

SONDERUPDATE ÖPNV-RECHT

DER GENERALANWALT DES EUGH ZEIGT SICH KOMMUNAL-FREUNDLICH BEI DIREKTVERGABEN NACH ART. 5 ABS. 2 DER VO 1370/2007

Wie in unserem Sonderupdate vom Mai 2017 berichtet, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) in drei Nachprüfungsverfahren gegen Direktvergaben an interne Betreiber dem EuGH verschiedene Rechtsfragen zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 vorgelegt.

Die mündliche Verhandlung in den beim EuGH verbundenen Verfahren (C-266/17 und C-267/17) fand am 30. Mai 2018 statt. Auf dieser Grundlage hat der Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona am 13. September 2018 seine Schlussanträge gestellt, mit denen er dem Gerichtshof seinen Vorschlag zur Beantwortung der Vorlagefragen unterbreitet.

Im Einzelnen führt der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen Folgendes aus:

- > Schlüsselfrage in den Ausgangsverfahren ist die Rechtsfrage, ob die Sondervergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auch auf Aufträge anwendbar sind, bei denen der zu vergebende öffentliche Dienstleistungsauftrag (ÖDA) nicht als Dienstleistungskonzession ausgestaltet ist. Der Generalanwalt stellt fest, dass die Sondervergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 als sog. *lex specialis* vorrangig anwendbar sind für alle ÖPNV-Direktvergaben an interne Betreiber unabhängig von der Gestaltung des ÖDA als Dienstleistungskonzession und unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts (vgl. § 108 GWB). Zu diesem Ergebnis kommt der Generalanwalt aus drei Gründen:
 - Der Vorrang des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 der VO 1370/2007, da danach Art. 5 Abs. 2 nur dann nicht anwendbar ist, wenn Dienstleistungen nach den in der Regelung in Bezug genommenen Vergaberichtlinien vergeben werden; diese Richtlinien sind aber auf Direktvergaben an interne Betreiber nicht anwendbar.
 - Mit der VO 1370/2007 hat der Unionsgesetzgeber eine Regelung für die Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen geschaffen, die in Art. 5 Abs. 2 der VO 1370/2007 als Sonderregelung zu den allgemeinen Anforderungen aus der Inhouse-Rechtsprechung des Gerichtshofes (jetzt kodifiziert in den EU-Vergaberichtlinien bzw. in § 108 GWB) ausgestaltet wurde.

- Das Ziel des Art. 5 Abs. 2 der VO 1370/2007 ist, Direktvergaben an interne Betreiber unter bestimmten Voraussetzungen, die auch die Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen berücksichtigen, zu erlauben. Diese Sonderregelung ist an die Besonderheiten des Personenverkehrs mit Bussen angepasst und kann daher eher dieses Ziel erreichen als die allgemeinen Kriterien der Inhouse-Rechtsprechung, die für die Vergabe aller Dienstleistungen aufgestellt wurden.

Da die Direktvergabeverfahren in den Ausgangsverfahren jeweils vor Umsetzung der novellierten Vergaberichtlinien (Vergaberichtlinien 2014) in Gang gesetzt wurden, legt der Generalanwalt vorliegend für das Verhältnis der Sondervergaberegeln der Verordnung und der allgemeinen Vergaberegeln die bis dahin geltenden Vergaberichtlinien (Vergaberichtlinien 2004) zugrunde. Wir verstehen die Ausführungen des Generalanwalts indes dahingehend, dass das von ihm herausgearbeitete Ergebnis – die vorrangige Anwendbarkeit der Sondervergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 – auch für Direktvergaben gilt, die unter Anwendung der nunmehr geltenden Vergaberichtlinien 2014 vorgenommen werden.

Die weiteren Vorlagefragen, die der Generalanwalt behandelt, stehen unter dem Vorbehalt, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auf die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen anwendbar ist, auch wenn – wie in den Ausgangsverfahren – der zu vergebende ÖDA nicht als Dienstleistungskonzession ausgestaltet ist.

