

# Lässt uns das Recht im Stich? Unklarheiten im SPNV-Recht

6. Bayerischer ÖPNV-Kongress

Dr. Malte Linnemeyer  
München, 24. März 2010

# Inhalt

- **Überblick über veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen**
- **Unklarheiten aus der VO 1370/2007**
- **Unklarheiten aus dem GWB**
- **Unklarheiten aus der VOL/A 2009**
- **Fazit**

# Überblick über einige veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen

**Verschiedene Rahmenbedingungen wurden kürzlich verändert oder stehen zur Veränderung an:**

- EG-Verordnung Nr. 1370/2007
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A 2009)

# Inhalt

- Überblick über veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen
- **Unklarheiten aus der VO 1370/2007**
- Unklarheiten aus dem GWB
- Unklarheiten aus der VOL/A 2009
- **Fazit**

# Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen Direktvergaben im SPNV zulässig sind (1 von 2)

## Keine Rechtssicherheit durch die VO 1370/2007 zu dieser Frage

- > Hintergrund: Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 lässt Direktvergabe nur zu, soweit nationales Recht nicht entgegen steht
- > Unterschiedliche Auffassung über Anforderungen des nationalen Rechts:

### Direktvergabe zulässig ohne weitere Voraussetzungen

- > Freies Ermessen des Auftraggebers
- > Beurteilungsmaßstab: Willkürverbot
- > Auch Initiativbewerbungen erfordern kein wettbewerbliches Verfahren

### Direktvergabe ist immer rechtfertigungsbedürftig

- > Verfassungs- und Haushaltsrecht erfordern Rechtfertigung durch sachlichen Grund
- > Beurteilungsmaßstab: Verhältnismäßigkeitsprinzip
- > Bei Initiativbewerbungen ggf. Wechsel in wettbewerbliches Verfahren erforderlich

## Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen Direktvergaben im SPNV zulässig sind (2 von 2)

- Hintergrund der Rechtsunsicherheit ist das nicht eindeutig festgelegte Rechtsregime zur Vergabe von SPNV-Leistungen (ungeklärtes Verhältnis von Eisenbahn- zu Vergaberecht)
- Beseitigung dieser Unklarheit wäre durch Klarstellung des Gesetzgebers im AEG möglich, dass SPNV-Leistungen unter Anwendung des 4. Teils des GWB vergeben werden
- Zulässigkeit von Direktvergaben dann in den nach Vergaberecht vorgesehenen Fällen

## Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Direktvergaben ist bislang unklar

- Hintergrund: VO 1370/2007 sieht vor, dass auch Direktvergaben überprüfbar sind (Erwägungsgrund 21)
- OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.09.2003: Für Überprüfung von Direktvergaben nach dem AEG sind Verwaltungsgerichte zuständig
- BVerwG: Rechtsschutz für Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte durch ordentliche Gerichte (siehe auch Bayerische Leitlinien zur Anwendung der VO 1370/2007)
- Hoher Zeitbedarf für verwaltungs- und zivilrechtliche Verfahren
- Gesetzgeber sollte klarstellen, dass Rechtsschutz gegen Direktvergaben durch VK und Vergabesenat beim OLG erfolgt



# Inhalt

- Überblick über veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen
- Unklarheiten aus der VO 1370/2007
- **Unklarheiten aus dem GWB**
- Unklarheiten aus der VOL/A 2009
- Fazit

## Auswirkungen des Grundsatzes der Losvergabe auf SPNV-Vergaben?

- § 97 Abs. 3 GWB hat den Grundsatz der Losvergabe verstärkt
- Teilung der Leistung in Lose Regelfall; Verzicht nur in Ausnahmen zulässig
- Hintergrund: Schutz kleiner und mittelständischer Unternehmen
- Empfehlung von Bahnen und Aufgabenträgern im VDV zu Losgrößen:
  - 3 bis 5 Mio. Zugkm bei Regionalverkehren
  - 5 bis 15 Mio. Zugkm überregional/Ballungsräume
  - > 15 Mio. Zugkm bei S-Bahnen
- Vereinbarkeit mit § 97 Abs. 3 GWB?

## Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen in SPNV-Ausschreibungen? (1 von 2)

- § 97 Abs. 4 GWB lässt zusätzliche Anforderungen an die Auftragsausführung zu, die (u.a.) „soziale Aspekte“ betreffen
- Gesetzliche Grundlage (Bundes- oder Landesrecht) hierfür nicht mehr erforderlich
- Stellt Forderung nach Tariftreue einen „sozialen Aspekt“ dar?
- Vereinbarkeit mit Rechtsprechung des EuGH („Rüffert-Urteil“)?
  - VK Lüneburg, Beschl. v. 15.05.2008: 
  - OLG Celle, mdl. geäußerte Rechtsauffassung: 

## Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen in SPNV-Ausschreibungen? (2 von 2)

- Tariftreueverpflichtungen können einen Eingriff in den Wettbewerb darstellen
- Wettbewerbsgrundsatz beinhaltet Verpflichtung des Auftraggebers zur Gewährleistung eines möglichst ungestörten Wettbewerbs
- Ggf. problematisch, wenn ein bestimmter Tarifvertrag vorgegeben wird

## Das Schicksal des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist ungewiss

- § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB enthält die Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge vermeintlicher Rechtsverstöße gegenüber dem Auftraggeber
- EuGH, Urteil v. 28.01.2010: Eine nationale Vorschrift, die eine Ausschlussfrist für Rechtsbehelfe vorsieht, verstößt gegen Gemeinschaftsrecht, wenn diese Frist für den Betroffenen nicht vorhersehbar ist, sondern in das Ermessen des erkennenden Gerichts gestellt ist
- Fraglich, ob Forderung der Unverzüglichkeit in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB diesen Anforderungen entspricht
- Gesetzgeber sollte eindeutige Rechtsbehelfsfrist in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB benennen

# Inhalt

- Überblick über veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen
- Unklarheiten aus der VO 1370/2007
- Unklarheiten aus dem GWB
- Unklarheiten aus der VOL/A 2009
- Fazit

## Folgen verschiedener Änderungen in der VOL/A 2009? (1 von 2)

- Verbot der Übertragung ungewöhnlicher Wagnisse entfällt
- Ebenso Gebot der Angabe aller für die Preisermittlung erforderlichen Umstände
- § 7 Abs. 1 VOL/A 2009 bzw. § 8 EG VOL/A enthalten nur Gebot zur eindeutigen und erschöpfende Leistungsbeschreibung
- Gleichwohl vstl. keine vollständige Freiheit der Auftraggeber bei der Gestaltung von Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen
- Genaue Festlegung vstl. erst durch Rechtsprechung

## Folgen verschiedener Änderungen in der VOL/A 2009? (2 von 2)

- Umgang mit unvollständigen Angeboten wird in der VOL/A 2009 neu geregelt
- § 16 Abs. 2 VOL/A 2009 sieht vor, dass Nachfrist zur Vorlage fehlender Unterlagen gesetzt werden kann
- Vereinbarkeit mit Rechtsprechung des BGH (Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB steht Nachforderung entgegen) fraglich
- Fraglich bleibt, ob Pflicht der Vergabestelle bestehen wird, Unterlagen nachzufordern

# Inhalt

- Überblick über veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergabe von SPNV-Leistungen
- Unklarheiten aus der VO 1370/2007
- Unklarheiten aus dem GWB
- Unklarheiten aus der VOL/A 2009
- **Fazit**

## Fazit

- Das Recht lässt die Marktteilnehmer im SPNV nicht im Stich, stellt sie aber regelmäßig vor neue Herausforderungen
- Vergabe von SPNV-Leistungen bleibt rechtlich anspruchsvoll
- Gesetzgeber ist zur Beseitigung verschiedener Unklarheiten aufgerufen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Dr. Malte Linnemeyer

BBG und Partner

Contrescarpe 75 A  
28195 Bremen

T +49 (0) 421.335410

F +49 (0) 421.3354115

[linnemeyer@bbgundpartner.de](mailto:linnemeyer@bbgundpartner.de)

[www.bbgundpartner.de](http://www.bbgundpartner.de)