

Gemeingut in BürgerInnenhand

Weidenweg 37

10249 Berlin

Telefon: 0160 / 91 97 07 87
benno.reinhardt@t-online.de

21.06.2021

Juristisches Positionspapier zur Aufhebung der S - Bahn - Vergabe Berlin - Brandenburg

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Freunde,

gerne nehme ich zu den Möglichkeiten der Aufhebung der S - Bahn Vergabe Stellung.

I. Sachverhalt

Die Länder Berlin und Brandenburg haben den Bau und Betrieb der S – Bahn ausgeschrieben. Auftragsgegenstände sind

- die Besitzerschaffung und Übereignung (Lieferung) von Neufahrzeugen und deren Instandhaltung und
- die Bereitstellung (Fachlos FBI – nachfolgend auch Fachlos A genannt) und der fahrplanmäßige Betrieb sowie mit dem fahrplanmäßigen Betrieb zusammenhängende Dienstleistungen mit Ausnahme des Vertriebs (Fachlos Betrieb – nachfolgend auch Fachlos B genannt) auf den Teilnetzen Nord-Süd (Teillos 1) und Stadtbahn (Teillos 2) der Berliner S-Bahn.

Vorgesehen ist nach den Ausschreibungsunterlagen das Verhandlungsverfahren. Dieses folgt grundsätzlich folgendem Ablauf:

1. Bekanntmachung, ggf. mit Beschreibung der Angebotsanforderungen
--

2. Teilnahmewettbewerb

3. Erste Angebotsphase Abgabe erster indikativer Angebote Benachrichtigung ausscheidender Bieter
4. Verhandlungsphase
5. Finale Angebotsphase Abgabe eines letzten sog. qualifizierten Angebots Wertung des letzten Angebotes
6. Zuschlagserteilung

Derzeit befindet sich das Verfahren wohl in der Stufe 3. Das Teilnahmeverfahren ist abgeschlossen. Ein ausgewählter Kreis der Bieter soll Angebote abgeben.

II. Feststellungen

1. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens ist möglich.

Der öffentliche Auftraggeber ist gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Vergabeverordnung (VgV) berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn

- kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,
- sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat,
- kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder
- andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Für die Aufhebung des Vergabeverfahrens der S - Bahn Berlin gibt es keinen der genannten Gründe. Es sind bisher mehrere Angebote eingegangen, die Grundlagen für das Verfahren haben sich nicht geändert. Ob sich wirtschaftliche Ergebnisse erzielen lassen, lässt sich zumindest nicht ausschließen. Auch andere schwerwiegende Gründe liegen nicht vor. Insbesondere eine veränderte politische Bewertung der Ausschreibung lässt sich hierunter nicht subsumieren. Die Aufhebung der Vergabe der S - Bahn Berlin ist daher nicht nach § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV erlaubt.

Dies bedeutet aber nicht, dass der Auftraggeber gezwungen ist, an einer initiierten Ausschreibung festzuhalten, wenn er dies nicht mehr möchte. Er ist grundsätzlich frei darin, ein Vergabeverfahren abubrechen und die Beschaffung aufzugeben. Ein solcher Abbruch lässt sich nicht aus dem Katalog des § 63 Absatz 1 Satz 1 VgV herleiten, ist aber gleichwohl wirksam.

Dies ergibt sich aus § 63 Absatz 1 Satz 2 VgV:

„Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen.“

Insbesondere dann, wenn der öffentliche Auftraggeber am Beschaffungsvorhaben insgesamt nicht mehr festhält, soll er nicht gezwungen werden, den Auftrag zu erteilen. Diese Vorschrift berücksichtigt, dass gerade bei langwierigen Vergabeverfahren sich die politische Grundstimmung ändern kann. Was zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung noch als richtig bewertet wurde, kann sich einige Zeit später als falsch herausstellen. Gerade wenn man die fragliche Leistung selbst erbringen und nicht mehr vergeben möchte, kann man dies ohne Zweifel tun, § 63 Absatz 1 Satz 2 VgV erlaubt den Abbruch der Ausschreibung.

Die betroffenen Bieter sind nicht schutzlos. Sie haben bei Aufhebung der Ausschreibung einen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten und im Einzelfall – wenn der Auftraggeber die Vergabe willkürlich aufhebt – einen einklagbaren Anspruch auf Fortsetzung der Ausschreibung.

