug auf § 15 Abs. 2 AEG. Ein gesetzgeberischer Wille, die Vergabe von SPNV-Leistungen dem Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts zu entziehen, ist somit nicht erkennbar.

Weiterhin rekurriert der BGH auf die Vorschrift des § 4 Abs. 3 der Vergabeverordnung (VgV), die erst 2002 und damit später als § 15 Abs. 2 AEG und das Vergaberechtsänderungsgesetz erlassen wurde. In § 4 Abs. 3 VgV werden zeitlich übergangsweise bestimmte Vereinfachungen vom materiellen Vergaberecht für Personennahverkehrsleistungen in der Kategorie Eisenbahnen eingeführt. Die Aufnahme dieser Vorschrift in die VgV macht deutlich, dass nach Ansicht des Ordnungsgebers SPNV-Leistungen grundsätzlich nach einem förmlichen Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Würde § 15 Abs. 2 AEG freihändige Vergaben ohne weitere Bedingungen zulassen, wäre § 4 Abs. 3 VgV mit seinen genau beschriebenen Voraussetzungen und seiner zeitlichen Begrenzung bis zum 31. Dezember 2014 eine überflüssige Vorschrift.

Der BGH stellte fest, dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 VgV im konkreten Fall nicht gegeben waren. Freihändige Vergaben sind nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV ausnahmsweise zulässig, wenn bei der Übertragung mehrerer Linien ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird, wobei die Laufzeit des Vertrags zwölf Jahre nicht überschreiten soll. Die mit dieser Vorschrift dem SPNV-Aufgabenträger eingeräumten Möglichkeiten waren bereits mit Abschluss des ursprünglichen Verkehrsvertrags im Jahre 2004 zwischen dem VRR und der DB Regio ausgeschöpft. Sie durften damit nicht erneut im Wege eines Kettenvertrags genutzt werden. Der auf einen Zeitraum von weiteren fünf Jahren (2018 bis 2023) angelegte Vergleichsvertrag enthielt keine wettbewerbsfördernden Komponenten. Vielmehr sollte die DB Regio die meisten Regionalbahn- und Regionalexpressleistungen und sämtliche S-Bahnleistungen statt bis 2018 nunmehr bis 2023 weiterhin in vollem Umfang erbringen. Diese Leistungen wären damit eine unannehmbar lange Zeit dem Wettbewerb entzogen worden.

### Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession

Die zweite interessante Frage der Entscheidung vom 8. Februar 2011 betrifft die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen. Nur wenn der Vertrag zwischen dem SPNV-Aufgabenträger und der DB Regio als Dienstleistungsauftrag qualifiziert werden kann, findet das allgemeine Vergaberecht Anwendung. Erfüllt der Vertrag hingegen die Merkmale einer Dienstleistungskonzession, liegt kein ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag vor.

Der Begriff der Dienstleistungskonzession ist im deutschen Recht nicht näher definiert. Er findet sich in den beiden europäischen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Dort werden als Dienstleistungskonzessionen solche Verträge bezeichnet, die von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zu ihrer Nutzung zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) folgert daraus, dass bei einer Dienstleistungskonzession der Konzessionsinhaber das überwiegende wirtschaftliche Risiko für die Vertragserfüllung trägt. In der Entscheidung vom 19. November 2009 (Az.: C-206/08 - Eurawasser) verdeutlichte der EuGH, der Konzessionär müsse bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung den Risiken des Marktes ausgesetzt sein und das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernehmen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, stellt eine Einzelfallfrage dar, die die nationalen Gerichte zu klären haben.

Im vorliegenden Fall erhielt die DB Regio neben dem Recht, die Dienstleistung zu erbringen und zu nutzen, vom SPNV-Aufgabenträger eine Zuzahlung. Der BGH betont, dass bei einer Dienstleistungskonzession die Zuzahlung nicht über den Charakter eines bloßen Zuschusses hinausgehen darf. Andernfalls würde aus einer Zuzahlung eine Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung, was charakteristisch für einen Dienstleistungsauftrag ist. Den Vergleichsvertrag qualifizierte der BGH nicht als Dienstleistungskonzession, sondern als vergabepflichtigen Dienstleistungsauftrag. Die DB Regio wurde aus zwei Quellen finanziert, nämlich den Fahrgeldeinnahmen und den Zuzahlungen des SPNV-Aufgabenträgers. Letztere decken rund 64 Prozent der bei Vertragsdurchführung der DB Regio anfallenden Gesamtkosten und übersteigen damit deutlich die Einnahmen aus den Fahrkartenerlösen. Zudem ist die DB Regio während der Vertragslaufzeit keinem direkten Wettbewerb ausgesetzt, weil andere Unternehmen im Vertragsgebiet nicht gleichzeitig dieselben SPNV-Leistungen anbieten dürfen. Fahrgästen bliebe als Handlungsalternative im Wesentlichen nur ein Umstieg auf den Individualverkehr. Das Risiko von Fahrgeldminderungen konnte daher für die DB Regio als gering eingestuft werden. Für eine Dienstleistungskonzession bestand kein Raum.



