

| EMPFANGSZEIT | REMOTE-CSID | DAUER | SEITEN | STATUS |
|------------------------------------|---------------|-------|--------|-----------|
| 14. Januar 2011 11:19:37 GMT+01:00 | +492289499166 | 179 | 5 | Empfangen |
| 14/01/2011 11:17 +492289499166 | BKARTA B2/B9 | | S. | 01/05 |



Bundeskartellamt

Bundeskartellamt • Kaiser-Friedrich-Str. 16 • 53113 Bonn

Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR
Herrn Martin Husmann
Herrn Dr. Klaus Vorgang
Vorstand
Augustastr. 1
45879 Gelsenkirchen

-Vorab per Telefax: 0209 – 1584 123 488-

9. Beschlussabteilung
Der Vorsitzende

Telefon: 0228 9499-526
Telefax: 0228 9499-166
E-Mail: klaus.paetow@bundeskartellamt.bund.de
Über E-Mail sind nur informelle Kontakte möglich. Hinweise zur elektronischen Kommunikation mit dem BKarta finden Sie unter www.bundeskartellamt.de.

Aktenzeichen: **B 9 – 1/10 - 68**

14. Januar 2011

Vergabenachprüfungsverfahren Abellio Rail NRW GmbH - Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (VII-Verg 19/10) sowie dem Bundesgerichtshof (X ZB 4/10)

Verdacht des Verstoßes gegen § 1 GWB, Art. 101 AEUV

Sehr geehrter Herr Husmann, sehr geehrter Herr Dr. Vorgang,

die mit Ihnen sowie den übrigen Beteiligten, der DB Regio NRW GmbH und der Abellio Rail NRW GmbH, geführten Gespräche haben ergeben, dass die DB Regio NRW GmbH sowie die Abellio Rail NRW GmbH beabsichtigten, zur einvernehmlichen Beendigung des Vergabenachprüfungsverfahrens vor dem Bundesgerichtshof (X ZB 4/10) einen Vergleich zu schließen. In dem Vergleich sollte sich die Abellio Rail NRW GmbH verpflichten, ihren Nachprüfungsantrag zurück zu nehmen. Im Gegenzug sollte die DB Regio NRW GmbH mit der Abellio Rail NRW GmbH einen Subunternehmervertrag bezüglich der S-Bahn-Linien S 5 und S 8 im Gebiet des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr schließen, der (grundsätzlich) ab dem Fahrplanwechsel 2012/2013 in Kraft treten sollte. Dem Abschluss eines solchen Subunternehmervertrages sollte der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR zustimmen.

Die Beteiligten haben der Beschlussabteilung übereinstimmend mitgeteilt, dass sie die Gespräche über einen solchen Vergleich abgebrochen und auch nicht wieder aufgenommen haben, nachdem sie das Schreiben der Beschlussabteilung vom 02. Dezember 2010 erhalten haben. Der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR hat der Beschlussabteilung mitgeteilt, dass er großen

- 2 -

Wert auf ein positives Signal der Beschlussabteilung legt, bevor er einem Subunternehmervertrag zustimmt.

Der Bundesgerichtshof hat in der mündlichen Verhandlung am 07. Dezember 2010 dem Verfahrensbeteiligten u.a. aufgegeben, bis zum 25. Januar 2011 eine etwaige andere Verfahrenserledigung anzuzeigen, und hat den Verkündungstermin auf den 08. Februar 2011 bestimmt. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung hat der X. Zivilsenat in der mündlichen Verhandlung einen Vergleich weder nahegelegt noch sich in irgendeiner Weise zum Gegenstand oder der Gestaltung möglicher Vergleiche geäußert.

