

# **Newsletter**

## **Inhalt**

<b>OLG Düsseldorf macht den Weg frei für Direktvergabe im Kreis Heinsberg!</b>	<b>2</b>
<b>VK Nordbayern zur Zulässigkeit von KMU-Direktvergaben .....</b>	<b>4</b>
<b>Verwaltungsgericht Arnberg: Verbindliche Zusicherung im</b>	
<b>Genehmigungsantrag .....</b>	<b>5</b>
<b>VK Nordbayern: Betrieb eines Fahrradverleihsystems ist keine</b>	
<b>Sektorentätigkeit .....</b>	<b>6</b>
<b>OLG Celle zur “Experimentierklausel” - MOIA .....</b>	<b>7</b>
<b>EuGH: Keine Pflicht zur Passkontrolle für Beförderungsunternehmer.....</b>	<b>8</b>
<b>Neues Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) seit dem 01.04.2019 in</b>	
<b>Kraft.....</b>	<b>9</b>
<b>Neue Vergabeverordnung Schleswig-Holstein (SHVgVO) in Kraft getreten .</b>	<b>10</b>
<b>OLG Düsseldorf: Zur Angebotsöffnung durch Rechtsanwälte und zur</b>	
<b>erneuten Prüfung von Ausschlussgründen .....</b>	<b>11</b>
<b>Veranstaltungen.....</b>	<b>12</b>
<b>Ihre Ansprechpartner .....</b>	<b>13</b>
<b>Bestellung und Abbestellung.....</b>	<b>13</b>

---

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

wir freuen uns, Ihnen die neueste Ausgabe unseres Newsletter Public Services Legal News – Verkehr und Infrastruktur übersenden zu können.

Mit unserem Newsletter wollen wir den eiligen Leser auf prägnante und übersichtliche Weise über die aktuellen Themen aus den Bereichen Verkehr und Infrastruktur informieren. Sie profitieren dabei von dem Expertenwissen unseres 13-köpfigen ÖPNV-Teams in den Niederlassungen Düsseldorf, Frankfurt, Hannover, Berlin und Hamburg. Außerdem erhalten Sie Informationen zu unseren regelmäßig stattfindenden Veranstaltungen.

Viel Spaß beim Lesen.

Ihre

**Maren Weber**

---

---

## ***OLG Düsseldorf macht den Weg frei für Direktvergabe im Kreis Heinsberg!***

Das OLG Düsseldorf hat am 03.07.2019 in dem von uns begleiteten Vergabenaachprüfungsverfahren gegen die Direktvergabe des Kreises Heinsberg einen wegweisenden Beschluss im Eilverfahren gefasst, der als Vorentscheidung für dieses Verfahren gelten kann.

Was ist geschehen? Wie im deutschen ÖPNV-Markt bekannt, beabsichtigt der Kreis Heinsberg bereits seit dem Jahr 2016 die Vergabe seines gesamten Busliniennetzes an das kreiseigene Verkehrsunternehmen WestVerkehr GmbH im Wege einer Direktvergabe nach Maßgabe der VO 1370. Gegen diese Direktvergabe wurde zunächst bei der VK Rheinland ein Nachprüfungsverfahren eingereicht, das seinerseits über die Beschwerdeinstanz OLG Düsseldorf im Hinblick auf entscheidungsrelevante Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 dem EuGH vorgelegt wurde. Kernaussage der Antwort des EuGH vom 21.03.2019 war, dass die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 grundsätzlich eine Ausgestaltung als sog. Dienstleistungskonzession inklusive der damit verbundenen Risikoübernahmeverpflichtung erforderlich macht. Gleichzeitig ließ sich der EuGH-Entscheidung aber auch entnehmen, dass ausschreibungsfreie Vergaben an kommunale Verkehrsunternehmen jenseits einer Dienstleistungskonzession weiterhin zulässig bleiben. Nämlich dann, wenn die allgemeinen Inhouse-Vergaberegeln des Richtlinienvergaberichts eingehalten werden. Zu den daraus resultierenden Handlungsoptionen verweisen wir auf unseren NL vom 26.06.19 (Ausgabe 2/ Juni 2019).

Das OLG Düsseldorf war nunmehr im Verfahren Kreis Heinsberg dazu aufgerufen, die Aussagen des EuGH auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden. Zuvor hatte allerdings bereits der Vergabesenat des OLG Jena für einen vergleichbaren Direktvergabesachverhalt wegen der dort gewählten Ausgestaltung des ÖDA als Kreistagsbeschluss mit anschließender gesellschaftsrechtlicher Umsetzung entschieden, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370 trotz fehlender Dienstleistungskonzession weiterhin anwendbar bleibt, da diese Gestaltung kein Vertrag im Sinne des GWB sei. Da das OLG Düsseldorf diese Einschätzung des OLG Jena nicht teilt und hiervon abweichen will, hat es das laufende Nachprüfungsverfahren dem Bundesgerichtshof im Wege einer sog. Divergenzvorlage zur Entscheidung weitergeleitet (vgl. unsere Sonderausgabe August 2019).

