

sind, die das Unternehmen aufgrund der Direktvergabe seitens des öffentlichen Auftraggebers verrichtet, unabhängig davon, wer das betreffende Unternehmen dafür vergütet, sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen, die von der Einrichtung erbracht werden (*EuGH*, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308 = NVwZ 2006, 800 Rn. 67, 62 – Carbotermo).

[61] d) Auch wenn die Direktvergabe bei Busdiensten nach allgemeinen Inhouse-Grundsätzen erfolgt, bleiben entgegen der Ansicht der Ast. die Regelungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 über den finanziellen Ausgleich anwendbar. Nach Art. 5 I der Verordnung ist in diesem Fall allein das Sondervergaberecht des Art. 5 II bis VI ausgeschlossen (vgl. *EuGH*, C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817 = NZBau 2017, 48 [50] Rn. 41 – Hörmann Reisen; C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 = NZBau 2018, 773 [774] Rn. 46 – Stefan Rudigier). Zwar dürfen gem. Art. 3 I VO (EG) Nr. 1370/2007 ausschließliche Rechte und Ausgleichsleistungen nur durch öffentliche Dienstleistungsaufträge gewährt werden. Nach der hier maßgeblichen Definition in Art. 2 Buchst. i VO (EG) Nr. 1370/2007 gelten Inhouse-Vergaben aber ausdrücklich als öffentliche Aufträge im Sinne der Verordnung. Darüber hinaus sind Inhouse-Vergaben auch nach Art. 12 I RL 2014/24/EU ausdrücklich öffentliche Aufträge, die jedoch nicht in den Anwendungsbereich dieser Vergaberichtlinie fallen.

[62] 3. War die Direktvergabe somit zulässig, ist der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Ast. zurückzuweisen.

[63] D. Die Anschlussbeschwerde des Ag. hat Erfolg.

[64] I. Die Anschlussbeschwerde ist ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten Direktvergabe zulässig. Durch den insoweit angegriffenen Beschluss der VK wird der Ag. weiterhin dazu verpflichtet, das Rechtsverhältnis der Direktvergabe im Verhältnis zur Beigel. in bestimmter Weise zu regeln.

[65] II. Die Anschlussbeschwerde ist auch begründet. Abgesehen davon, dass der Nachprüfungsantrag ohnehin unzulässig geworden ist, war der Ag., wie ausgeführt, nicht verpflichtet, bei der in Rede stehenden Direktvergabe die Anforderungen des Art. 5 II 1 und 2 Buchst. e VO (EG) Nr. 1370/2007 sicherzustellen.

[66] E. Eine (weitere) Vorlage an den *EuGH* nach Art. 267 III AEUV ist nicht veranlasst (vgl. *EuGH*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257 – SRL C. I. L. E. I. T.; C-452/14, ECLI:EU:C:2015:644 = GRUR Int 2015, 1152 Rn. 43 mwN – AIFA). Im Streitfall stellt sich gemäß den vorstehenden Ausführungen keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nach der bereits ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* (insbes. *EuGH*, C-292/15, ECLI:EU:C:2016:817 = NZBau 2017, 48 – Hörmann Reisen; C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 = NZBau 2018, 773 – Stefan Rudigier) nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

[67] F. Zu einer Änderung der Kostenentscheidung der VK besteht kein Anlass. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht gem. § 120 II GWB aF auf einer entsprechenden Anwendung von § 78 GWB.

[68] Für die Festsetzung des Gegenstandswerts kommt es auf den Zeitpunkt der den jeweiligen Streitgegenstand betreffenden Antragstellung an, die den Rechtszug einleitet (§ 40 GKG). Für den Wert des Beschwerdeverfahrens ist damit der Wert bei Einlegung der sofortigen Beschwerde maßgeblich.