Der von der Beschlussabteilung in den verschiedenen Gesprächen ermittelte Sachverhalt stützt ihren im Schreiben vom 02. Dezember 2010 geäußerten Anfangsverdacht, dass mit dem Abschluss eines wie oben dargestellten Vergleichsvertrages ein Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 101 AEUV vorliegen würde. (Außergerichtliche) Vergleiche in gerichtlichen Streitigkeiten unterliegen der Prüfung nach § 1 GWB, Art. 101 AEUV. Die Abellio Rail NRW GmbH würde durch die Rücknahme ihres Nachprüfungsantrages unabhängig vom Ausgang des Vorlageverfahrens auf jede Möglichkeit verzichten, sich bei Auslaufen der im Vertrag aus dem Jahr 2004 vorgesehenen Laufzeiten für die verschiedenen SPNV-Linien um entsprechende Verkehrsverträge im Wettbewerb zu bewerben, sofern der Vertrag vom 24. November 2009 längere Laufzeiten vorsieht. Dies gilt u.a. für die Verträge für sämtliche S-Bahn Linien, darunter die Linien S 5 und S 8, die nach dem Vertrag aus dem Jahr 2004 im Jahr 2018 enden und mit dem streitgegenständlichen Vertrag vom 24. November 2009 bis zum Jahr 2023 verlängert wurden. Derzeit verfolgt die Abellio Rail NRW GmbH durch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren weiter ihren Anspruch auf Zugang zum relevanten Aufgabenträgermarkt („Wettbewerb um den Markt“) und baut dadurch Wettbewerbsdruck auf die DB Regio NRW GmbH auf, der durch die Verkündung einer in ihrem (ursprünglichen) Sinne ergehenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch verstärkt würde. Dieser Wettbewerbsdruck würde durch den Vergleich mit sofortiger Wirkung und dauerhaft beseitigt und der weitere Wettbewerb um diesen Markt auf Jahre hinaus ausgeschlossen.

Diese Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten der Abellio Rail NRW GmbH würden auch nicht durch den Abschluss eines Subunternehmervertrages für die Linien S 5 und S 8 kompensiert. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Abellio Rail NRW GmbH aufgrund eines solchen Subunternehmervertrages nicht auf dem Aufgabenträgermarkt, sondern nur auf dem nachgelagerten Markt für Auftragsverkehre tätig werden könnte. Zudem könnte sie diese Tätigkeit nicht frei gestalten, sondern nur in dem von der DB Regio NRW GmbH und dem Verkehrsverbund Rhein-

- 3 -

- 3 -

Ruhr AöR festgelegten vertraglichen Rahmen ausüben. Die Tätigkeit würde damit letztlich der Kontrolle der DB Regio NRW GmbH unterliegen, zu der sich die Abellio Rail NRW GmbH aufgrund des Subunternehmervertrages in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden würde. Für die Einschränkung ihrer Handlungsmöglichkeiten auf dem Aufgabenträgermarkt durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrages soll die Abellio Rail NRW GmbH als wirtschaftliche Gegenleistung Subunternehmerverträge für die Linien S 5 und S 8 erhalten. Dieser Zusammenhang zwischen dem Verzicht auf den Wettbewerb um den Markt und einer wirtschaftlichen Gegenleistung begründet den Anfangsverdacht des Abkaufs von Wettbewerb.