2. Für die Bieter gibt es keinen einklagbaren Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

In einzelnen besonders gelagerten Fallkonstellationen haben Bieter nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern auch einen Anspruch darauf, dass die Aufhebung der Vergabe rückgängig gemacht wird. Die Rechtsprechung diskutiert einen solchen Anspruch der Bieter dann, wenn die Aufhebung in rechtlich zu missbilligender Absicht erfolgt. Eine solche rechtlich verwerfliche Absicht liegt vor,

- wenn der Auftraggeber das Beschaffungsvorhaben insgesamt nicht aufgibt und weiterhin einen Vergabewillen kundtut (erste Alternative) oder
- wenn die Aufgabe nicht auf einem anderen sachlichen Grund beruht (zweite Alternative).

Nur in diesem Fall kann der Bieter den Auftraggeber die Fortsetzung der Vergabe erzwingen. Zu beurteilen sind damit die Kriterien der Aufgabe der Beschaffung und des sachlichen Grundes.

Erste Alternative: Eine Aufgabe der Beschaffung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber an der Beschaffung kein Interesse mehr hat. Nicht zulässig wäre es dagegen, wenn er nach Aufhebung der Vergabe nur die Möglichkeit schaffen möchte, in rechtlich zu missbilligender Weise den Auftrag außerhalb des Verfahrens an einen bestimmten Bieter zu vergeben (sog. Scheinaufhebung). Wird am Beschaffungsbedarf festgehalten und erfolgt die Aufhebung rechtsmissbräuchlich, so ist dieser grundsätzlich innerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens zu decken. In diesem Fall haben Bieter daher einen Anspruch auf die Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens S - Bahn Berlin ist daher problematisch, wenn die Länder an der Beschaffung festhalten. Daher ist zu prüfen, ob die von den Ländern Berlin und Brandenburg ggf. vorgesehenen Alternativen

- Leistung durch einen Eigenbetrieb oder Regiebetrieb,
- Leistung durch eine AöR,
- Leistung durch eine von den Auftraggebern beherrschte GmbH

nicht auch eine Beschaffung darstellen.

Unproblematisch – weil keine Beschaffung – ist die nachfolgende Durchführung der Leistungen durch einen Eigenbetrieb oder eine AöR.

Unproblematisch - weil keine Beschaffung - wäre eine nachfolgende Übertragung der Aufgabe an eine S - Bahn GmbH, die von den Auftraggebern beherrscht wird.

Problematisch – weil ggf. Beschaffung - wäre die nachfolgende Vergabe an die bestehende S-Bahn Berlin GmbH, solange diese von der Deutschen Bahn AG (DB AG) beherrscht wird.

Zweite Alternative: Unabhängig von der Aufgabe der Beschaffungsabsicht kann die Aufhebungsentscheidung auch auf einem anderen sachlichen Grund beruhen. Auch dann gibt es für die Bieter keinen Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

Voraussetzungen einer Aufhebung ist hiernach lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder lediglich zum Schein erfolgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2015 –Verg29/14; VK Bund, Beschl. v. 21.12.2016 VK 2 127/16).

In diesem Sinne liegt ein sachlicher Grund für eine Aufhebung vor, wenn

- die Auftraggeber sich politisch insgesamt neu orientieren,
- sie eine Pause für ergebnisoffene neue Überlegungen und Verhandlungen benötigen.

Auch in all diesen Fällen erfolgt – wie bei der Aufgabe der Beschaffung - die Aufhebung nicht willkürlich und bevorzugt keinen Bieter einseitig. Niemand hat daher auch bei dieser zweiten Alternative einen Anspruch auf Fortbestehen des Verfahrens.

Die Länder Berlin und Brandenburg haben daher die Möglichkeit, sich die Zeit für Überlegungen und Diskussionen zu nehmen, die sie brauchen, um über die Zukunft der S – Bahn zu befinden. Kein Bieter wird hierdurch einseitig diskriminiert, kein Bieter hat einen Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

3. Die Bieter können als Schadensersatz höchstens das „negative Interesse“ beanspruchen.

Jeder Bieter kann aber aufgrund einer gegen § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV verstoßenden Aufhebung der Ausschreibung Schadensersatz beanspruchen. Diese Schadenersatzpflicht besteht gerade dann, wenn von der Beschaffung insgesamt Abstand genommen wird. Rechtsgrundlage für solch einen Ersatzanspruch ist § 181 Satz 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen.“

Der Vertrauensschaden nach § 181 Satz 1 GWB umfasst „die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren“. Einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns (positives Interesse) vermittelt die Norm nicht.

