

<b>Anmerkung zu:</b>	EuGH 4. Kammer, Urteil vom 21.03.2019 - , C-266/17, EuGH 4. Kammer, Urteil vom 21.03.2019 - C-267/17
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Dr. Florian Wolf, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	09.07.2019
<b>Quelle:</b>	<b>JURIS</b>
<b>Normen:</b>	§ 108 GWB, 12016E267, EGRL 17/2004, EGRL 18/2004, EURL 24/2014 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 7/2019 Anm. 1
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 7/2019 Anm. 1

### **Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen**

#### **Leitsatz**

**Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße ist auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge annehmen, nicht anwendbar.**

#### **A. Problemstellung**

Das Urteil des EuGH betrifft die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Beförderungsleistungen mit Bussen und Straßenbahnen durch öffentliche Auftraggeber direkt an mit ihnen verbundene Betreiber vergeben werden können. Ausgangspunkt der Problemstellung ist die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Diese etabliert in ihrem Art. 5 Abs. 2 zwar ein Sondervergaberegime für Direktvergaben von Personenverkehrsdienstleistungen auf Schiene und Straße. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 erklärt dieses Sondervergaberecht jedoch als unanwendbar für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, sofern es sich bei den Aufträgen nicht um Dienstleistungskonzessionen handelt. Stattdessen finden nach dem – bisher nicht an die Richtlinienreform von 2014 angepassten – Verweis in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 bei der Vergabe von „Dienstleistungsaufträgen gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG“ die in diesen Richtlinien enthaltenen Verfahrensvorschriften Anwendung.

Einige Oberlandesgerichte (OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 - Verg 14/15; OLG Schleswig, Urt. v. 17.03.2017 - 3 U 54/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011 - Verg 48/10; vgl. auch Berischin, MünchKomm Vergaberecht II, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 13 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur) vertraten hierzu die Auffassung, dass die VO 1370/2007 auch im Falle der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen anwendbar sei, wenn ein Fall einer Inhouse-Vergabe vorliegt. Denn Inhouse-Vergaben seien nach der Rechtsprechung des EuGH gerade keine Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Daher bleibe es auch im Be-

reich des Personenverkehrs mit Bussen und Straßenbahnen bei der Anwendbarkeit des Sondervergaberechts des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007.

Mit der Frage der Anwendbarkeit der VO 1370/2007 in solchen Fallkonstellationen hatte sich nunmehr der EuGH in der vorliegenden Entscheidung, die noch zur Rechtslage vor der Richtlinienreform 2014 ergangen ist, auseinanderzusetzen.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Dem Rechtsstreit lagen die Direktvergaben von zwei öffentliche Dienstleistungsaufträgen für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen zugrunde, die nicht in der Form von Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet waren. In beiden Verfahren sollten die Aufträge durch die zuständigen Kreise gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 an einen internen Betreiber direkt vergeben werden. Das erste Verfahren betraf den Rhein-Sieg-Kreis als Auftraggeber und die Regionalverkehr Köln GmbH als internen Betreiber, das zweite Verfahren den Kreis Heinsberg und die WestVerkehr GmbH.

Die Landkreise veröffentlichten in den Jahren 2015 bzw. 2016 gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 Vorabinformationen über die beabsichtigten Direktvergaben im Supplement zum Amtsblatt der EU. Gegen beide bekanntgemachten Direktvergaben gingen private Unternehmen, die im Wettbewerb mit den internen Betreibern stehen, vor der zuständigen Vergabekammer vor, weil sie die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 als nicht erfüllt ansahen. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer, die im ersten Fall zugunsten der privaten Betreiber, im zweiten Fall zugunsten des öffentlichen Auftraggebers ausgingen, wurde sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Das OLG Düsseldorf legte die Sachen dem EuGH nach Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vor. Dabei sollte im Wesentlichen – so das Verständnis des EuGH – die Frage beantwortet werden, ob Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen anwendbar ist, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG annehmen.

Der EuGH hat diese Frage verneint. Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass das Sondervergaberecht des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 entweder Aufträge erfasst, die Personenverkehrsdienste mit Eisenbahnen und U-Bahnen betreffen, oder Personenverkehrsdienste, die als Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet sind. Die Vorschrift sei hingegen nicht auf Verträge über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen anwendbar, die keine Dienstleistungskonzessionen seien. Für Letztere verweise Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 explizit auf die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, und eine Anwendbarkeit der VO 1370/2007 auf diese sei damit ausgeschlossen.

