

Sonderausgabe

Direktvergaben: OLG Düsseldorf legt EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor

Welche Voraussetzungen bei Direktvergaben an interne Betreiber gem. Art. 5 Abs. 2 (EG) VO 1370/2007 (VO) im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist schon seit längerem umstritten. Auch die Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte (OLG) führte bisher zu keinem einheitlichen Bild. Jetzt hat das OLG Düsseldorf mit Beschlüssen vom 03.05.2017 mehrere Fragen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen sind nach Auffassung des OLG in den folgenden bei ihm anhängigen Beschwerdeverfahren entscheidungserheblich:

- Verkehrsbetriebe Hüttebräucker GmbH/BVR Busverkehr Rheinland GmbH gegen Rhein-Sieg-Kreis (Az. VII Verg 17/16 und VII Verg 18/16); Verfahren wurden zusammengelegt
- Rhenus Veniro GmbH & Co. KG gegen Kreis Heinsberg (Az. VII Verg 51/16)

Die Fragen des OLG Düsseldorf in den beiden Vorlagebeschlüssen sind teilweise identisch:

- 1) Das Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VO ist bereits zwischen drei deutschen OLG hochumstritten. Das OLG Düsseldorf hatte hier bisher vertreten, dass ein Zugang zur Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO sowohl über eine Erfüllung der Inhouse-Voraussetzungen als auch über den Weg einer Dienstleistungskonzession möglich ist. In den Inhouse-Fällen führte das praktisch zu einer Doppelprüfung der Inhouse-Voraussetzungen einerseits und der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO andererseits.

Die Angriffe auf die Direktvergaben wurden u.a. damit begründet, dass die Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (öDA) nur über den Weg der Dienstleistungskonzession möglich sei. Auch zur Vereinheitlichung der deutschen Rechtsprechung fragt das Gericht deshalb den EuGH, ob Art. 5 Abs. 2 VO auch auf öDA Anwendung findet, die nicht in Gestalt einer Dienstleistungskonzession vergeben werden. Das OLG selbst teilt unsere Meinung und bejaht dies, und scheint sogar von seiner bisherigen Meinung der Notwendigkeit einer Doppelprüfung abzurücken.
- 2) Neben dieser Frage ist für das OLG in beiden Beschwerdeverfahren auch entscheidungserheblich, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO vorliegen müssen. Hierzu war in den Verfahren vorgetragen worden, dies müsse bereits zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorabinformation der Fall sein. Der Vergabesenat schlägt dagegen - u.E. richtigerweise - dem EuGH vor, hier auf den Zeitpunkt der Direktvergabe abzustellen. Nicht ganz klar wird allerdings, ob das OLG damit den Zeitpunkt der Umsetzung des Direktvergabebeschlusses oder erst die Betriebsaufnahme aufgrund der Direktvergabe meint.

- 3) Im Rahmen des Verfahrens Rhenus Veniro gegen Kreis Heinsberg legt das OLG dem EuGH des Weiteren die Frage vor, ob der interne Betreiber das Selbsterbringungserfordernis gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. e) VO auch über eine 100-%ige Tochtergesellschaft erfüllen kann. Im Gegensatz zur Auffassung in der erstinstanzlichen Entscheidung der Vergabekammer Rheinland tendiert der Senat u.E. zu Recht zu einer eindeutigen Bejahung dieser Frage.
- 4) In beiden Verfahren spielt für das OLG auch die Frage eine Rolle, ob die Zuständigkeit der eine Direktvergabe beabsichtigenden Kommune dadurch entfalle, dass zwischen ihr und einem Zweckverband Zuständigkeiten (z.B. bzgl. der Tarifbildung) aufgeteilt wurden. Das OLG verneint dies richtigerweise und stellt dem EuGH eine entsprechende Frage.
- 5) Zu dem zusammengelegten Verfahren Hüttebräucker/BVR gegen Rhein-Sieg-Kreis stellt das OLG schließlich noch die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich Aufgabenträger, die sich als Gesellschafter eines Verkehrsunternehmens zu einer Gruppe von Behörden zusammengeschlossen haben, auf das Zuständigkeitsgebiet der Gruppe beziehen dürfen. Die Vergabekammer hatte gegen den Rhein-Sieg-Kreis die Auffassung vertreten, dass dies nur dann der Fall wäre, wenn alle Gruppenmitglieder bei der Vorabinformation oder später bei der Direktvergabe gemeinsam handeln. Das OLG ist nun der Auffassung, dass jeder Gesellschafter dem Verkehrsunternehmen eine Direktvergabe erteilen könne und für die Frage der räumlichen Reziprozität dennoch das Gruppengebiet entscheidend, mithin das Fahren des Verkehrsunternehmens im Gebiet des jeweils anderen Gesellschafters nicht schädlich sei.