Zu den nach § 181 Satz 1 GWB zu ersetzenden Kosten gehören

- innerbetriebliche Materialkosten des Bieters,
- Personalkosten des Bieters,
- Kosten für Verhandlungen mit Nachunternehmern, soweit diese durch die Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. die Angebotsausarbeitung verursacht worden sind,
- Kosten für die Beauftragung Dritter, wenn die Beauftragung der Angebotserstellung oder Teilnahme am Vergabeverfahren diente,
- erforderliche Rechtsanwaltskosten.

Denkbar sind zu diesem Zeitpunkt Kostenpositionen, die für den Bieter bereits einen Aufwand erfordern:

- Erstellung des Zugdesigns,
- Kostenplanung investive Maßnahmen (Brücken, Gebäude, Technik)
- Software Fahrpläne.

Diese Kosten sind bei einer bewertenden Betrachtung in Relation zu setzen zu den Kosten des Gesamtauftrages und ggf. zu den Kosten, die eingespart werden können, wenn man alternativ den S - Bahn - Verkehr durch einen Eigenbetrieb oder eine AöR oder eine beherrschte GmbH durchführt. Insoweit folgende Anhaltspunkte:

Kosten Gesamtprojekt	8.000.000.000
Kosten Ausgleich Vertrauensschaden	Zu ermitteln
Beispiele für Einsparpotentiale nach Aufhebung Vergabe	<ul style="list-style-type: none"> - Verzicht auf neues Überfahrungsbauwerk - Verzicht auf den Erwerb von Grundstücken für potentielle Werkstätten - etc.

Diese Kostenpositionen sind bei der Entscheidung über die Aufhebung der Vergabe abzuwägen. Im Ergebnis zeigt sich, dass eine Aufhebung der Vergabe derzeit unter Berücksichtigung des Ersatzes des negativen Interesses auch aus haushaltsrechtlichen Gründen vertretbar ist.

Nur der Bieter hat einen solchen Schadensersatzanspruch, der „echte Chancen“ auf den Auftrag im Sinne des § 181 GWB hat. Eine „echte Chance“ kann erst dann angenommen werden, wenn der Auftraggeber dem Bieter im Rahmen des ihm zustehenden Wertungsspielraums den Zuschlag hätte erteilen dürfen. Ob die Erteilung des Zuschlags an den Schadensersatz begehrenden Bieter innerhalb des dem Auftraggeber eröffneten Wertungsspielraums gelegen hätte, ist eine Frage des Einzelfalls, die nur unter Berücksichtigung der für die Auftragserteilung vorgesehenen Wertungskriterien beantwortet werden kann. Erst durch die Wertungsmaßstäbe und ihre ermessensfehlerfreie Anwendung kann der wirkliche Rang der einzelnen Angebote bestimmt und zuverlässig festgestellt werden, welches Angebot eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte.

Derzeit ist bei der S - Bahn - Vergabe kaum feststellbar, welches Unternehmen tatsächlich im Ergebnis eine hinreichend sichere Chance auf einen der Aufträge hat. Eine echte Chance hat daher wohl jedes Unternehmen, bei dem zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung keine Gründe vorliegen, dieses vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Es geht in der Sache damit eher um die Frage, wer keine Möglichkeit mehr auf den Zuschlag hat. Nur diese Unternehmen haben keine echte Chance und erhalten keinen Schadensersatzanspruch. Jedes Unternehmen, das bislang nicht ausgeschlossen wurde, hat damit auch eine echte Chance. Jede andere Auslegung des § 181 GWB und eine Beschränkung der Ersatzansprüche auf einige wenige Bieter führt dazu, dass man das Vergabeverfahren fiktiv fortführen müsste, nur um denjenigen zu ermitteln, der die „echte Chance“ hat. Dies ist nicht Sinn des § 181 GWB. Von daher muss man prüfen, welche Unternehmen zum Zeitpunkt der Aufhebung noch im Verfahren sind. All diese Unternehmen haben auch echte Chancen.