Neben dem Wortlaut ergebe sich dies auch daraus, dass Verträge über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen als sog. prioritäre Dienstleistungen bereits vor Inkrafttreten der VO 1370/2007 den gesamten Verfahrensregeln für öffentliche Aufträge der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG unterlegen hätten. Im Gegensatz dazu waren auf Dienstleistungskonzessionen bzw. Verträge über nicht-prioritäre Personenverkehrsdienste mit Eisenbahnen und U-Bahnen nur vereinzelte oder keine Vorschriften dieser Richtlinien anwendbar. Folglich habe der Unionsgesetzgeber gerade und ausschließlich diese zuvor nicht oder nur rudimentär geregelten Bereiche mit dem Sonderregime des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erfassen wollen. Im Unterschied dazu habe die Notwendigkeit einer ergänzenden Regelung für Verträge über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nicht bestanden, da auf diese bereits sämtliche Regelungen der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG anwendbar waren. Für diese verbleibe es daher bei der Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien.

Sodann stellt der EuGH fest, dass der Anwendbarkeit der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG auch nicht entgegenstünde, wenn es sich im konkreten Fall um eine Inhouse-Vergabe handle. Sowohl das vorlegende Gericht als auch der Generalanwalt hatten diesbezüglich nämlich argumentiert, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 auf „Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG“ verweise und ein Dienstleistungsauftrag im Sinne dieser Richtlinien bei Inhouse-Vergaben gerade nicht gegeben sei. In diesen Fällen liefe der Verweis des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 auf die Vergaberichtlinien leer. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 sei im Falle von Inhouse-Vergaben vielmehr lex specialis zu den Vergaberichtlinien und daher auch auf Dienstleistungsaufträge über Personenverkehr mit Bussen und Straßenbahnen anwendbar.

Der EuGH erteilt diesem Verständnis eine Absage. Er sieht den Verweis in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 auf die Vergaberichtlinien im Fall von Inhouse-Vergaben nicht leerlaufen. Gerade erst der Verweis auf die Richtlinien führt nach Ansicht des Gerichtshofes zur Anwendbarkeit der Inhouse-Grundsätze. Die Rechtsprechung des EuGH zur Inhouse-Vergabe sei seit der „Teckal“-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 18.11.1999 - C-107/98) eng mit den Vergaberichtlinien verknüpft. Der Verweis auf die Richtlinie sei notwendig, damit die Grundsätze der Inhouse-Vergabe überhaupt anwendbar seien. Das zeige auch die Tatsache, dass die Grundsätze der Inhouse-Vergabe in den Richtlinien von 2014 kodifiziert worden seien. Nach alledem seien über den Verweis in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 auch bei Inhouse-Konstellationen die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG auf Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdiene mit Bussen und Straßenbahnen anwendbar und nicht das Sondervergaberecht des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Auslegung der VO 1370/2007 hat die Praxis im Bereich der Busse und Straßenbahnen vor zahlreiche Herausforderungen gestellt (vgl. insoweit auch Linke/Prieß in: Linke, ÖPV, 2. Aufl. 2019, VO 1370/2007 Art. 5 Rn. 14, 15). Wie zutreffend vom Generalanwalt herausgearbeitet wurde, soll das in Art. 5 Abs. 2 der VO 1370/2007 geschaffene Sondervergaberegime den Besonderheiten von öffentlichen Personenverkehrsdiene Rechnung tragen (Schlussanträge GA Sánchez-Bordona v. 13.09.2018, C-266/17 und C-267/17, Rn. 40). Es soll ein Gleichgewicht geschaffen werden zwischen der Möglichkeit zur Beauftragung von eigenen (kommunalen) Unternehmen und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen. Ziel ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden tätig werden können, um die Erbringung von zahlreichen sicheren und hochwertigen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten.

Diese Zwecksetzung scheint zunächst für die Auslegung des OLG Düsseldorf zu sprechen, nach der es sich bei den Bestimmungen der VO 1370/2007 um Sonderregeln handelt, die den Vergaberichtlinien vorgehen. Auch der EuGH hatte bereits in der Sache „Hörmann Reisen“ (EuGH, Urt. v. 27.10.2016 - C-292/15 Rn. 47) entschieden, dass jedenfalls Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 als lex specialis vorrangig gegenüber Art. 25 der Richtlinie 2004/18 ist (dabei ist allerdings zu beachten, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 der VO 1370/2007 ausdrücklich nur Art. 5 Abs. 2 bis 6 für unanwendbar erklärt, nicht aber Art. 4 Abs. 7 der Verordnung). Den lex specialis-Ansatz, auf den sich Generalanwalt Sánchez-Bordona auch in seinen Schlussanträgen zum hiesigen Verfahren stützte, verfolgt der EuGH für den hier vorliegenden Fall, bei dem es um die Anwendbarkeit des in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich für unanwendbar erklärten Absatzes 2 der Vorschrift ging, nicht.

