

SONDER-UPDATE ÖPNV-RECHT

DIREKTVERGABE IN FORM EINER GESELLSCHAFTERWEISUNG UNTERFÄLLT DEN VORSCHRIFTEN DER IN-HOUSE-VERGABE

BGH, Beschluss vom 12.11.2019 – XIII ZB 120/19

Mit Beschluss vom 03.07.2019 hatte das OLG Düsseldorf dem BGH die Frage zur Klärung vorgelegt, welche vergaberechtlichen Regelungen bei der direkten Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (ÖDA) im Busverkehr in der Form einer Gesellschafterweisung anwendbar sind (vgl. [Update ÖPNV-Recht 3/2019](#)). Der BGH hat mit seinem Beschluss vom 12.11.2019 nunmehr geklärt, dass der vom EuGH festgestellte Anwendungsvorrang des allgemeinen Vergaberechts nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. [Sonderupdate ÖPNV-Recht März 2019](#)) für die direkte Vergabe von allen ÖDA im Busverkehr gilt, die durch einen Vertrag oder einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgt. Hierunter fällt auch die gesellschaftsrechtliche Weisung.

Die vom Kreis an das kreiseigene Verkehrsunternehmen beabsichtigte direkte Vergabe war damit an den Inhouse-Voraussetzungen des § 108 GWB zu messen. Diese sah der BGH vorliegend als erfüllt an (vgl. zum bisherigen Verfahrensgang VK Rheinland, Beschluss v. 11.11.2016 – [Update ÖPNV-Recht 4/2016](#) sowie Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf v. 03.05.2017 – [Sonderupdate ÖPNV-Recht Mai 2017](#)). Der BGH stellt in seinem Beschluss zudem klar, dass die Eigenschaft des Kreises als zuständige Behörde nicht durch die Zusammenarbeit im Verkehrsverbund verloren geht. Auch die formal falsche Bezeichnung als „Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007“ in der Vorabkennzeichnung steht einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB nicht entgegen.

Bedeutung für die Praxis

Nach dem Beschluss des BGH sind die Inhouse-Voraussetzungen des § 108 GWB auch bei der direkten Vergabe von ÖDA im Busverkehr zu beachten, die als Gesellschafterweisung vorgenommen werden, soweit diese nicht die Form einer Dienstleistungskonzession (Nettovertrag) annehmen. Die Rechtsform der Gesellschafterweisung dient der steuerlichen Optimierung insbesondere bei der sog. Querverbandsfinanzierung. Angesichts der hohen Drittumsätze aus der gewinnbringenden (Energie-)Sparte, ist eine Umsetzung der Inhouse-Voraussetzungen in diesen Fällen vielfach nicht möglich. Im Bedarfsfall müssen somit alternative Gestaltungsmöglichkeiten geprüft werden.

Der BGH scheint den Anwendungsvorrang des allgemeinen Vergaberechts zudem umfassend zu verstehen. Unklar ist, ob auch ÖDA in Form von Verwaltungsakten hiervon umfasst sind. Dies hatte das OLG Düsseldorf in zwei kürzlich ergangenen Beschlüssen verneint (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 und v. 28.10.2019 – [Update ÖPNV-Recht Dezember 2019](#)). Auch insoweit bedarf es einer Prüfung im Einzelfall.