Dies bedeutet: Je früher die Vergabe aufgehoben wird, desto größer ist der Kreis der Unternehmen, die den Vertrauensschaden einklagen können. Je später die Aufgabe erfolgt, desto kleiner ist ggf. der anspruchsberechtigte Kreis, desto höher sind aber auch die Aufwendungen, die dem einzelnen Unternehmen dann zu ersetzen sind.

Der Teilnahmewettbewerb im S - Bahn - Verfahren ist abgeschlossen. Nur die Bieter die hiernach nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden, können keinen Vertrauensschaden geltend machen. Alle anderen Unternehmer können den Vertrauensschaden verlangen.

Dies ist angemessen und für die Länder Berlin und Brandenburg angesichts des Vergabevolumens in Höhe von über 8 Mrd. € gut vertretbar.

Eine Neuorientierung, die andere Einsparvolumina ermöglicht, ist damit auch aus haushaltsrechtlicher Sicht zulässig und möglich.

4. Für Bieter gibt es bei Aufhebung der Ausschreibungen keinen Ersatz des entgangenen Gewinns.

Über den Ersatz der Aufwendungen hinaus, kann es in besonderen Situationen einen Anspruch des ausgeschiedenen Bieters auf entgangenen Gewinn geben. Hierfür gibt es zwei Anspruchsgrundlagen.

Erste Anspruchsgrundlage: Nach ständiger Rechtsprechung entsteht durch die Beteiligung von Bietern bzw. Bewerbern an einem Vergabeverfahren ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB. Hiernach muss jede am Verfahren beteiligte Partei auf „Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ Rücksicht nehmen. Bei Verhandlungsverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb entsteht dieses Schuldverhältnis „mit der Beteiligung des Bewerbers im Teilnahmewettbewerb, in der Regel durch Abgabe eines Teilnahmeantrags“. Inhalt und Umfang der Pflichten werden durch die Gesamtheit aller einschlägigen bieterschützenden Normen des Vergaberechts geregelt. Ein Verstoß gegen diese Pflichten kann zum Ersatz des entgangenen Gewinns führen.

Gemäß § 252 Satz 2 BGB „gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“ als entgangen.

Diesen Schadensersatzanspruch auf den entgangenen Gewinn, das sog. positive Interesse, hat allerdings nur derjenige, der darlegen und beweisen kann, dass er den Auftrag bei rechtmäßigem Verlauf des Vergabeverfahrens hätte erhalten müssen. Im Falle der Aufhebung setzt dies nicht nur voraus, dass dem Bieter bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgeben hat, sondern außerdem, dass der ausgeschriebene bzw. ein wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag später tatsächlich auch erteilt worden ist.

Zweite Anspruchsgrundlage: § 823 Abs. 2 BGB begründet eine eigenständige Verpflichtung zum Schadensersatz für „denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“ Nach § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB muss für den Schadensersatzanspruch ein Verschulden zumindest in Form von Fahrlässigkeit vorliegen. § 823 Abs. 2 BGB erfasst auch den Ersatz des entgangenen Gewinns. Dazu muss jedoch durch den Anspruchsteller ebenfalls nachgewiesen worden sein, dass er den Zuschlag hätte erhalten müssen.

Eine Bewertung dieser beiden Anspruchsgrundlagen ergibt, dass für Ansprüche auf entgangenen Gewinn mindestens folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen:

- Die Aufhebung der Vergabe muss einen der Bieter einseitig in rechtlich vorwerfbarer Weise benachteiligen.
- Es darf nur noch einen Bieter geben, der für den Auftrag in Frage kommt.

Sollte das Land die Beschaffung insgesamt aufgeben und die AöR oder eine GmbH beauftragen, die vom Land beherrscht wird, scheidet jeder Anspruch der Bieter auf entgangenen Gewinn von vornherein aus. Jeder Bieter wird gleichbehandelt, kein Bieter wird besonders diskriminiert oder benachteiligt. Das Land handelt im Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen.

Es gibt offensichtlich auch kein Risiko für das Land, wenn es das Vergabeverfahren aufhebt, um in eine neue ergebnisoffene Planungsphase überzugehen. Dies ergibt sich aus § 67 Absatz 1 Satz 2 VgV. Wenn ein Auftraggeber diese gesetzliche Möglichkeit unter Inkaufnahme der Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens nutzt, nutzt er nur die ihm gesetzlich zustehenden Rechte, das Vergabeverfahren jederzeit wirksam beenden zu können, um neu über die zukünftige Struktur des S – Bahn Verkehrs in Berlin diskutieren zu können.