Die von den Beteiligten vorgetragenen Interessen am Abschluss eines Vergleichsvertrages vermögen diesen Anfangsverdacht nicht zu beseitigen. Soweit die Abellio Rail NRW GmbH vorträgt, dass es ihr bei der Einreichung ihres Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer Münster darauf angekommen sei, die Zusammenhänge der Vertragsverlängerung im Jahr 2009 zu erfahren und auf einen verbindlichen Ausschreibungsfahrplan / Wettbewerbsfahrplan hinzuwirken, ist anzumerken, dass diese Ziele bereits erreicht sind. Der Inhalt des Vertrages vom 24. November 2009 ist der Abellio Rail NRW GmbH hinsichtlich der Laufzeiten der Verkehrsverträge hinlänglich bekannt, zudem haben die drei SPNV-Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen nach den Angaben des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr AöR im Jahr 2010 einen Wettbewerbsfahrplan erstellt. Würde sich das Interesse der Abellio Rail NRW GmbH wirklich in den beiden angeführten Gesichtspunkten erschöpfen, so hätte sie den Nachprüfungsantrag schon zu einem deutlich früheren Zeitpunkt im Prozess und ohne jegliche Gegenleistung zurücknehmen können. Stattdessen hat sie das Verfahren trotz des hohen prozessualen Aufwands, auch infolge des Vorlageverfahrens, bis dicht vor eine höchstrichterliche Klärung weiter betrieben. Der Nachprüfungsantrag der Abellio Rail NRW GmbH ist auch vor diesem Hintergrund ein hinreichender Beleg für das Interesse des Unternehmens an einer wettbewerblichen Ausschreibung der SPNV-Verträge, insbesondere für die S-Bahn Linien S 5 und S 8. Mit diesem Nachprüfungsantrag bringt die Abellio Rail NRW GmbH auch zum Ausdruck, dass sie sich für diese Aufträge als leistungsfähig ansieht. Bereits diese Überlegungen widerlegen das Argument, dass es für das Unternehmen aus wettbewerblichen Gesichtspunkten sinnvoller sei, bereits zum Fahrplanwechsel 2012/2013 einen Subunternehmervertrag zu erhalten, bei dessen Ausführung das Unternehmen Erfahrungen im S-Bahn Bereich sammeln könne, als sich erst im Jahr 2018 – mit ungewissen Ausgang – in einem wettbewerblichen Verfahren um den Auftrag bewerben zu können. Wie bereits dargelegt, würde die Abellio Rail NRW GmbH aufgrund eines Subunternehmervertrages nur auf einem nachgelagerten Markt in Abhängigkeit von der DB Regio NRW GmbH tätig werden. Ihre Marktposition auf dem Aufgabenträgermarkt würde damit gerade nicht

- 4 -

- 4 -

gestärkt. Als Subunternehmerin wird das Unternehmen auch nicht die Erfahrungen sammeln können, die es benötigt, um sich am Wettbewerb um den Markt zu beteiligen. Auf dem Aufgabenträgermarkt geht es um die Erstellung eines bedarfsgerechten Angebots für den SPNV. Auf dem nachgelagerten Markt für Auftragsverkehre fährt der Subunternehmer lediglich eine vorgegebene Verkehrsleistung ab. Die wettbewerblich unangefochtene Stellung der DB Regio NRW GmbH auf dem Aufgabenträgermarkt würde demgegenüber bis zum Jahr 2023 verlängert, was zu einer langfristigen Schwächung der Marktposition der Wettbewerber, d.h. auch der Abellio NRW GmbH, führt.

Das vorgebrachte Argument, dass der Vertrag vom 24. November 2009 zu einer Anpassung der Laufzeiten der Verkehrsverträge in den verschiedenen Aufgabenträgergebieten führt und damit positive wettbewerbliche Effekte hat, stimmt zumindest für die S-Bahn Linien nicht. Zum einen verlaufen die S-Bahn Linien zum größten Teil ausschließlich im Gebiet des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr, so dass eine Anpassung der Vertragslaufzeiten insoweit gar nicht erforderlich ist. Zum anderen wurden die Verträge für die S-Bahn Linien bis 2023 verlängert, ohne dass bei den gebietsübergreifenden S-Bahn Linien auf eine Angleichung an die Laufzeit der Verträge in den anderen Aufgabenträgergebieten Rücksicht genommen wurde.

