

Entscheidungsbesprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz und Rechtsanwältin Dr. Corina Jürschik, LL. M.*

Erleichterung wettbewerbsfreier ÖPNV-Vergaben durch EuGH-Grundsatzentscheidungen

Am 21.3.2019 hat der EuGH gleich zwei Urteile und am 8.5.2019 ein weiteres Urteil über Grundsatzfragen zur VO (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: Verordnung 1370/2007) verkündet. Die wichtigste Frage, die Gegenstand zweier Urteile ist, betrifft dabei die Anwendbarkeit der Verordnung 1370/2007 im Bereich der Busse und Straßenbahnen. Der EuGH stellte klar, dass die Verordnung 1370/2007 in diesem Bereich abschließend ist, und erteilte der bisher herrschenden Meinung damit eine klare Absage. Ebenso verhielt es sich im weiteren Verfahren betreffend Übergangsverkehre. Dieser Beitrag bewertet die Entscheidungen und gibt Hinweise zu den Weiterungen für die Praxis.

I. Urteile zur Anwendbarkeit der Verordnung 1370/2007 (deutsche Verfahren)

Die beiden deutschen Verfahren vor dem *EuGH* sind Beispiele dafür, dass das Ziel eines Vergabeangriffs weit verfehlt werden kann. Hatten die Antragsteller sich noch gegen die Ausgangsverfahren gewendet, um eine Eingrenzung von Direktvergaben im ÖPNV zu erreichen,¹ haben sie eine Grundsatzentscheidung erreicht, die zum Gegenteil führt: Die Direktvergabemöglichkeiten im Bereich der Busse und Straßenbahnen wurden erweitert und zwar nicht nur in Nordrhein-Westfalen. Für den Eisenbahnverkehr trifft die Entscheidung aber keine Aussage.

1. Ausgangssituation und Entscheidung

Der *Rhein-Sieg-Kreis* und der *Kreis Heinsberg* haben in ihrer Eigenschaft als zuständige Behörden im September 2015 bzw. März 2016 jeweils die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Busverkehrsdienste an ihr kommunales Verkehrsunternehmen nach Art. 5 II VO 1370/2007 durch Vorabkennzeichnung eingeleitet. Trotz vieler Unterschiede ist den beiden Direktgabeverfahren, die als verbundene Rechtssache entschieden wurden, gemein, dass keine Dienstleistungskonzession, sondern ein „echter“ öffentlicher Dienstleistungsauftrag über Busverkehre nach Art. 5 II VO 1370/2007 vergeben werden soll.² So verhält es sich auch bei der Stadt Euskirchen, wobei auf dieses Verfahren im Unterschied zu den anderen beiden Verfahren (*Rhein-Sieg-Kreis* u. *Heinsberg*) schon die neuen Vergaberichtlinien Anwendung fanden.³ Eine Direktvergabe eines „echten“ öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach der Verordnung 1370/2007 ist dann zulässig, wenn man der Auffassung von *OLG Düsseldorf* und *OLG München* folgt,⁴ wonach das Vergaberegime der Verordnung im Bereich der Busse und Straßenbahnen über den Wortlaut des Art. 5 I 2 VO 1370/2007 hinaus nicht nur auf Dienstleistungskonzessionen, sondern auch auf weitere Ausnahmen von den Vergaberichtlinien (wie zB Inhouse-Geschäfte) anzuwenden ist. Folgt man hingegen der Gegenauffassung des *OLG Frankfurt a. M.*,⁵ dann ist die Verordnung abschließend und das Vorgehen der Kreise bzw. der Stadt Euskirchen so nicht möglich. Von der völligen Unzulässigkeit wettbewerbsloser Vergaben im Busbereich gehen jedenfalls der *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker*, die *BVR Busverkehr* und *Rhenus Veniro* aus,⁶ die gegen die Direktvergaben Nachprüfungsanträge eingereicht haben. Das *OLG Düsseldorf* hat das in der Beschwerdeinstanz jeweils zum Anlass genommen, den *EuGH* im Wege der Vorabentscheidung unter anderem zu fragen, ob die Verordnung 1370/2007 im Bereich der Busse und Straßenbahnen auch außerhalb von Dienstleistungskonzessionen anwendbar ist.⁷