Ein Risiko entsteht nur dann, wenn das Land die Vergabe aufhebt, um einem einzelnen Bieter, der den Zuschlag erhalten hätte, den Auftrag zu entziehen, um diesen dann außerhalb des Verfahrens an einen Dritten – z.B. die vom Bund beherrschte S – Bahn Berlin GmbH – zu erteilen. Dies verstößt gegen Grundsätze des Vergaberechts. Dies ist aber auch nicht vorgesehen.

5. Bei Beauftragung einer AöR ist ein erneutes Vergabeverfahren nicht nötig.

Nach nationalem Recht besteht grundsätzlich eine Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung, wenn der S - Bahnverkehr an Dritte vergeben wird. Eine Ausnahme von dieser Ausschreibungspflicht ergibt sich bei sog. In - House - Geschäften.

Ein In-house-Geschäft ist im Vergaberecht die Vergabe eines öffentlichen Auftrages ohne öffentliche Ausschreibung an einen dem Staat zugehörigen Auftragnehmer. Sie erfolgt durch einen öffentlichen Auftraggeber an einen Dienstleister, der entweder dem Auftraggeber selbst angehört (z.B. als rechtlich unselbstständige Dienststelle) oder der zwar rechtlich selbständig ist, aber von dem öffentlichen Auftraggeber beherrscht wird und im

Wesentlichen nur für ihn arbeitet. Die einzelnen Voraussetzungen des In-house-Geschäftes sind in § 108 GWG normiert.

In § 108 Absatz 1 GWG werden zunächst die Ausnahmen festgelegt für die Beauftragung von Unternehmen durch einen einzelnen öffentlichen Auftraggeber. In § 108 Absatz 4 GWB werden die Ausnahmen auch erstreckt auf Aufträge durch mehrere unterschiedliche öffentliche Auftraggeber, wie eine gemeinsame Vergabe durch die Länder Berlin und Brandenburg.

Die inhaltlichen Voraussetzungen sind fast deckungsgleich. Zu den einzelnen Bedingungen, die ein Vergabeverfahren erübrigen:

- Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die beauftragte juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium).
- Die beauftragte juristische Person führt mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten für die öffentlichen Auftraggeber durch, von denen sie im Einzelfall beauftragt wurde (Wesentlichkeitskriterium).
- An der beauftragten juristischen Person besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung.

Die Übertragung einer Aufgabe an eine AöR ist vor diesem Hintergrund als In-House-Geschäft im Allgemeinen vergabefrei zulässig. In der Folge ist aber dann – dies ist konsequent – die AöR an das Vergaberecht gebunden.

Wenn - wie bei der S-Bahn Berlin - mehrere öffentliche Auftraggeber eine AöR beauftragen, ist folgende Besonderheit zu beachten: Gemäß §108 Abs.1Nr.1 GWB muss der öffentliche Auftraggeber über den ausgewählten Marktteilnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. §108 Abs.2 GWB konkretisiert diese Anforderung in Form einer Vermutungsregel. Eine Kontrolle wird danach vermutet, „wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf dies strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt“.

Dies müssen die Länder Berlin und Brandenburg sicherstellen:

- Die beschlussfassenden Organe der AöR setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen.
- Die öffentlichen Auftraggeber entscheiden gemeinsam über die strategischen Ziele.
- Die AöR verfolgt keine Interessen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

6. Bei Beauftragung der S - Bahn GmbH, deren Anteile vollumfänglich von den Ländern Berlin und Brandenburg gehalten werden, ist ein Vergabeverfahren nicht erforderlich.

Solange die Anteile an der S - Bahn Berlin GmbH - oder einer neu gegründeten GmbH vollständig bei den Ländern liegen, gilt auch die Übertragung der Aufgabe an diese GmbH als In - House - Geschäft, solange im Übrigen die Kontrolle der GmbH aufgrund einer Vereinbarung durch die Länder Berlin und Brandenburg sichergestellt ist und die GmbH im Wesentlichen nur für die Auftraggeber tätig bleibt, vgl. § 108 GWG. Unproblematisch können die Länder Berlin und Brandenburg den S – Bahn Verkehr damit an eine GmbH vergeben, deren Gesellschaftsanteile von diesen beiden Ländern zu 100 % gehalten werden.