Die aufgrund von finanziellen Zusagen des Landes NRW und der DB Regio NRW GmbH bestehenden wirtschaftlichen Interessen des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr AöR am Bestand des Vertrages vom 24. November 2009 sind zwar nachvollziehbar, besitzen vorliegend jedoch unter kartell- und vergaberechtlichen Gesichtspunkten kein hinreichendes Gewicht. Die vergaberechtlichen Vorschriften, die durch die Eröffnung von Wettbewerb um den Markt zu einer wirtschaftlicheren Beschaffung durch die öffentliche Hand führen sollen, stehen unter keinem Gesichtspunkt zur Disposition des Aufgabenträgers. Bei der Anwendung des Vergaberechts sind immer Interessen Dritter und der Öffentlichkeit berührt. Dies führt dazu, dass Vergleiche in Vergaberechtssachen stets äußerst kritisch zu betrachten sind. Finanzielle Interessen des öffentlichen Auftraggebers am Bestand eines ggf. vergaberechtswidrigen Vertrages vermögen einen Vergleich jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Schon aufgrund der Wertungen des deutschen und europäischen Vergaberechts setzen sich die langfristigen Vorteile einer Vergabe im Wettbewerb gegenüber den kurzfristigen Vorteilen der Vergabestelle durch eine (partielle) Beteiligung an den Gewinnen durch Ausschluss des Wettbewerbs durch. Zudem steht der Ausschluss des Wettbewerbs infolge des Vergleichs auch ohnedies schon der kartellrechtlichen Zulässigkeit entgegen.

- 5 -

- 5 -

Soweit die Abellio Rail NRW GmbH und die DB Regio NRW GmbH vortragen, der Vergleich diene der Beilegung eines Rechtsstreites und der Beseitigung von Rechtsunsicherheit, ist anzumerken, dass im vorliegenden Fall der Vergleich in einem sehr späten Stadium des Rechtsstreites kurz vor der Urteilsverkündung in der letzten Instanz geschlossen würde. Es liegt damit ein Unterschied zu Konstellationen vor, in denen ein Vergleich frühzeitig bereits zur Verhinderung von Rechtsstreitigkeiten oder in einem frühen Stadium einer gerichtlichen Auseinandersetzung geschlossen wird. Rechtsunsicherheit besteht vorliegend nur noch bis zum Verkündungstermin am 08. Februar 2011. Dagegen würde ein Vergleich dazu führen, dass sich aufgrund der weiterhin ungeklärten Rechtsfrage die Rechtsunsicherheit für die gesamte Branche zeitlich unbegrenzt perpetuieren würde. Dies liegt nicht im öffentlichen Interesse, das wie dargelegt im Vergaberecht eine maßgebliche Rolle spielt, und würde auch einen Nachteil für den Verbraucher bedeuten. Für die Deutsche Bahn AG würde die Tatsache, dass über die Rechtsfrage nicht entschieden wird, mit dem Vorteil verbunden sein, dass sie auch zukünftig keinen signifikanten Rückgang ihrer Margen im Bereich des für das Gesamtergebnis des Konzerns ertrags-trächtigen SPNV durch wettbewerbliche Verfahren zu befürchten hätte.

Zum jetzigen Zeitpunkt sieht die Beschlussabteilung keinen Grund zum Tätigwerden, da die Beteiligten mitgeteilt haben, dass sie ihre Vergleichsgespräche abgebrochen haben.

Wegen des besonderen Gewichts der hier in Rede stehenden öffentlichen Interessen wird die Beschlussabteilung in dem Fall, dass die Abellio Rail NRW GmbH ihren Nachprüfungsantrag zurücknimmt und sie oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen dafür irgendeine Art von Gegenleistung, z.B. in Form eines Subunternehmervertrages, erhält, ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 1. GWB, Art. 101 AEUV i.V.m. § 81 GWB gegen den Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR, die Abellio Rail NRW GmbH und die DB Regio NRW GmbH sowie die persönlich Verantwortlichen einleiten. Die Beschlussabteilung weist darauf hin, dass im Ordnungswidrigkeitenrecht gemäß § 14 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz der sog. Einheitstäterbegriff gilt. Dies bedeutet, dass jeder Beteiligte an einer Ordnungswidrigkeit ordnungswidrig handelt, gleichgültig, in welcher Weise er zur Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit beiträgt.

Mit freundlichen Grüßen



Paetow