Während die Schlussanträge das noch differenziert nach der Rechtslage unter den alten und den neuen Vergaberichtlinien beantwortet haben,⁸ hat der *EuGH* klargestellt, dass die

Verordnung 1370/2007 im Bereich der Busse und Straßenbahnen abschließend ist und dies sowohl unter der Geltung der alten (Verfahren *Rhein-Sieg-Kreis*, *Kreis Heinsberg*) als auch der neuen Vergaberichtlinien (Stadt Euskirchen).⁹ Die weiteren Fragen des *OLG Düsseldorf* hat der *EuGH* deshalb jeweils gar nicht mehr beantwortet.¹⁰

2. Bewertung der Lösung

Die Stärke der Lösung des *EuGH* liegt in ihrer Klarheit und Einfachheit. Das Vergaberegime der Verordnung 1370/2007 gilt im Bereich der Busse und Straßenbahnen nach Auffassung des *EuGH* nur für Dienstleistungskonzessionen, sonst nicht. Der Wortlaut des Art. 5 I 2 VO 1370/2007, der das Verhältnis zwischen allgemeinem Vergaberecht und Verordnung regelt,¹¹ soll danach abschließend sein. Das bedeutet, das Vergaberegime der Verordnung gilt im Bereich der Busse und Straßenbahnen nur für Dienstleistungskonzessionen, „echte“ öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Vergaberichtlinien werden nach dem Verfahren der Vergaberichtlinien vergeben. Die Abgrenzung verläuft also hart an der Linie des Wortlauts. Dies begründet der *EuGH* zusätzlich mit einer historischen Auslegung des Art. 5 I 2 VO 1370/2007: Der historische Verordnungsgeber habe mit dem Spezialvergaberegime der Verordnung nur da eingreifen wollen, wo die Vergaberichtlinien eine Lücke lassen. Diese Lücke besteht im Bereich der Busse und Straßenbahnen nur für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.¹² Mehr wollte

* Besprechung von *EuGH*, Ur. v. 21.3.2019 – C-266/17, C-267/17, ECLI:EU:C:2019:241 = NZBau 2019, 319 – Hüttebräucker, BVR, Rhenus Veniro; Ur. v. 8.5.2019 – C-253/18, ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 (unter Nr. 7 in diesem Heft) – Stadt Euskirchen, sowie Ur. v. 21.3.2019 – C-350/17, C-351/17, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Mobit u. Autolinee Toscane, – Die Autoren sind Rechtsanwältin bei *OPPENLÄNDER Rechtsanwälte* in Stuttgart.

1 Vgl. Antweiler, *VergabeR* 2 a/2018, 211 (212).

2 S. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 31, 46.

3 S. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 Rn. 13 ff. (unter Nr. 7 in diesem Heft).

4 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NZBau 2017, 756 Rn. 18; *OLG Schleswig*, Beschl. v. 17.3.2017 – 3 U 54/16, BeckRS 2017, 127713 Rn. 96 ff.; *OLG Düsseldorf* (Kartellsenat), NZKart 2016, 528 Rn. 63; *OLG München*, NZBau 2016, 583 Rn. 149; NZBau 2011, 701 – Stadtbusverkehr Lindau; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2011, 244 – Münsterlandkreise. Ebenso *OLG Rostock*, Beschl. v. 4.7.2012 – 17 Verg 3/12 = BeckRS 2013, 1570; *VK Rheinland*, Beschl. v. 4.1.2019 – VK K 34/18-I, BeckRS 2019, 314; Beschl. v. 20.4.2018 – VK K 1/18-I; Beschl. v. 3.5.2016 – VK VOL 27/2015; *VK Rheinland*, Beschl. v. 29.4.2016 – VK VOL 30/2015.

5 *OLG Frankfurt a. M.*, NZBau 2014, 386 Rn. 41, 42 – Stadtbusverkehr; BeckRS 2016, 4261 = *VergabeR* 2016, 239.