7. Bei Beauftragung einer S - Bahn GmbH, an der sich die Länder und die Deutsche Bahn AG beteiligen, ist ein Vergabeverfahren nicht erforderlich, wenn die Länder Berlin und Brandenburg die Geschäfte der GmbH umfassend bestimmen.

Intensiv zu prüfen sind die Bedingungen für eine Beteiligung der DB AG an der S - Bahn Berlin GmbH. Eine solche Beteiligung kann unter den Voraussetzungen des § 108 Absatz 1 Ziffern 1 bis 3 GWB als In- House -Geschäft – damit wäre die Beauftragung ohne weitere Ausschreibung möglich - gewertet werden.

Hierbei handelt es sich nicht - wie bisher vorgesehen - um eine Beschaffung der Leistungen am Markt und eine Erbringung der Leistung durch fremde Dritte, sondern um den Einsatz landeseigener Anstalten des öffentlichen Rechts oder vom Land kontrollierter Gesellschaften zur Erbringung des S – Bahn Verkehrs.

Nach § 108 Absatz 1 Ziffer 1 GWB ist es erforderlich, dass die S -Bahn Berlin GmbH von den Ländern Berlin und Brandenburg kontrolliert wird. Kontrollmöglichkeiten für die Länder Berlin und Brandenburg müssen sich aus der Satzung der Gesellschaft oder aus dem GmbH Gesetz ergeben. Der Auftraggeber muss bei wertender Betrachtung aller Umstände unter Berücksichtigung des Einzelfalls zumindest tatsächlich zur Kontrolle der GmbH beitragen können. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Kontrollkriterium erfüllt, wenn die Länder auf die strategischen Ziele und die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss nehmen können. Voraussetzung für ein ausschreibungsfreies In - House-Geschäft ist demnach eine Beteiligung am Kapital der beherrschten Gesellschaft, wobei die Höhe der Beteiligung allein nicht ausschlaggebend ist.

- Eine Kontrolle ist eindeutig möglich, wenn die Länder die Mehrheit der Gesellschaftsanteile an der S - Bahn GmbH halten.
- Eine Kontrolle ist auch dann möglich ist, wenn die Länder Berlin und Brandenburg zumindest einen Gesellschaftsanteil von zusammen 25,1 % der Gesellschaftsanteile an der GmbH halten und ergänzend gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen dies den Ländern ermöglichen. Ggf. kann durch die eine maßgebliche Beteiligung der Länder an den Entscheidungsgremien oder durch eine Umgestaltung des Stimmgewichts im Gesellschaftsvertrag eine Kontrolle ermöglicht werden (vgl. Geitel in NZBau 2013,

483 ff, 484).

- Eine „goldene Aktie“ reicht zur Kontrolle nicht aus.

Die Kontrolle muss zudem in einer Weise ausgeübt werden können, die eine Selbstständigkeit der kontrollierten Einheit ausschließt, eine wettbewerbliche Marktausrichtung verhindert und Einflussnahme auf die Preisgestaltung ermöglicht. Dies ist gesellschaftsrechtlich insb. in der Satzung festzuschreiben. Die Einzelheiten – insb. der Umfang der notwendigen Kapitalbeteiligung der Länder und die Ausgestaltung der Satzung der GmbH und die Arbeitsweise der Kontrollgremien – sind tiefer zu prüfen.

Die S – Bahn GmbH darf darüber hinaus im Wesentlichen nur für die Länder Berlin und Brandenburg tätig sein, vgl. § 108 Absatz 1 Ziffer 2 GWB. Das sog. Wesentlichkeitskriterium soll verhindern, dass ein Unternehmen zwar von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht wird, zugleich jedoch am Markt tätig ist. Entscheidend ist, dass die S Bahn Berlin GmbH mit mindestens 80 % der Fahrdienstleistungen von den Ländern Berlin und Brandenburg betraut wurde.

Es kommt auf die tatsächlichen Aufträge der S -Bahn GmbH zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe an (vgl. Ziekow in NZBau 2017, 339 / 340). Unwichtig ist, welche Dienstleistungen die S – Bahn Berlin GmbH in der Vergangenheit erbracht hat, gänzlich unwichtig ist, ob sie zu irgendeinem Zeitpunkt erfolglos beabsichtigte für Dritte tätig zu werden. Die Teilnahme der S – Bahn Berlin GmbH zum Beispiel am lange zurückliegenden Ausschreibungsverfahren für die Stadt Stockholm ist daher unschädlich. Diese Marktteilnahme hat sich nicht realisiert.