Möglicherweise wird den beiden vorgenannten Vorlagebeschlüssen des OLG in Kürze ein weiterer folgen. Aktuell ist nämlich der Beschluss der Vergabekammer Rheinland in dem Nachprüfungsverfahren

- Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 16.05.2017 (Az. VK VOL 58/16) BVR/Rhenus Veniro gegen Stadt Euskirchen

ergangen. Das sich hieran in Kürze anschließende Beschwerdeverfahren findet ebenfalls vor dem OLG Düsseldorf statt. Die Inhalte des Beschlusses sollen hier kurz vorgestellt werden, weil sie in der direkten Auseinandersetzung mit den OLG-Beschlüssen stehen:

Die Vergabekammer moniert an der geplanten Direktvergabe zunächst, dass die Selbsterbringung nicht erfüllt sei. Sie teile zwar die Auffassung des OLG in den o.g. Vorlagebeschlüssen, dass sich ein interner Betreiber die operative Verkehrstätigkeit einer 100-%igen Tochtergesellschaft als Selbsterbringung zurechnen lassen könne. Eine Beteiligung des zukünftigen internen Betreibers von lediglich 2,5 % an dem für ihn als Nachunternehmer tätig werdenden Verkehrsunternehmen reiche aber nicht aus.

Ob diese Bewertung richtig ist und/oder ab welcher Beteiligungsquote eine Zurechnung denkbar ist, könnte das OLG nunmehr in Erweiterung seiner im o.g. Vorlagebeschluss gestellten Frage zur Zurechnung der Tätigkeit einer 100-%igen Tochtergesellschaft ebenfalls an den EuGH herantragen.

Des Weiteren blieb die Vergabekammer gegen das OLG bei ihrer aus den anderen Verfahren bekannten Meinung, dass ungeachtet einer bestehenden Gruppe von Behörden im Fall des alleinigen Handelns nur einer Behörde (z.B. Vorabveröffentlichung) das betraute Verkehrsunternehmen und jede seiner Beteiligungsgesellschaften nur im Gebiet der handelnden Behörde Personenverkehrsdienste erbringen dürfe.

Positiv ist zu erwähnen, dass die Kammer mit dem OLG der Meinung ist, dass die Direktvergabevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO erst zum Zeitpunkt der Direktvergabe

erfüllt sein müssen. Die Kammer sieht dabei als Zeitpunkt des Wirksamwerdens den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme an.

Praxishinweis:

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das OLG die Rechtsauffassungen der kommunalen Seite in den genannten Beschwerdeverfahren in allen Punkten geteilt hat. Ob sich der EuGH den aus unserer Sicht richtigen rechtlichen Bewertungen des OLG anschließt, ist naturgemäß offen. Offen ist damit über einen Zeitraum von ca. eineinhalb Jahren letztlich auch die rechtliche Situation in den oben beschriebenen Fragen.

Direktvergaben könnten damit auch mit den obigen Argumentationen angegriffen werden. Ob dies für kommunale Direktvergaben tatsächlich eine neue Risikosituation schafft, bleibt abzuwarten. Angreifer müssten jedenfalls die (beträchtlichen) Kostenrisiken tragen.

Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage könnte eine Vorsichtsposition – etwa durch Gestaltung einer Dienstleistungskonzession bei Ausreichung des öDA - eingenommen werden. Dies kommt insbesondere für Verkehrsunternehmen in Betracht, die nicht konzernangebunden sind. Dienstleistungskonzessionen machen nämlich im kommunalen Bereich im Zusammenhang mit der steuerlichen Querverbundverrechnung über Ergebnisabführungsverträgen Probleme. Die für eine Dienstleistungskonzession erforderliche Übernahme eines gewissen Betriebsrisikos durch den Auftragnehmer ist wegen der vollständigen Verlustabdeckung über den Ergebnisabführungsvertrag schwierig zu argumentieren.

Insgesamt kann u.E. nur begrüßt werden, dass Rechtsklarheit durch den EuGH hergestellt werden wird. Der entstehende Übergangszeitraum von ca. eineinhalb Jahren muss und kann gestaltet werden.

Ihre Ansprechpartner

RA/StB Christiane Kappe

Düsseldorf

Tel.: +49 211 981-2700

christiane.kappe@de.pwc.com

RA/StB Maren Weber

Düsseldorf

Tel.: +49 211 981-4853

maren.weber@de.pwc.com

Die Beiträge sind als Hinweise für unsere Mandanten bestimmt. Für die Lösung einschlägiger Probleme greifen Sie bitte auf die angegebenen Quellen oder die Unterstützung unserer Büros zurück. Teile dieser Veröffentlichung/Information dürfen nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung durch den Herausgeber nachgedruckt und vervielfältigt werden. Meinungsbeiträge geben die Auffassung der einzelnen Autoren wieder.

© Juni 2017 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten. „PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.