[69] Für diesen Zeitpunkt hat der Ag. unter Zugrundelegung des maßgeblichen Vierjahreszeitraums (vgl. § 3 IV Nr. 2 VgV aF) einen

Bruttoauftragswert von 97.818.000 Euro angegeben. Die Ast. ist dem nicht mehr entgegengetreten. Dieser Betrag ist nach § 50 II GKG für die Bestimmung des Streitwerts auf 5 % der Bruttoauftragssumme zu begrenzen.

Anmerkung von Rechtsanwalt Professor Dr. Christof Lenz und Rechtsanwältin Dr. Corina Jürschik, LL. M.*

I. Einleitung

Die Entscheidung des BGH ist im Wesentlichen zu begrüßen. Sie trägt maßgeblich dazu bei, die bundesweit begonnene Praxis, den öffentlichen Personennahverkehr mit kommunalen Verkehrsunternehmen auszubauen, rechtssicher zu gestalten. Die kommunalen Aufgabenträger wissen jetzt, welche Wege zur wettbewerbsfreien Vergabe führen und welche Einwände von privater Seite nicht ziehen.

II. Richtige Wege zur wettbewerbsfreien Vergabe im ÖPNV

Es steht jetzt fest, dass es zwei richtige Wege zur wettbewerbsfreien Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste im Bereich der Busse und Straßenbahnen gibt (Art. 5 I 2 VO 1370/2007). Entweder ist das Regime des Art. 5 II VO 1370/2007 (Direktvergabe an internen Betreiber) einschlägig oder das Regime des Art. 12 I RL 2014/24/EU/§ 108 GWB (Inhouse-Vergabe). Welches Regime einschlägig ist, hängt von der Ausgestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ab. Die Praxis arbeitet mit Dienstleistungskonzessionen, zweiseitigen Verträgen ohne Konzessionscharakter, gesellschaftsrechtlichen Weisungen und Verwaltungsakten. Trägt das Verkehrsunternehmen das Betriebsrisiko (Dienstleistungskonzession), dann ist eine Direktvergabe nach Art. 5 II VO 1370/2007 möglich. Fehlt es an der Risikoübernahme und ist der Auftrag als Vertrag ausgestaltet, kommt eine wettbewerbslose Vergabe nach den Vergaberichtlinien (in Deutschland: § 108 GWB) in Betracht (Rn. 29).

Konkret entschieden hat der BGH über die Einordnung der Weisungsfälle, und zwar aus Anlass einer Divergenzvorlage (§ 124 GWB aF, jetzt § 179 II GWB). Das OLG Jena (NZBau 2020, 59 mit Anm. Jürschik, NZBau 2020, 63) hatte das Eingreifen der Vergaberichtlinien verneint, weil eine Weisung kein zweiseitiger Vertrag und deshalb kein Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien (Art. 2 Nr. 5 RL 2014/24/EU) ist. Davon wollte das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 3.7.2019 – VII-Verg51/16, BeckRS 2019, 17034) abweichen. Bei Weisungsfällen liege zwar nicht formell, aber funktional ein Vertrag und damit Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien vor. Dem folgt der BGH im Ergebnis, aber mit einer gegenüber dem OLG Düsseldorf weniger überzeugenden Begründung (Rn. 31 f.). Während das OLG Düsseldorf den Vertragsbegriff mit einem tragfähigen teleologischen Argument erweitert (Beschl. v. 3.7.2019 – VII-Verg51/16, BeckRS 2019, 17034 Rn. 82), kommt der BGH zur Anwendung der Vergaberichtlinien, indem er sich in höchstrichterlicher Manier die Freiheit nimmt, das Erfordernis eines Vertrags (Art. 2 Nr. 5 RL 2014/24/EU) mit dem ebenfalls teleologischen Argument beiseite zu schieben, in solchen Inhouse-Fällen fehle es an einer vertragstypischen Gleichordnung von Auftraggeber und Betrautem (Rn. 31). Trotz der zweifelhaften Begründung spricht viel dafür, dass der *EuGH* jedenfalls

* Der Autor Lenz ist Rechtsanwalt und Partner und die Autorin Jürschik ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart.