Unter diesen Umständen hatte der EuGH nicht mehr über die weiteren vom OLG Düsseldorf vorgelegten Fragen zu entscheiden. Neben der generellen Anwendbarkeit des Sonderregimes des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 im Bereich von Bussen und Straßenbahnen waren im Ausgangsstreit nämlich auch die Auslegung mehrerer konkreter Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 streitig. Frag-

lich war unter anderem, ob die notwendige Kontrolle des Rhein-Sieg-Kreises über den internen Betreiber gegeben war. Problematisch war insbesondere, dass der Kreis zwar zuständig war für die Durchführung des Verkehrs, die Festlegung der Tarife für den öffentlichen Personenverkehr jedoch in den Aufgabenbereich eines übergeordneten Verkehrsverbunds fiel. Die Vergabekammer hatte in erster Instanz die Anwendbarkeit des Sonderregimes des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zunächst angenommen, dann aber die Voraussetzungen der Direktvergabe abgelehnt, weil es einerseits an der notwendigen Kontrolle über den internen Betreiber fehlte und andererseits die Verkehrsdienstleistungen auch in anderen Zuständigkeitsgebiete als dem des Rhein-Sieg-Kreises ausgeführt werden sollten. Damit sei auch das Gebietskriterium des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b VO 1370/2007 nicht erfüllt gewesen. Nachdem der EuGH bereits die Anwendbarkeit des Direktvergaberegimes des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 verneint hatte, musste er sich mit diesen Einzelfragen nicht mehr befassen. Sie spielen im Bereich der Personenverkehrsdienste aber auch nach dem Urteil des EuGH weiterhin eine Rolle, wenn eine Dienstleistungskonzession vergeben wird, oder für den öffentlichen Personenverkehr mit Eisenbahnen und U-Bahnen. Dass diese Fragen nun unbeantwortet geblieben sind, ist bedauerlich, aber folgerichtig.

Fraglich könnte allenfalls noch sein, ob die Entscheidung des EuGH ohne weiteres auf die neue Rechtslage übertragbar ist. Wie der Gerichtshof aber in seiner Entscheidung bereits angedeutet hat, stützt die neue Rechtslage seine Entscheidung. Denn die neuen Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU regeln die Inhouse-Vergabe nun ausdrücklich. Damit ist aber das wesentliche Argument für die gegenteilige Auslegung, dass bei Inhouse-Vergaben der Verweis auf die Richtlinien leerliefe, noch weniger überzeugend. Denn Inhouse-Vergaben fallen nicht bereits deswegen aus dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien heraus, weil sie nicht unter die Definition des öffentlichen Auftrags fallen, sondern weil sie durch die Richtlinien selbst für nicht von den Richtlinien erfasst erklärt werden. Insofern ist es im Übrigen auch folgerichtig, dass der EuGH jüngst in seiner Entscheidung vom 08.05.2019 (C-253/18) entschieden hat, dass sein in den Rechtssachen C-266/17 und C-267/17 gefundenes Ergebnis auch in Bezug auf die neuen Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU gilt.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Auswirkungen dieser Entscheidung und der Nachfolgeentscheidung in der Rechtssache C-253/18 sind für die Vergabapraxis nicht zu unterschätzen. Zwar bedeutet das Urteil nicht, dass eine Direktvergabe an Inhouse-Betreiber im Bereich von Bussen und Straßenbahnen nicht mehr möglich sein wird. Allerdings sind die Voraussetzungen für die Direktvergabe an Inhouse-Betreiber unterschiedlich, je nachdem ob das Sondervergaberecht des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (Konzessionen) oder die Bestimmungen der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU und damit § 108 GWB zur Anwendung kommt. Unterschiede bestehen vor allem hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums, der Möglichkeit der Kapitalbeteiligung durch Private sowie bei Auftraggebern, die sich zu Gruppen zusammenschließen.

Das Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfordert nämlich, dass mehr als 80% der Tätigkeiten des Inhouse-Betreibers der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen der Betreiber von dem öffentlichen Auftraggeber direkt betraut worden ist. Dieses Kriterium könnte insbesondere kommunale Einheitsunternehmen betreffen, die neben den Personenverkehrsdiensten auch noch Geschäfte z.B. mit Strom und Gas betreiben. Diese Gestaltung im „Querverbund“ wurde häufig gewählt, um die Verluste der Verkehrssparten durch die gewinnträchtigen Energiegeschäfte steuerwirksam zu verrechnen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 07.03.2018 - Verg 26/17 Rn. 11 und 21; siehe zum steuerlichen Querverbund auch Linke/Prieß in: Linke, ÖPV, VO 1370/2007 Art. 5 Rn. 60). Einerseits ist es umstritten, ob Energiegeschäfte mit privaten Endkunden als für das Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB relevante Drittgeschäfte anerkannt werden müssen (vgl. insoweit m.w.N. Voll in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Ver-