Im Vergleichsvertrag erklärte die DB Regio ihre Bereitschaft zu erheblichen Investitionen, die dem Leistungsangebot im Gebiet des SPNV-Aufgabenträgers zugutekommen sollen. Dies entbindet jedoch nicht von einer Anwendung des Vergaberechts. Eine Verlängerung des Vertrags bis zu einer hinreichenden Amortisation der nachträglichen Investitionen darf nur im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgen.

Ebenso spielte der Umstand, dass es sich bei der Verlängerung bis 2023 um einen Vergleichsvertrag handelte, keine Rolle. Vergaberechtlich unbeachtlich wäre nur ein unbedeutender Nachtrag des ursprünglichen Vertrags gewesen. Das war angesichts der Verlängerung über fünf Jahre und dem damit verbundenen erheblichen Leistungsvolumen nicht der Fall.

### Vergaben von SPNV-Leistungen unter dem Regime der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Die neue Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370) konnte auf den Vergleichsvertrag nicht angewandt werden, weil dieser am 24. November 2009 und damit kurz vor dem Inkrafttreten der VO 1370 am 3. Dezember 2009 abgeschlossen wurde. Der BGH hätte deshalb in der Entscheidung vom 8. Februar 2011 nicht näher auf die VO 1370 einzugehen brauchen. Gleichwohl finden sich dort wichtige Hinweise.

Zukünftig werden Vergaben von SPNV-Leistungen nach der VO 1370 zu beurteilen sein. Anders als nach der bisherigen Rechtslage kommt unter dem Regime der VO 1370 ein Vorrang des europäischen Vergaberechts nur bei Personenverkehrsdiensten mit Bussen und Straßenbahnen in Betracht, nicht hingegen mit Eisenbahnen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370). Für den Eisenbahnverkehr eröffnet Art. 5 Abs. 6 VO 1370 die Möglichkeit zu einer Direktvergabe ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren. Art. 5 Abs. 6 VO 1370 steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass eine Direktvergabe nicht durch nationales Recht untersagt ist. Wegen der Wichtigkeit dieser Frage nutzte der BGH die Entscheidung vom 8. Februar 2011 zu entsprechenden Ausführungen. Dabei stellte er klar, dass das nationale Vergaberecht einen solchen Vorbehalt darstellt und somit einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370 entgegensteht. Die Direktvergabemöglichkeit nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370 wird zukünftig nur anwendbar sein, wenn kein dem Vergaberecht unterfallender Dienstleistungsauftrag vorliegt, sondern eine Dienstleistungskonzession, für die das nationale Vergaberecht nicht gilt.

### Bewertung

Der Beschluss des BGH vom 8. Februar 2011 klärt die seit vielen Jahren umstrittene Frage des Verhältnisses zwischen dem allgemeinen Vergaberecht und § 15 Abs. 2 AEG. Er ist im Interesse der Rechtssicherheit nachhaltig zu begrüßen.

Interessant sind die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession. Der Vergleichsvertrag zwischen SPNV-Aufgabenträger und DB Regio wurde als Nettovertrag bezeichnet. Der Beschluss des BGH macht deutlich, dass es für eine Dienstleistungskonzession nicht allein auf dieses Kriterium ankommt. Maßgeblich ist vielmehr die konkrete Verteilung des Risikos in jedem Einzelfall. Der BGH lehnt sich dabei ausdrücklich an aktuelle Entscheidungen des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen an.

Bedeutsam für die zukünftige Vergabe von SPNV-Leistungen ist der Hinweis des BGH auf den Vorbehalt des nationalen Vergaberechts gegenüber der Direktvergabemöglichkeit des Art. 5 Abs. 6 VO 1370. Vonseiten einiger Bundesländer sind zwischenzeitlich Bemühungen bekannt geworden, durch eine gesetzgeberische Klarstellung die Direktvergabeoption nach Art 5 Abs. 6 VO 1370 in Deutschland ausdrücklich für anwendbar zu erklären. Es zeichnet sich freilich ab, dass zu dieser Frage unterschiedliche politische Vorstellungen herrschen. Kurzfristig ist daher nicht mit einer Gesetzesinitiative zu rechnen.

## > Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Rödl & Partner erfolgreich

LG Frankfurt am Main gibt Klage auf Rückzahlung von Nutzungsentgelten für Personenbahnhöfe statt

Eisenbahnverkehrsunternehmen müssen für die Nutzung von Personenbahnhöfen (Stationen) und Schienenwegen Entgelte an den jeweiligen Infrastrukturbetreiber entrichten. Hierbei sind die Entgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen so zu bemessen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht missbräuchlich durch den Infrastrukturbetreiber beeinträchtigt werden (vgl. § 14 Abs. 5 AEG). Der mit Abstand größte Betreiber von Personenbahnhöfen in der Bundesrepublik Deutschland ist die DB Station & Service AG, eine hundertprozentige Tochter der Deutschen Bahn AG. Sie bietet etwa 5.400 Bahnhöfe zur Nutzung an.

Bis zum 31. Dezember 2004 galt für die Nutzung der Personenbahnhöfe ein Einzelpreismodell, wonach für jede einzelne von der DB Station & Service AG betriebene Station ein eigener Preis festgelegt wurde. Seit dem 1. Januar 2005 hat die DB Station & Service AG ein neues Kategoriepreissystem eingeführt, das sogenannte Stationspreissystem 2005 (SPS 05). Sämtliche Personenbahnhöfe der DB Station & Service AG werden seitdem Stationskategorien zugeordnet, für die jeweils ein bestimmtes Entgelt festgelegt ist. Im Jahr 2005 bspw. bestanden insgesamt sechs Kategorien, innerhalb derer aber erhebliche Preisunterschiede festzustellen waren, wie die Bundesnetzagentur bereits in einem Bescheid vom 10. Dezember 2009 bestätigte. Für jeden abfahrenden Zug haben die Eisenbahnverkehrsunternehmen

ein der jeweiligen Stationskategorie entsprechendes Entgelt zu entrichten. Für Züge, deren Länge 180 Meter überschreitet, verdoppelt sich darüber hinaus das Entgelt pro Zughalt.

So hätten sich in dem nun vom LG Frankfurt am Main entschiedenen Fall die einzelnen Nutzungsentgelte bei Anwendung des SPS 05 um das Mehrfache (gegenüber dem Einzelpreismodell) verteuert. Der Geltung des SPS 05 aber widersprach das Eisenbahnverkehrsunternehmen und zahlte die teureren Entgelte lediglich unter Vorbehalt. Der Klage auf Rückerstattung der unter Vorbehalt gezahlten Stationsentgelte gab das LG Frankfurt am Main nunmehr am 17. März 2011 (Az.: 2-04108/10) statt. Die Frankfurter Richter bestätigten damit die von Rödl & Partner im Prozess vertretene Rechtsauffassung, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen der DB Station & Service AG keine Nutzungsentgelte auf der Grundlage des SPS 05 schuldet.

Das Urteil des Landgerichtes Frankfurt am Main, dessen Entscheidungsgründe bei Drucklegung noch nicht vorlagen, stärkt vor allem die nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die auf die Nutzung der Personenbahnhöfe der DB Station & Service AG angewiesen sind. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob die unterlegene DB Station & Service AG Berufung gegen die Entscheidung einlegen wird oder das Urteil in Rechtskraft erwachsen lässt.