mit dem Ergebnis einig ist. Der *EuGH* hat seine Entscheidungen auf „Verträge“ bezogen (vgl. *EuGH*, C-266/17, C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 = NZBau 2019, 319 – Hüttebräucker, BVR, Rhenus Veniro; C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 – Rhenus Veniro) und Weisungen lassen sich als funktionale Verträge auslegen. Die in Nordrhein-Westfalen teilweise praktizierten Aufträge in Form von Verwaltungsakten (vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 16.10.2019 – VII-Verg 43/18 – Ruhrbahn) sind damit zwar nicht ausdrücklich beschieden, dürften vom *BGH* im Streitfall aber dem Regime der Vergaberichtlinien zugeordnet werden.

Bedeutsamer als diese Detailfragen ist aber die mit der Entscheidung des *BGH* verbundene Aussage, dass auch außerhalb von Dienstleistungskonzessionen wettbewerbsfreie Vergaben zulässig sind, dann über § 108 GWB (vgl. *Lenz/Jürschik*, NZBau 2019, 629, im Anschluss an *EuGH*, C-266/17, C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 = NZBau 2019, 319 – Hüttebräucker, BVR, Rhenus Veniro; C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 – Rhenus Veniro).

III. Begrenzte Wirkung des Verweises in die Vergaberichtlinien

In den Fällen, in denen der *BGH* die Beteiligten in das Regime der Vergaberichtlinien und damit des § 108 GWB verweist, hat diese Verweisung allerdings nur begrenzte Wirkung. Denn der *BGH* schließt sich dem *EuGH* auch dahingehend an, dass die VO (EG) Nr. 1370/2007 mit Ausnahme der Absätze 2–6 des Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 auch bei Vergaben nach den Vergaberichtlinien gilt (Rn. 38, 61). Die Verordnung ist damit auch auf Inhouse-Vergaben nach GWB-Vergaberecht anwendbar (zB die Regelungen zur Unterauftragsvergabe, Vorabkennzeichnung etc.). Folgerichtig gelten für Inhouse-Vergaben auch die Regelungen der Verordnung über den finanziellen Ausgleich (Rn. 61; s. auch *Lenz/Jürschik*, NZBau 2019, 629 [630]). Die Ausgleichsleistung, welche der Verkehrsbetreiber nach seinem Inhouse-Auftrag erhält, ist damit von der Anmeldung bei der Kommission (Notifizierung) freigestellt (Rn. 37); die beihilfe-rechtliche Legalisierungswirkung des Art. 9 I VO (EG) Nr. 1370/2007 greift.

IV. Höchstrichterlich erledigte Argumente von Direktvergabegegnern

Der *BGH* erteilt mit seiner Entscheidung gleich mehreren Argumenten von Direktvergabegegnern eine Absage. Das betrifft nicht nur das konkrete Verfahren, sondern gilt ganz allgemein.

Erstens hat es der *BGH* als unschädlich angesehen, wenn in der Vorabkennzeichnung zwar eine Direktvergabe an einen internen Betreiber (Art. 5 II VO [EG] Nr. 1370/2007) angekündigt, der Auftrag aber als Inhouse-Geschäft (§ 108 GWB) vergeben wird. Dasselbe gilt umgekehrt. Nach Wortlaut und Zweck von Art. 7 II Buchst. b VO (EG) Nr. 1370/2007 kommt es nur auf die materielle Rechtslage an und zwar darauf, ob der Auftrag direkt vergeben werden darf oder nicht. Das ist schon deshalb richtig, weil nach der Verordnung nur anzugeben ist, ob eine Direktvergabe oder ein Wettbewerbsverfahren durchgeführt werden soll. Die richtige Direktvergabeart muss nicht angegeben werden (Rn. 47). Durch die „Falschbezeichnung“ droht den Wettbewerbern im Übrigen auch kein Schaden, was Voraussetzung für Rechtsschutz vor den Vergabekammern ist (*OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 3.7.2019 – VII-Verg 51/16, BeckRS 2019, 17034 Rn. 73).