6 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NZBau 2017, 756 Rn. 16; NZBau 2017, 759 Rn. 12; *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 Rn. 18.

7 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2017, 756 (1. Vorlagefrage); NZBau 2017, 759 (1. Vorlagefrage); NZBau 2018, 425.

8 Schlussanträge GA *Sánchez-Bordona* v. 13.9.2018 – C-266/17, C-267/17 Rn. 25 ff., BeckRS 2018, 21422.

9 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 81; ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 Rn. 26 f.

10 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 82; ECLI:EU:C:2019:386 = NZBau 2019, 658 Rn. 29. Zu den richtigen Antworten s. *Lenz/Jürschik*, *Der Nahverkehr* 2018, 44.

11 Vgl. auch *Linke*, VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VO 1370/2007 Rn. 15.

12 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 70 ff.

der historische Ordnungsgeber nicht erfassen und für mehr soll die Verordnung auch nicht gelten, auch nicht für Inhouse-Vergaben. Soweit die Verordnung einen Sonderrechtsrahmen außerhalb des Vergaberegimes stellt, bleibt sie ohnehin anwendbar und überlagert die Vergaberichtlinien (vgl. unter I 3 b).

Diese Lösung überzeugt dogmatisch. Denn das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft ist Teil des Vergaberegimes der Vergaberichtlinien.¹³ Besonders deutlich ist das nach den neuen Vergaberichtlinien, die ausdrücklich „ein Verfahren“ für die Inhouse-Vergabe vorsehen. Die Wortlaute sowohl der Richtlinienvorschriften (vgl. Art. 12 I RL 2014/24/EU, Art. 28 I RL 2014/25/EU) wie der deutschen Umsetzungsnorm § 108 I GWB stellen klar, dass es sich auch bei „Inhouse-Aufträgen“ um „öffentliche Aufträge“ handelt. Solche öffentlichen Aufträge sind nach Art. 5 I 2 VO 1370/2007 „gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren“ zu vergeben. Der Weg führt damit aus dem Vergaberegime der Verordnung heraus und nicht über das Inhouse-Geschäft in die Verordnung hinein.¹⁴ Die Lösung des *EuGH* hat darüber hinaus einen ganz praktischen Vorteil: Sie bringt Erleichterungen. Bisher hatte die gegenteilige Rechtsauffassung von *OLG Düsseldorf* und *OLG München* dazu geführt, dass sowohl die Anforderungen aus Art. 5 II VO 1370/2007 als auch die Anforderungen aus § 108 GWB einzuhalten waren, wenn keine Dienstleistungskonzession vergeben werden sollte.

Ein interner Betreiber musste deshalb beispielsweise neben der 80 %-Wesentlichkeitsschwelle des vergaberechtlichen Inhouse-Geschäfts auch das Gebietskriterium des Art. 5 II 2 Buchst. b VO 1370/2007 einhalten.¹⁵

Wettbewerbslose Vergaben im Bus- und Straßenbahnbereich waren also erschwert, weil sie zwei Hürden nehmen mussten. Diesem Verständnis der Verordnung hat der *EuGH* eine klare Absage erteilt: Die Verordnung ist abschließend. Die Inhouse-Kriterien führen nicht dazu, dass zusätzlich noch das Vergaberegime der Verordnung anzuwenden wäre.