- > Eine weitere Vorlagefrage von grundsätzlicher Bedeutung betrifft den Zeitpunkt, zu dem die Direktvergabevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 vorliegen müssen. Hierzu bezieht der Generalanwalt eine klare Position: Nach seiner Auffassung müssen die Direktvergabevoraussetzungen erst zum Zeitpunkt der eigentlichen Vergabe und nicht bereits mit Veröffentlichung der Vorabbekanntmachung erfüllt sein.
- > Drei Vorlagefragen betreffen die Möglichkeit von Direktvergaben im Fall der Zusammenarbeit mehrerer zuständiger Behörde. Diese Rechtsfragen hat der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zusammengefasst und wie folgt beantwortet:
 - Die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden im Verkehrsverbund (Zweckverband) zur Umsetzung von Gemeinschaftstarifen und die damit verbundene Übertragung der tarifbezogenen Zuständigkeiten hindert nicht die Zuständigkeit der Einzelbehörde zur Direktvergabe des ÖDA. Auch ist nicht ersichtlich, dass hierdurch per se die Kontrolle der jeweiligen Behörde über ihren internen Betreiber geschmälert oder gar verhindert wird. Inwieweit die entsprechende Zuständigkeit und Kontrolle noch bei der Einzelbehörde liegt, ist jedoch anhand der konkreten Umstände jeweils im Einzelfall von den nationalen Gerichten zu prüfen.
 - Ein weiterer Aspekt der Zusammenarbeit zuständiger Behörden betrifft den Einsatz eines gemeinsamen internen Betreibers, dessen Anteile von diesen zuständigen Behörden gehalten werden. Satzungsrechtliche Gestaltungen beim internen Betreiber können in diesem Fall dazu beitragen, die Kontrolle der Einzelbehörden über den gemeinsamen internen Betreiber zu verstärken.
- > Ausgehend von der Prämisse, dass somit zuständige und einer Gruppe angehörige Behörden Direktvergaben – gemeinsam oder einzeln – auch gegenüber einem gemeinsamen internen Betreiber vornehmen können, darf ein solcher interner Betreiber nach Überzeugung des Generalanwalts auch auf den Gebieten sämtlicher dieser an ihm beteiligten Behörden öffentliche Personenverkehrsdienste durchführen. Das in Art.

5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) VO 1370/2007 angesprochene Zuständigkeitsgebiet umfasst in diesem Fall das (zusammengesetzte) Gebiet dieser Einzelbehörden.

- > Das Tätigkeitskriterium des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b) VO 1370/2007 ist zudem auch dann gewahrt, wenn der interne Betreiber öffentliche Personenverkehrsdienste auf Gebieten anderer als der an ihm beteiligten Behörden ausführen, die nicht der Gruppe angehören, wenn diese Verkehrsdienste auf Grundlage von sog. „Altverträgen“ nach der Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007 vorgenommen werden.
- > In einem der Ausgangsverfahren geht es schließlich um die Frage, ob der interne Betreiber das sog. Eigenerbringungsgebot des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. e) VO 1370/2007 erfüllt, wenn er für die Erbringung der mit dem ÖDA übertragenen öffentlichen Personenverkehrsdienste eine 100%ige Tochtergesellschaft einsetzt. Die Regelung enthält eine Beschränkung von Unterauftragsvergaben des internen Betreibers an Dritte. Der Generalwalt führt hierzu aus, dass, wenn die Tochtergesellschaft funktional als wirtschaftliche und operative Einheit des internen Betreibers anzusehen ist und somit die zuständige Behörde über die Tochtergesellschaft eine Kontrolle (zweiten Grades) ausübt, die Tochtergesellschaft nicht als außenstehender Dritter und damit die Aufgabenübertragung nicht als Unterauftragsvergabe anzusehen sei. In einem weiteren Vorlageverfahren beim EuGH (C-253/18) wird die Klärung der Frage erwartet, ob diese Argumentation verallgemeinerbar ist insbesondere auch für Konstellationen, in denen der interne Betreiber nicht sämtliche Anteile der Tochtergesellschaft hält.

03

Bedeutung für die Praxis

Das in den Schlussanträgen des Generalanwalts enthaltenen Votum an den Gerichtshof zur Beantwortung der Rechtsfragen des OLG Düsseldorf sind durchweg kommunalfreundlich und insgesamt begrüßenswert.

Die Schlussanträge enthalten jedoch nur Vorschläge des Generalanwalts zur Beantwortung der vorgelegten Rechtsfragen; diese binden den Gerichtshof nicht. Es ist insofern nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof sich den Vorschlägen des Generalanwalts nicht anschließt, sondern – insgesamt oder in Bezug auf einzelne Aspekte – zu anderen Ergebnissen kommt. Im Zusammenhang mit der Schlüsselfrage zum Verhältnis der Sondervergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 zu den allgemeinen Vergaberegeln weist der Generalanwalt zudem darauf hin, dass die Lösung dieser Rechtsfrage „nicht auf der Hand liegt“, und misst auch den Gegenargumenten ein gewisses Gewicht zu.

Rechtliche Gewissheit über die Auslegung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 besteht somit erst, wenn der Gerichtshof selbst über die Vorlagefragen entschieden hat. Eine gerichtliche Klärung durch den Gerichtshof ist nicht vor Ende des Jahres 2018, wahrscheinlich aber erst im ersten Quartal 2019 zu erwarten.

Sollten bei einer geplanten Direktvergabe in diesem Zeitraum Nachprüfungsanträge gestellt werden, deren Verfahren bis zur Klärung durch den EuGH ausgesetzt werden, können die Personenverkehrsdienste ggf. über sog. Notmaßnahmen nach Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007 sichergestellt werden. Die Anforderungen an solche Notmaßnahmen müssen sorgfältig im Einzelfall geprüft werden.