gaberecht, 10. Edition, § 108 Rn. 23). Zumindest wenn man dies unterstellt, wäre es problematisch, ob an solche Einheitsunternehmen noch Aufträge im Bereich Busse und Straßenbahnen direkt vergeben werden dürfen, wenn sie mehr als 20% ihres Umsatzes aus der Energiesparte erwirtschaften. Aber auch reine kommunale Verkehrsunternehmen könnten durch das Wesentlichkeitskriterium unter Druck geraten, wenn sie mindestens 20% mit Parkhäusern, Carsharing oder Personenverkehrsleistungen für nicht beteiligte Kommunen umsetzen (vgl. zum Carsharing als Drittgeschäft: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2016 - Verg 23/16). Andererseits findet bei § 108 GWB das oben bereits erwähnte Gebietskriterium Art. 5 Abs. 2 Buchst. b VO 1370/2007 keine Anwendung.

Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der Möglichkeit der Kapitalbeteiligung durch Private an Inhouse-Betreiber. Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO 1370/2007 lässt solche Beteiligungen nämlich zu, soweit ein beherrschender öffentlicher Einfluss besteht und aufgrund anderer Kriterien festgestellt werden kann, dass eine Kontrolle ausgeübt wird. Im Gegensatz dazu sind direkte private Kapitalbeteiligungen nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB grundsätzlich ausgeschlossen, mit der Ausnahme von sehr restriktiven Beteiligungen, die durch gesetzliche Vorschriften vorgeschrieben sein müssen.

Schließlich wirkt sich die Entscheidung des EuGH auch auf die kommunale Zusammenarbeit in Verbünden aus. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erlaubt eine Direktvergabe schon dann, wenn innerhalb einer Gruppe von Behörden nur eine der Behörden eine Kontrolle derart ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Demgegenüber setzen § 108 Abs. 4 GWB und § 108 Abs. 5 GWB für eine gemeinsame Inhouse-Vergabe auch eine gemeinsame Kontrolle voraus.

Kommunen und Stadtwerke, die von der neuen Rechtsprechung des EuGH betroffen sind, müssen möglicherweise an eine Restrukturierung der Unternehmen oder eine Aufspaltung verschiedener Sparten denken, wenn sie weiterhin ohne wettbewerbliche Ausschreibung direkt vergeben wollen. Alternativ und unstreitig führt selbstverständlich der Weg über eine Dienstleistungskonzession in das Sondervergaberegime des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das ausführende Verkehrsunternehmen das überwiegende wirtschaftliche Risiko selbst trägt, was allerdings oftmals nicht gewünscht ist (vgl. dazu Linke/Prieß in: Linke, ÖPV, VO 1370/2007 Art. 5 Rn. 49). Das Urteil des EuGH schafft jedoch Rechtssicherheit und klärt die Handlungsspielräume der Kommunen, unter welchen Voraussetzungen Direktvergaben zukünftig möglich sind.

## **E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

Die Entscheidung enthält ferner Ausführungen des EuGH zur Wiedereröffnung des mündlichen Verfahrens. In beiden Rechtssachen war von Verfahrensbeteiligten in Reaktion auf die Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona die Wiedereröffnung des mündlichen Verfahrens beantragt worden, weil die betroffenen Verfahrensbeteiligten ihre in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argumente als in den Schlussanträgen nicht hinreichend gewürdigt ansahen. Der EuGH wies diese Anträge mit dem Hinweis zurück, der Gerichtshof könne gemäß Art. 83 seiner Verfahrensordnung nach Anhörung des Generalanwalts die Wiedereröffnung des mündlichen Verfahrens insbesondere dann beschließen, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder wenn ein zwischen den Beteiligten nicht erörtertes Vorbringen entscheidungserheblich ist. Die Verfahrensbeteiligten hätten ihre Argumente in der mündlichen Verhandlung aber vorgebracht und sähen diese lediglich als nicht ausreichend gewürdigt an. Daher sei das mündliche Verfahren nicht wiederzueröffnen.

Dieses Ergebnis ist wenig überraschend, da der Gerichtshof nur in äußerst seltenen Fällen das mündliche Verfahren wiedereröffnet. Das führt für die Verfahrensbeteiligten oftmals zu wenig zufriedenstellenden Situationen, da keine Möglichkeit besteht, auf die Schlussanträge des Gene-

ralanwalts Stellung zu nehmen. In der Praxis besteht daher in Vorabentscheidungsverfahren nur im Rahmen der seitenmäßig begrenzten, schriftlichen Stellungnahme sowie der mündlichen Verhandlung Raum für die Darlegung der eigenen rechtlichen Position.

© juris GmbH