3. Folgen für die Praxis

a) *Weiterhin mögliche Direktvergabe*. Das führt zur ersten wichtigen Konsequenz aus der Entscheidung. Der *EuGH* hat die Direktvergabemöglichkeiten im Bereich der Busse und Straßenbahnen nicht beschnitten, sondern erweitert. Den zuständigen Behörden stehen im Bereich der Busse und Straßenbahnen ausdrücklich zwei eigenständige Vergaberegime zur Verfügung, die eine Direktvergabe ermöglichen. Das Ziel der Antragsteller in den Ausgangsverfahren, Direktvergaben einzulegen,¹⁶ ist damit vollständig verfehlt worden. Denn für zuständige Behörden besteht erstens die Möglichkeit, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Bereich der Busse und Straßenbahnen auch weiterhin im Wege der Direktvergabe nach Art. 5 II VO 1370/2007 an einen internen Betreiber zu vergeben. Dieser Weg ist nach der Klarstellung durch den *EuGH* eröffnet, wenn es sich bei dem öffentlichen Auftrag um eine Dienstleistungskonzession handelt („Nettoauftrag“). Das setzt voraus, dass das Betriebsrisiko in ausreichendem Umfang vom internen Betreiber getragen wird (vgl. § 105 II GWB). Neben der Verordnung kann eine Direktvergabe zweitens auch über das Inhouse-Geschäft der Vergaberichtlinien erfolgen (Art. 12 I RL 2014/24/EU, in Deutschland: § 108 GWB). Voraussetzung ist nur, dass die Inhouse-Kriterien vorliegen. Keine Voraussetzung ist, dass zusätzlich die Anforderungen des Art. 5 II VO 1370/2007 eingehalten werden.¹⁷ Der *EuGH* hat die Vorlagefrage zur Anwendbarkeit der Verordnung 1370/2007 also in dem Sinne beantwortet, dass die Chancen zuständiger Behörden auf

eine ausschreibungsfreie Vergabe maximiert werden. Inhaltlich hat sich damit die Sichtweise des *OLG Frankfurt a. M.*¹⁸ durchgesetzt.

b) *Ausnahme nur im Vergaberegime*. Die Möglichkeit der zuständigen Behörden, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Bereich der Busse und Straßenbahnen allein nach dem Inhouse-Vergaberecht der Vergaberichtlinien zu vergeben, führt allerdings nur teilweise aus der Verordnung heraus: beim relevanten Vergaberegime, also bezogen auf Art. 5 II –VI VO 1370/2007.

Außerhalb des Vergaberegimes bleibt die Verordnung 1370/2007 als Sonderrecht (*lex specialis*) auch im Bereich der Busse und Straßenbahnen anwendbar. Das folgt aus Satz 3 des Art. 5 I VO 1370/2007. Danach sind nur die „Absätze 2–6 des vorliegenden Artikels“ nicht anwendbar, wenn Aufträge nach den Vergaberichtlinien vergeben werden. Alle anderen Regelungen der Verordnung, beispielsweise zur Eigenerbringungsquote (Art. 4 VII VO 1370/2007) oder zu den Bekanntmachungspflichten (Art. 7 II VO 1370/2007) bleiben auch anwendbar, wenn ein Auftrag nach den Vergaberichtlinien vergeben wird.¹⁹ Das ist nicht neu, sondern wurde vom *EuGH* schon in zwei früheren Entscheidungen aus den Jahren 2016 und 2018 klargestellt.²⁰

c) *Beihilferechtskonformität des Ausgleichs*. Das führt zur dritten Konsequenz für die Praxis: Die Entscheidung des *EuGH* ändert nichts daran, dass für die Gewährung von Ausgleichsleistungen bei Direktvergaben bei Direktvergaben der Verordnung 1370/2007 anzuwenden ist. Die Ausgleichsgewährung gilt deshalb nach Art. 9 I VO 1370/2007 als mit dem Binnenmarkt vereinbar (beihilferechtskonform). Dasselbe gilt aber auch für Inhouse-Vergaben.

Die Anwendbarkeit des Anhangs der Verordnung auf Inhouse-Vergaben nach allgemeinem Vergaberecht (iSd Art. 5 I 2 VO 1370/2007) folgt aus Art. 6 I 2 VO 1370/2007. Art. 6 VO 1370/2007 gehört nicht zu den Vorschriften, die nach Art. 5 I 3 VO 1370/2007 im Bereich der Busse und Straßenbahnen ausgeschlossen sind.