### Veröffentlichungspflicht und Beachtung des notwendigen Zeitvorlaufs bei Direktvergaben

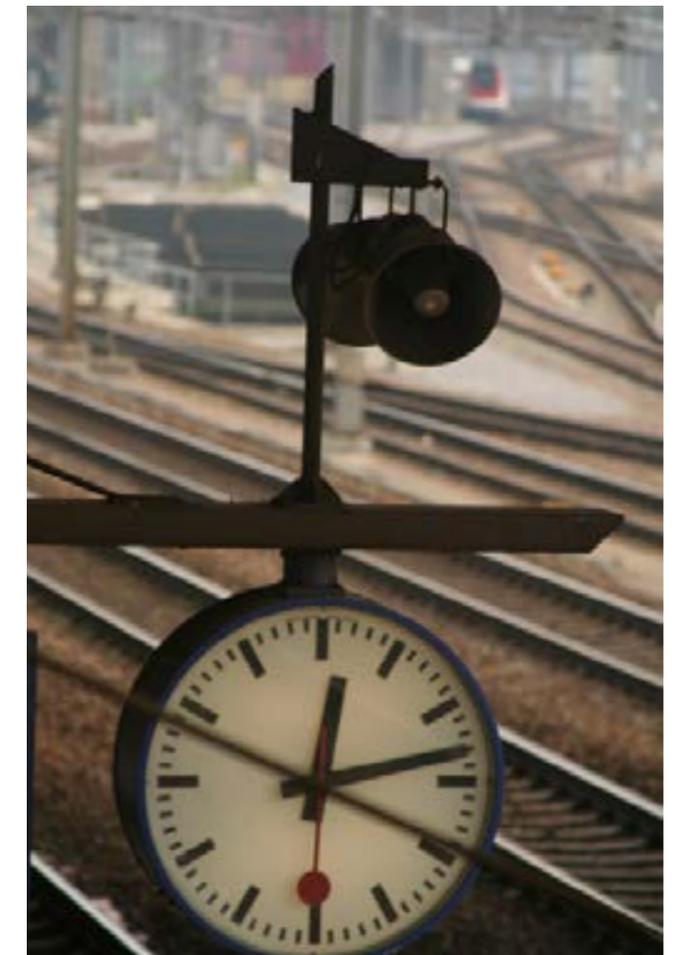
Von wesentlicher Bedeutung für ein rechtskonformes Vergabeverfahren nach der VO 1370 ist die Beachtung der Jahresfrist für die Veröffentlichung nach Art. 7. Abs. 2 VO 1370. Danach ergreift jede zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder mindestens ein Jahr vor der Direktvergabe die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.

Die zuständigen Behörden können beschließen, diese Informationen nicht zu veröffentlichen, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 50.000 km aufweist. Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen.

Die Veröffentlichungspflicht folgt dem im allgemeinen Vergaberecht geltenden Grundsatz der Transparenz. Nach der neuen Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 2. März 2011 stellt die Veröffentlichung bei Direktvergaben bereits die Einleitung des Vergabeverfahrens dar. Dies beinhaltet auch, dass Konkurrenten die Vergabekammern um Rechtsschutz ersuchen können (Vgl. Besprechung von Saxinger/Schmitz in diesem Heft). Unterstützt wird diese Rechtsposition durch das Informationsrecht potenzieller Bieter, nach Art. 7 Abs. 4 VO 1370 von der zuständigen Behörde die Gründe der Entscheidung für die Direktvergabe zu erfragen.

Soweit eine entsprechende Direktvergabe geplant ist, sollte daher bereits mit einer angemessenen Vorlaufzeit vor Anlauf der Jahresfrist geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Direktvergabe auch tatsächlich vorliegen, um entsprechende Maßnahmen zur Herstellung der Voraussetzungen einer rechtskonformen Direktvergabe herstellen oder einleiten zu können.



## > Rödl & Partner

ist eine der führenden Beratungs- und Prüfungsgesellschaften in Deutschland. Rödl & Partner bietet umfassende Leistungen für den öffentlichen Sektor aus einer Hand aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuer-, Rechts- und Unternehmensberatung.

### Die Autoren



**Jörg Niemann**

Leiter Kompetenz-Center Verkehr

**E-Mail:**

joerg.niemann@roedl.com



**Prof. Dr. Andreas Saxinger**

**E-Mail:**

andreas.saxinger@roedl.com



**Holger Schröder**

Rechtsanwalt

**E-Mail:**

holger.schroeder@roedl.com



**Jan-Volkert Schmitz**

Rechtsanwalt

**E-Mail:**

jan-volkert.schmitz@roedl.com

### Kontakt

Rödl & Partner Hamburg  
Kompetenz-Center Verkehr  
Hans-Henny-Jahnn-Weg 35  
22085 Hamburg

Telefon: +49 (40) 22 92 97-60

Fax: +49 (40) 22 92 97-39

E-Mail: [pmc@roedl.de](mailto:pmc@roedl.de)

### Impressum

**Herausgeber:**

Rödl & Partner GbR

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 03 | [pmc@roedl.de](mailto:pmc@roedl.de)

**Verantwortlich für den Inhalt:** Martin Wambach | Jörg Niemann

**Layout/Satz:**

Karolina Krysta

Bildnachweis: [www.istockphoto.com](http://www.istockphoto.com)

Der gesamte Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.