Zweitens wehrt der *BGH* auch die üblichen Einwände gegen die Erfüllung des Kontrollkriteriums ab (Rn. 49 ff.). Die „Zwischenschaltung“ einer Holding zwischen Aufgabenträger und dem Auftragnehmer steht nicht der für ein Inhouse-Geschäft erforderlichen Kontrolle entgegen (Rn. 50). Der *BGH* bestätigt damit en passant die kommunale Praxis, wonach die Zwischenschaltung einer Holding aufgrund der vielerorts bestehenden Querverbundkonstruktionen üblich ist.

Drittens stellt der *BGH* klar, dass eine Behörde nicht deshalb unzuständig für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags wird, weil sie einzelne Befugnisse zur Einflussnahme („Interventionsbefugnis“) im öffentlichen Personenverkehr wie die Festlegung von Tarifen auf eine andere Einheit (zB Zweckverband) überträgt (Rn. 25; so schon *Lenz/Jürschik*, Der Nahverkehr 3/2018, 44 [45]). An dieser Aufteilung der Interventionsbefugnisse reiben sich Direktvergabegegner oft. Die Verordnung enthält aber keine Aussage, die sich gegen eine Teilung von Befugnissen anführen lässt, sondern überlässt das der Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten (Rn. 26). Dafür spricht in systematischer Hinsicht auch die Möglichkeit einer „Gruppe von zuständigen Behörden“ (vgl. *Lenz/Jürschik*, Der Nahverkehr 3/2018, 44 [46]).

V. Praxishinweis: Bei Eisenbahn- und U-Bahnverkehren gilt immer Art. 5 II VO (EG) Nr. 1370/2007

Die Praxis muss beachten, dass die Aussagen des *BGH* zur Anwendbarkeit der VO (EG) Nr. 1370/2007 nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Bereich der Busse und Straßenbahnen gelten. Für Eisenbahnen und U-Bahnen gilt das Vergaberegime der Verordnung unabhängig davon, ob eine Dienstleistungskonzession vorliegt oder nicht (vgl. *EuGH*, C-266/17, C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 = NZBau 2019, 319 Rn. 70, 72 – Hüttebräucker, BVR, Rhenus Veniro). Die Sperrwirkung zugunsten der Vergaberichtlinien bezieht sich nach Art. 5 I 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nur auf Busse und Straßenbahnen. Für alle anderen Verkehrsträger bleibt es bei der Grundregel, dass öffentliche Aufträge unabhängig von ihrer Rechtsform nach Maßgabe der Verordnung vergeben werden (Art. 5 I 1 VO [EG] Nr. 1370/2007). Die in der VO (EG) Nr. 1370/2007 angelegte vergaberechtliche Trennung nach Verkehrsträgern zwingt aber nicht zu einer getrennten Vergabe: Erstens ergibt sich aus der Verordnung kein Teilungszwang. Und zweitens richtet sich die Vergabe nach dem Vergaberegime, das wertmäßig den Hauptgegenstand bildet. Das kann entweder die VO (EG) Nr. 1370/2007 sein (Hauptgegenstand Eisenbahn oder U-Bahn) oder die Vergaberichtlinien (Hauptgegenstand Busse und Straßenbahnen, vgl. *Lenz/Jürschik*, Der Nahverkehr 7+8/2019, 32 [34]). Das hat gerade für Großstädte wie Berlin und Hamburg Bedeutung.

VI. Beispiel für modernes Wirtschaftsverwaltungsrecht

Die Prozessgeschichte dieses Falls ist ein schönes Beispiel dafür, wie heute modernes öffentliches Wirtschaftsverwaltungsrecht funktioniert. Das Zusammenspiel von europäischer Regulierung, Beihilfe- und Vergaberecht führt den verwaltungsrechtlichen Praktiker nicht mehr zu „seinen“ Verwaltungsgerichten, sondern auf eine Reise über das *OLG Düsseldorf* und den *EuGH* in Luxemburg bis zum *BGH* in Karlsruhe, auch wenn dieser den konkreten Fall ohne mündliche Verhandlung entschieden hat.