Nach Art. 6 I 2 VO 1370/2007 unterliegt jede wie auch immer beschaffene Ausgleichsleistung „im Zusammenhang“ mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag, der nicht gem. Art. 5 I, III oder IIIb VO 1370/2007 vergeben wird, den Bestimmungen des Anhangs zur Verordnung 1370/2007. Von der Anwendbarkeit des Anhangs sind nach dem Wortlaut damit auch öffentliche Dienstleistungsaufträge erfasst, die unter das Vergaberegime der Vergaberichtlinien fallen. Eine Differenzierung nach dem Vergaberegime nimmt Art. 6 I 2 VO 1370/2007 nicht vor; erfasst sind vielmehr alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge. Inhouse-Vergaben nach allgemeinem Vergaberecht werden auch nicht durch den Einschub „der nicht gem. Art. 5 I, III oder IIIb vergeben wurde“ in Art. 6 I 2 VO 1370/2007 von der Anwendbarkeit des Anhangs ausgeschlossen. Inhouse-Vergaben nach allgemei-

13 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 77 ff. So schon *Lenz/Jürschik*, Der Nahverkehr 2018, 44.

14 Schon bisher *OLG Frankfurt a. M.*, NZBau 2014, 386 Rn. 41, 42 – Stadtbusverkehr; BeckRS 2016, 4261 = VergabeR 2016, 239, u. *Lenz/Jürschik*, Der Nahverkehr 2018, 44; *Lenz/Jürschik*, NZBau 2017, 205 (207); *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2018, Art. 5 VO 1370/2007 Rn. 7.

15 Krit. dazu *Lenz/Jürschik*, NZBau 2017, 205 (207).

16 Vgl. *Antweiler*, VergabeR 2 a/2018, 211 (212).

17 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:241 = BeckRS 2019, 3876 Rn. 81.

18 Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, NZBau 2014, 386 Rn. 41, 42 – Stadtbusverkehr; BeckRS 2016, 4261 = VergabeR 2016, 239.

19 Vgl. *Linke/Priest* in *Linke*, VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 5 VO 1370/2007 Rn. 29; *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 5 VO 1370/2007 Rn. 5; *Zuck* in *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, Art. 4 VO 1370/2007 Rn. 1.

20 *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:757 = NZBau 2018, 773 Rn. 47; ECLI:EU:C:2016:817 = NZBau 2017, 48 Rn. 48 – Hörmann Reisen, vgl. dazu *Lenz/Jürschik*, NZBau 2017, 205.

nem Vergaberecht sind zwar „Art. 5 I“-Vergaben. Die Aufzählung des Art. 5 I VO 1370/2007 zusammen mit den Absätzen 3 und 3b des Art. 5 verdeutlicht aber, dass nur Wettbewerbsvergaben ausgeschlossen sein sollen, wie sie in Art. 5 III und IIIb VO 1370/2007 geregelt sind.

Die Herausnahme nur von wettbewerblichen Verfahren aus dem Anwendungsbereich des Anhangs zur Verordnung 1370/2007 entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung in Art. 6 I VO 1370/2007. Die Verpflichtung zur Einhaltung des Anhangs hat den Sinn und Zweck, Überkompensationen zu vermeiden, die durch Direktvergaben begünstigt werden.²¹ In Wettbewerbsverfahren braucht es den Anhang zur Vermeidung von Überkompensationen hingegen nicht, weil sich der Preis unter dem Druck des Wettbewerbs marktkonform bildet.

Der Anhang zur Verordnung 1370/2007 ist damit auch auf Inhouse-Vergaben des allgemeinen Vergaberechts anwendbar und sichert so die Beihilferechtskonformität der Ausgleichsgewährung ab.

