

## SONDERUPDATE ÖPNV-RECHT

### **DIREKTVERGABE (BUS UND STRAßENBAHN) ZULÄSSIG, WENN ENTWEDER DIENSTLEISTUNGSKONZESSION ODER INHOUSE-GESCHÄFT VORLIEGT**

**EuGH, Ur. v. 21.03.2019 – Rs. C-266/17 und C-267/17 – Rhein-Sieg-Kreis und Kreis Heinsberg**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) hatte in drei Nachprüfungsverfahren gegen Direktvergaben an interne Betreiber dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) verschiedene Rechtsfragen zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 vorgelegt. Die Schlüsselfrage des OLG war, ob die Vergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 überhaupt auf Aufträge zur Erbringung von Busverkehren anwendbar sind, die nicht als Dienstleistungskonzession (DLK) ausgestaltet sind (dazu Sonderupdate Mai 2017).

Wie in unserem Sonderupdate vom September 2018 berichtet, hatte der Generalanwalt dem EuGH als Antwort vorgeschlagen, dass die Vergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 auf alle ÖPNV-Direktvergaben an interne Betreiber anwendbar sind unabhängig von der Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrages als DLK und unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen eines sog. Inhouse-Geschäfts (vgl. § 108 GWB).

Diesem Ansatz ist der EuGH nicht gefolgt. Vielmehr sieht er zwei verschiedene vergaberechtliche Wege für Bus – und Straßenbahnverkehre vor. Unter Bezugnahme auf die Struktur der Unionsvorschriften und deren Entstehungsgeschichte hat der EuGH entschieden, dass die Vergaberegeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nur anwendbar sind auf die Vergabe von Aufträgen für die Erbringung von Personenverkehrsdiensten, die in Form einer DLK (Nettoprinzip) ausgestaltet sind, sowie auf die Vergabe von Aufträgen (in jeglicher Form) für die Erbringung von Eisenbahn- und U-Bahnverkehren.

Im Übrigen unterliegt die Vergabe von Aufträgen über die Erbringung von Bus- und Straßenbahnverkehren, die nicht als DLK ausgestaltet sind (Bruttoprinzip), der Anwendung der allgemeinen Vergaberegeln, einschließlich der vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Inhouse-Vergabe. Danach kann eine Behörde ohne Ausschreibung Aufträge an ein Unternehmen vergeben, wenn die Behörde über dieses Unternehmen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und wenn dieses Unternehmen zugleich seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Behörde verrichtet, die ihre Anteile innehat. Zudem darf keine direkte private Beteiligung an dem beauftragten Unternehmen vorliegen. Da diese Rechtsprechung jetzt in den Vergaberichtlinien 2014/24 und 2014/25 kodifiziert ist (umgesetzt in §108 GWB), be-

deutet dies laut EuGH, dass eine Behörde Aufträge zur Erbringung von Bus- und Straßenbahnverkehren ohne Ausschreibung an ein Unternehmen vergeben kann, wenn die genannten Inhouse-Voraussetzungen der Kontrolle und wesentlichen Tätigkeit erfüllt sind.

### **Bedeutung für die Praxis**

Das Urteil ist aus Sicht der Kommunen und ihrer Unternehmen zu begrüßen. Der EuGH klärt damit die lange umstrittene Frage, welches Rechtsregime für die Direktvergaben im kommunalen ÖPNV anwendbar ist. Durch die vom EuGH getroffene Weichenstellung wird der Handlungsspielraum für Kommunen erheblich erweitert. Diese haben nunmehr bei Vergaben von Bus- und Straßenbahnverkehren eine Wahlmöglichkeit, ob sie den öffentlichen Dienstleistungsauftrag als DLK (Nettovertrag) gestalten und sich damit dem Vergaberechtsregime der VO 1370/2007 unterwerfen wollen. Andernfalls (bei Gestaltung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Bruttovertrag) gelten die Vorgaben des allgemeinen Vergaberechts einschließlich der darin geregelten Inhouse-Möglichkeiten.

In der Praxis kann der Unterschied zwischen den beiden Rechtsregimen eine große Rolle spielen. Bei der Inhouse-Vergabe darf das kommunale Unternehmen nur weniger als 20% seiner Tätigkeiten für andere als die beauftragende Behörde erbringen (Fremdumsätze), ist jedoch räumlich nicht auf das Gebiet der Behörde beschränkt. Außerdem gilt bei Inhouse-Vergaben nicht das Gebot, dass das kommunale Unternehmen den „überwiegenden Teil“ der Verkehrsdienste selber erbringen muss. Allerdings ist eine private Beteiligung an dem kommunalen Unternehmen bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 eher möglich und hohe Fremdumsätze z. B. eines kombinierten Versorgungs- und Verkehrsunternehmens sind bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession unschädlich. Vor diesem Hintergrund ist jeweils im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, welches Vergaberechtsregime anwendbar bzw. vorteilhaft ist.

Für U-Bahnen und Eisenbahnen gilt das Wahlrecht der Kommune hingegen nicht. Öffentliche Dienstleistungsaufträge über Verkehrsleistungen mit U-Bahnen und Eisenbahnen unterfallen stets dem Vergaberegime der VO 1370/2007.

Abgesehen von den Regelungen zur Direktvergabe gelten die Regelungen der VO 1370/2007 uneingeschränkt für die Gestaltung öffentlicher Dienstleistungsaufträge und der Finanzierung der ihr zugrunde liegenden Verkehrsleistungen. Auch die in der Verordnung geregelten Transparenzfordernisse wie insbesondere die Pflicht zur Veröffentlichung einer Vorabbekanntmachung sind unabhängig von der jeweils maßgeblichen bzw. gewählten Art des Vergabeverfahrens zu beachten.