

UPDATE ÖPNV-RECHT

OLG DÜSSELDORF LEGT FRAGE ZUM ANWENDBAREN RECHT BEI DIREKTVERGABE IN FORM EINER GESELLSCHAFTERWEISUNG DEM BGH VOR

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.07.2019 – VII-Verg 51/16

Gegenstand der sofortigen Beschwerde ist die Absicht eines Kreises (K), seinem kreiseigenen Verkehrsunternehmen (V) einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (ÖDA) für ÖPNV-Leistungen im Kreisgebiet direkt zu vergeben (vgl. zum bisherigen Verfahrensgang VK Rheinland, Beschl. v. 11.11.2016 – [Update ÖPNV-Recht 4/2016](#) sowie Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf v. 03.05.2017 – [Sonderupdate ÖPNV-Recht Mai 2017](#)). Das OLG Düsseldorf geht davon aus, dass die beabsichtigte ÖDA-Vergabe nach den Inhouse-Kriterien (§ 108 GWB) zu beurteilen sei. Denn auch ein ÖDA, der – wie hier von K vorgesehen – in der Rechtsform der Gesellschafterweisung ergeht, falle in den Anwendungsbereich des allgemeinen Vergaberechts und seiner Inhouse-Ausnahmen. Dies hatte das OLG Jena kürzlich anders gesehen und bei ÖDA in der Rechtsform einer Gesellschafterweisung die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 angenommen (vgl. Beschl. v. 12.06.2019 – [Update ÖPNV-Recht Juni 2019](#)). Aufgrund dieser abweichenden Bewertung hat das OLG Düsseldorf die Frage zur Klärung dem BGH vorgelegt (sog. Divergenzvorlage).

Mit einem weiteren Beschluss hat das OLG Düsseldorf die ursprünglich angeordnete Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde aufgehoben und damit K die Vergabe des ÖDA ermöglicht. Begründet hat das OLG dies mit einer Neubewertung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde sowie der langen Verfahrensdauer, die im Widerspruch zum vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz stehe.

Bedeutung für die Praxis

Die Rechtsform der Gesellschafterweisung dient i.d.R. der steuerlichen Optimierung insbesondere im Falle der sog. Querverbundsfinanzierung. In derartigen Konstellationen ist bis zur Klärung durch den BGH unklar, welches Rechtsregime für die Vergabe von ÖDA in der Rechtsform der Gesellschafterweisung anwendbar ist – Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 oder § 108 GWB. In der Übergangszeit sollten daher möglichst die Voraussetzungen beider Rechtsregime parallel erfüllt werden.

Interessant ist, dass das OLG trotz der Divergenzvorlage die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde aufgehoben hat. Einen gegen die Aufhebung gerichteten Antrag hat der BGH (Beschl. v. 22.07.2019 – X ZB 8/19) als unzulässig zurückgewiesen.