II. Urteil zu Übergangsverfahren (ital. Verfahren)

1. Ausgangssituation und Entscheidung

Auch in dem italienischen Verfahren beanstandet eine italienische Konsortialgesellschaft aus mehreren Verkehrsunternehmen die Vergabe an ein (mittelbar) staatlich kontrolliertes Unternehmen. Anders als in den deutschen Verfahren wurde aber keine Direktvergabe eingeleitet, sondern ein wettbewerbliches Verfahren zur Vergabe einer Konzession über Nahverkehrsdienste durch die Region Toskana.²² Die Konsortialgesellschaft macht geltend, dass der Zuschlagsempfänger (*Autolinee Toscana*) vom Vergabeverfahren nach Art. 5 II Buchst. b VO 1370/2007 auszuschließen sei, weil er von einem französischen Unternehmen (*RATP*) kontrolliert werde, das seinerseits vom französischen Staat kontrolliert werde und an das Verkehre durch den französischen Staat vor dem Inkrafttreten der Verordnung 1370/2007 direkt vergeben worden sind. Bei dem französischen Mutterunternehmen des Zuschlagsempfängers handele es sich insofern um einen „internen Betreiber“, der nach Art. 5 II Buchst. b VO 1370/2007 weder selbst außerhalb des Zuständigkeitsgebiets „seiner“ Behörde noch durch ein Tochterunternehmen an wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen dürfe.²³ Das nahm der *Consiglio di Stato* (Staatsrat) in zweiter Instanz zum Anlass, dem *EuGH* mehrere Fragen zur Anwendbarkeit des Art. 5 II VO 1370/2007 und zur Übergangsregelung in Art. 8 II VO 1370/2007 zu stellen.²⁴

Der *EuGH* hat diese Fragen zwar nicht direkt, aber die aus seiner Sicht vorgelagerte Frage nach der zeitlichen Anwendbarkeit des Art. 5 VO 1370/2007 beantwortet und geprüft, ob die Übergangsregelung in Art. 8 II UAbs. 1 VO 1370/2007 anwendbar ist.²⁵ Der *EuGH* stellte diesbezüglich fest, dass die Verordnung zwar seit dem 3.12.2009 in Kraft ist, der Übergangszeitraum für die Anwendbarkeit des Art. 5 VO 1370/2007 aber erst am 2.12.2019 endet. Während des Übergangszeitraums könne eine zuständige Behörde damit eine Vergabeentscheidung erlassen, ohne die Vorschriften des Art. 5 VO 1370/2007 einhalten zu müssen.²⁶ Nachdem die zuständigen Behörden im Ausgangsverfahren auch keine Maßnahmen getroffen haben, um Art. 5 VO 1370/2007 schon vor dem Ablauf der Übergangsfrist zur Anwendung zu verhelfen (vgl. Art. 8 II UAbs. 1 S. 2 VO 1370/2007),²⁷ war Art. 5 II Buchst. b VO 1370/2007 auch im Ausgangsverfahren nicht anzuwenden.

2. Bewertung und Praxisfolgen

Der *EuGH* widerspricht auch mit dieser Entscheidung der herrschenden Meinung in Deutschland und insbesondere der Europäischen Kommission. Hierzulande entsprach es einer verbreiteten Meinung, dass Art. 5 II VO 1370/2007 anwendbar sei, wenn keine Maßnahmen zur „schrittweisen Anwendbarkeit“ des Art. 5 VO 1370/2007 getroffen wur-

den (sog. „Außerkräftsetzungsansicht“).²⁸ Diese Meinung, die im Wortlaut des Art. 8 II VO 1370/2007 jedenfalls keine Stütze fand, ist nun durch den *EuGH* korrigiert worden. Dieser stellt klar, dass die Übergangsphase kraft Verordnung nur durch ein nationales Gesetz beseitigt werden kann.²⁹ Er erteilt damit insbesondere auch der Kommission eine Absage, die bisher vertreten hat, dass die Übergangsregelung nur für wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 III VO 1370/2007, nicht aber für die Direktvergabetatbestände des Art. 5 VO 1370/2007 gilt.³⁰ Die Entscheidung des *EuGH* ist stringent und klar am Wortlaut der Verordnung ausgerichtet. Für die Praxis in Deutschland ergeben sich daraus aber nur marginale Weiterungen: Mit der PBefG-Novelle 2013 wurde mit § 62 I PBefG eine Regelung getroffen, die die Anwendbarkeit von Art. 5 II bis IV VO 1370/2007 ab dem 31.12.2013 vorschreibt. Auswirkungen auf die Praxis kann damit allenfalls die Feststellung des *EuGH* haben, dass die Übergangsregelung in Art. 8 II VO 1370/2007 auf Art. 5 VO 1370/2007 beschränkt ist, also die übrigen Regelungen – wie die zur Laufzeit in Art. 4 III VO 1370/2007 – seit Inkrafttreten der Verordnung gelten.³¹