Ob die DB AG an der S – Bahn GmbH beteiligt sein kann, hängt im Übrigen von der Bewertung ab, ob man hierin eine direkte private Kapitalbeteiligung sieht, vgl. § 108 Absatz 1 Ziffer 3 GWB. Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB darf an der zu beauftragenden Gesellschaft grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung bestehen. Hierfür gibt es zwei Gründe. Zum einen sei die Beziehung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und der eigenen „öffentlichen“ GmbH auch durch die Verfolgung von öffentlichen Zwecken geprägt. Zum anderen wird durch die Beauftragung einer solchen „öffentlichen“ GmbH der freie Wettbewerb nicht beeinträchtigt (vgl. MüKO Vergaberecht, § 108 Rd. 42).

Zu diesem Themenkomplex hat die Vergabekammer des Bundes im Jahr 2016 die Frage problematisiert, ob die Beteiligung der DB AG als Gesellschafter einer beauftragten GmbH als direkt private Kapitalbeteiligung zu bewerten ist. Es ging in dem Sachverhalt um die Beauftragung der BwFuhrparkService GmbH durch den Bund. An dieser GmbH hält der Bund 75,1% der Anteile und die DB AG 24,9% der Anteile. Alleiniger Anteilseigner an der DB AG ist ebenfalls der Bund.

Die Kammer führt dazu aus: „An der Auftragnehmerin, der BwFuhrparkService GmbH, besteht zudem keine direkte private Kapitalbeteiligung. Dabei ist es nach Auffassung der Vergabekammer des Bundes unschädlich, dass 24,9 % der Anteile von der DB AG, einem privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen, gehalten werden. Die Beteiligung eines Unternehmens in Staatsbesitz, das jedoch privatwirtschaftlich tätig ist, stellt keine inhouse

schädliche private Kapitalbeteiligung dar. Zur Auslegung des Begriffs der privaten Kapitalbeteiligung hat der Europäische Gerichtshof auch Begriffe wie „privates Unternehmen“, „Privatperson“ oder „privatwirtschaftliche Einrichtung“ verwendet. Die Beteiligung eines vom Staat gehaltenen Unternehmens in lediglich privatwirtschaftlicher Organisationsform (beispielsweise GmbH oder AG, im Gegensatz zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie Körperschaft des öffentlichen Rechts, Anstalt des öffentlichen Rechts etc.) ist keine private Kapitalbeteiligung in diesem Sinne“ (VK Bund, Beschl. v. 18.05.2016 – VK 1-18/16, angefochten, vgl. <https://www.vergabeblog.de/2016-09-29/27438/>).

Vor diesem Hintergrund muss weiter untersucht werden, ob und in welchem Fall es unschädlich ist, wenn die DB AG Anteile – ggf. auch sog. stille Anteile an einer S – Bahn GmbH behält.

Diese Überlegungen deuten insgesamt darauf hin, dass es möglich ist, eine rechtliche Konstruktion zu finden, bei der die DB AG an der S - Bahn GmbH beteiligt ist. Die Beteiligung muss den Ansprüchen des § 108 GWG und den Anforderungen an ein In - House – Geschäft genügen. Es ist nicht Aufgabe dieses Positionspapiers die Einzelheiten einer solchen Beteiligung der DB AG an einer S - Bahn Berlin GmbH darzustellen. Eine intensive Prüfung lohnt aber, weil eine Beteiligung der DB AG offenbar auch unter Kontrolle der Länder Berlin und Brandenburg möglich ist. Eine erneute Ausschreibung der Leistungen wäre bei dieser Struktur nicht erforderlich.

Entscheidend ist, dass diese S - Bahn GmbH nicht mehr von der DB AG, sondern von den Ländern Berlin und Brandenburg strategisch gesteuert wird und im Wesentlichen nicht am Markt, sondern nur für diese Länder tätig wird. Hierauf kommt es an. Unter diesen Voraussetzungen könnten die DB – AG und der Bund als öffentlicher Kapitalgeber auch am S – Bahn Verkehr in Berlin und Brandenburg weiterhin beteiligt sein.

Mit freundlichen Grüßen



Rechtsanwalt