III. Zusammenfassung

Die drei Entscheidungen des *EuGH* führen vor allen Dingen zu mehr Rechtssicherheit und Verbesserungen. Die Entscheidungen in den deutschen Verfahren beenden die Unsicherheiten zur Frage, ob das Vergaberegime der Verordnung 1370/2007 im besonders relevanten Bereich der Busse und Straßenbahnen nicht nur auf Dienstleistungskonzessionen, sondern auch auf Inhouse-Konstellationen anzuwenden ist. Der *EuGH* hat der Ausdehnung auf Inhouse-Konstellationen eine klare Absage erteilt. Die Entscheidung erweitert aber dennoch die Möglichkeiten zuständiger Behörden, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Wege der Direktvergabe zu vergeben. Den zuständigen Behörden steht dazu nicht nur die Verordnung 1370/2007 zur Verfügung, sondern auch das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft als Teil der Vergaberichtlinien. Neu daran ist, dass neben den Inhouse-Voraussetzungen nicht auch die Voraussetzungen des Art. 5 II VO 1370/2007 eingehalten werden müssen (Wegfall der Doppelanforderung). Auch die dritte Entscheidung hat den Blick auf die Dinge geschärft und klargestellt, dass Art. 5 VO 1370/2007 insgesamt erst nach dem Ablauf der Übergangsfrist am 2.12.2019 anzuwenden ist. ■

- 21 Vgl. Erwägungsgrund 27 der VO 1370/2007; Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 6 VO 1370/2007 Rn. 3.
 22 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 14 ff.
 23 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 24.
 24 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 25.
 25 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 36.
 26 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 40, 53.
 27 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 46, 47.
 28 Vgl. *OLG München*, NZBau 2011, 701 Rn. 52 – Stadtbusverkehr Lindau; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2011, 244 Rn. 90 – Münsterlandkreise. AA *VG Halle*, Urt. v. 25.10.2010 – 7 A 1/10, BeckRS 2011, 50693. Offen bei *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 9.10.2012 – 15 Verg 12/11, BeckRS 2013, 893 – Linienbündel Lampertheim; Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehre, Art. 8 VO 1370/2007 Rn. 5. Vgl. zum Meinungsstreit Kaufmann/Linke in Linke, VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 8 VO 1370/2007 Rn. 11 ff.
 29 Vgl. schon bisher *VG Halle*, Urt. v. 25.10.2010 – 7 A 1/10, BeckRS 2011, 50693; Lenz, Der Nahverkehr 2009, 13; Schlussanträge GA Saugmandsgaard v. 25.10.2018 – C-350/17, C-351/17, BeckRS 2018, 26148 Rn. 39.
 30 Nr. 2.6.1 der Mitteilung der Kommission v. 29.3.2014 (2014/ C 92/01), S. 20. Vgl. auch Kaufmann/Linke in Linke, VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 8 VO 1370/2007 Rn. 10 a.
 31 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:237 = NZBau 2019, 322 – Rn. 50, 51.

Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und die Leitsätze stammen von dem jeweiligen Gericht. Die Sachverhalte sind zum Teil von der Redaktion gekürzt und neu formuliert; Kürzungen in den Entscheidungsgründen sind kenntlich gemacht. Die mit einem * versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Privates Baurecht

1 *Kontrollfreiheit vorformulierter Vertragsklauseln zu Baukostenobergrenzen

BGB §§ 305 I 1, 306 II, 307 I 2, III 1, 2, 633 II 1, 650 p I 1, 650 q I; UKlaG §§ 1, 3 I 1 Nr. 2

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (Leistungsbeschreibungen u. Preisvereinbarungen), sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt jedoch nur für Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten, das heißt den Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.

2. Zu den Leistungsbestimmungen, von denen die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Leistungspflichten des Architekten abhängig ist und die damit den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten bilden, gehören sämtliche Vereinbarungen der Vertragsparteien zur Beschaffenheit der von dem Architekten zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele.

3. Zur Frage, ob die in Vertragsmustern des Bundes für Verträge mit Architekten vorgesehenen Regelungen „Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind“ als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind.

BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17 (KG)

Zum Sachverhalt: Der Kl. ist ein im Vereinsregister des AG C eingetragener Verein, dessen Zweck die Bündelung und Verfolgung der wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen freier Architekten ist. Nach seiner Satzung erfüllt der Verein diesen Zweck durch die (nötigenfalls gerichtliche) Durchsetzung rechtmäßiger Vertragskonditionen in Vertragsmustern von Bauherren, insbesondere der öffentlichen Hand. Die Bekl. vergibt in großem Umfang Bau- und Planungsleistungen in Deutschland unter Beachtung der Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes. Dieses Regelwerk umfasst unter anderem die Vertragsmuster „Vertrag Objektplanung – Gebäude und Innenräume“, „Vertrag Fachplanung – Technische Ausrüstung“, „Vertrag – Tragwerksplanung“ und „Vertrag Objektplanung – Freianlagen“. Diese Verträge beschreiben in § 1 den Gegenstand des Vertrags und regeln in §§ 4-6 die Leistungspflichten des Auftragnehmers. Nach § 6.1 bis § 6.5 der Vertragsbedingungen kann der Auftragnehmer für insgesamt fünf Leistungsstufen beauftragt werden, und zwar beginnend mit der Bauplanung, Entwurfsplanung und Genehmigungsplanung (Leistungsstufe 1) bis zur Objektbetreuung (Leistungsstufe 5). Leistungsstufen, die nicht schon mit Vertragsschluss beauftragt werden, können vom Auftraggeber abgerufen werden. Die für die Beauftragung jeder Leistungsstufe geltenden Anforderungen, die der Auftragnehmer zu erfüllen hat,

sind in § 5 der Vertragsmuster beschrieben. Unter § 5.3.1 Abs. 1 enthalten die Vertragsmuster nachfolgend wiedergegebene Regelungen über Baukosten, gegen deren Verwendung sich die Klage richtet.

Vertragsmuster „Objektplanung – Gebäude und Innenräume“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Vertragsmuster „Fachplanung Technische Ausrüstung“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Vertragsmuster „Tragwerksplanung“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Vertragsmuster „Freianlagen“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... Euro brutto/Euro netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Der Kl. ist der Auffassung, diese Vertragsbestimmungen führten zu einer unangemessenen Benachteiligung der Auftragnehmer und seien deshalb nach § 307 I 1 BGB unwirksam. Er beantragt deshalb, der Bekl. unter Androhung gesetzlicher Ordnungsmittel zu untersagen, die Regelungen zu § 5.3.1 Abs. 1 der Vertragsmuster in Verträgen über Planungsleistungen zu verwenden oder verwenden zu lassen. Das LG Berlin, Urt. v. 22.11.2016 – 16 O 379/15, BeckRS 2016, 122054, hat die Klage abgewiesen. Die dagegen vom Kl. eingelegte Berufung hat das BerGer. zurückgewiesen (KG, Urt. v. 7.11.2017 – 7 U 180/16, BeckRS 2017, 134815). Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter.

Die zulässige Revision des Kl. war erfolglos.

Aus den Gründen: [11] I. Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt:

[12] Die vom Kl. zur Überprüfung gestellten vertraglichen Bestimmungen stellten bloße Leistungsbeschreibungen dar und seien deshalb als so genannte „essentialia negotii“ im Grundsatz einer inhaltlichen Rechtmäßigkeitskontrolle anhand des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entzogen. Gemäß § 307 III 1 BGB unterlägen einer umfassenden Inhaltskontrolle nur solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von Rechtsvorschriften abwichen oder diese ergänzten. Dagegen seien Vertragsbestandteile regelmäßig einer Nachprüfung entzogen, die im Rahmen der Vertragsfreiheit den Gegenstand der Hauptleistungen nach Art, Umfang und Güte beschrieben und festlegten. Der mithin zu beachtende Grundsatz, dass Leistungsbeschreibungen und frei vereinbarte inhaltliche Leistungsbestimmungen als unmittelbarer Ausdruck privatautonomer Handelns im Kern einer rechtlichen Bewertung nicht unterworfen sein sollen, gelte im Besonderen auch für Vereinbarungen von Baukostenobergrenzen in Architekten-