Gleichzeitig mit der Divergenzvorlage entschied der Vergabesenat Düsseldorf den Weg für die Umsetzung der Direktvergabe freizumachen, indem er das bis dahin noch bestehende Zuschlagsverbot von Amts wegen aufhob. Bei einer vorläufigen Neubewertung des Nachprüfungsantrags zeichne sich nämlich im Lichte des EuGH-Urteils die Erfolglosigkeit des Klägerbegehrens auf Untersagung der Direktvergabe ab. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das Verfahren mittlerweile drei Jahre andauere und der Senat wegen der Divergenzvorlage an einer kurzfristigen Entscheidung in der Hauptsache gehindert sei.

Unter Zulässigkeitsgesichtspunkten sei der Kreis Heinsberg nicht schon deshalb an der Direktvergabe gehindert, weil er im Rahmen der erforderlichen Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 gemäß der EuGH-Entscheidung keine allgemeine Inhouse-Vergabe, sondern eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370 angekündigt hat. Weder das nationale Recht noch die VO 1370 enthielten Rechtsfolgen für eine fehlerhafte Bekanntmachung. Insbesondere folge hieraus kein Verbot der Direktvergabe, auf das sich die Antragstellerin berufen könne. Zudem sei der Senat aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, die Zulässigkeit einer Direktvergabe auch anhand anderer vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände zu prüfen (hier: Inhouse-Vergabe anstelle von Art. 5 Abs. 2 VO 1370).

Auch der Umstand, dass der Kreis Heinsberg die konkrete Subunternehmerquote nach Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 nicht im Rahmen der Vorabinformation beziffert habe, sei nicht zu beanstanden. Aus beiden Sachverhalten könnten keine relevanten Rechtsverstöße

---

resultieren, da die Antragstellerin bei einer Direktvergabe niemals zu einer Angebotsabgabe berechtigt gewesen wäre.

Im Übrigen stellt der Senat klar, dass er sich trotz der Divergenzvorlage nicht an einer Entscheidung im Eilverfahren gehindert sehe. Im Zuge dessen prüft und bejaht er bei der gebotenen kursorischen Prüfung sowohl die Voraussetzungen der Sondervergaberegelung des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 als auch des allgemeinen Inhouse-Vergaberechts. Dabei stellt der Senat unter Bezugnahme auf Schlussanträge des Generalanwalts sowie einer entsprechenden Stellungnahme der EU-Kommission insbesondere klar:

- Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO 1370 müssen noch nicht im Zeitpunkt der Vorabbekanntmachung, sondern erst zum Zeitpunkt der Direktvergabe vorliegen.
- Die Übertragung der Tarifizzuständigkeit auf einen Verkehrsverbund stellt die Eigenschaft als zuständige Behörde nicht in Frage, wenn die Satzung des Verbunds das Recht zur Direktvergabe ausdrücklich bei seinen Mitgliedern belasse.
- Der Kreis Heinsberg verstößt nicht gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot, da dieses hinter den Sonderregeln der VO 1370 als nachrangig zurücktritt.

Im Anschluss an diese kursorische Prüfung stellt der Senat fest, dass die Voraussetzungen für ein allgemeines Inhouse-Geschäft (Kontrolle, Wesentlichkeit, keine privaten Beteiligungen) ebenfalls eingehalten werden:

- Der Senat bestätigt die Einhaltung des Kontrollkriteriums aufgrund der bestehenden satzungsrechtlichen Vorgaben und der statuarischen Absicherung von Weisungsrechten innerhalb einer komplexen kommunalen Holding-Struktur.
- Auch das Wesentlichkeitskriterium wird bejaht. Hierbei hebt der Senat insbesondere hervor, dass der Einhaltung nicht entgegenstehe, dass die WestVerkehr einen großen Teil ihrer Umsätze von Fahrgästen und damit formal mit Dritten erzielt. Diese Umsätze seien nicht als inhouse-schädliche Drittumsätze zu werten, da sie auf dem Auftrag des Kreises beruhen.

Ferner stellt der Senat klar, dass vermeintliche beihilfenrechtliche Verstöße kein zulässiger Verfahrensgegenstand eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens sind. Dabei lässt der Senat allerdings offen, ob daraus resultierende Unterlassungsansprüche außerhalb des Vergaberechtsweges eingeklagt werden könnten. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang u.a. geltend gemacht, dass bestimmte Zahlungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage gegen Notifizierungspflichten und Durchführungsverbote verstoßen würden.

Praxishinweis:

Hervorzuheben ist zunächst, dass nach der Rechtsprechung des Senats keine Korrektur laufender Vorabbekanntmachungen im Zuge der EuGH-Rechtsprechung notwendig ist. Jedenfalls für die Direktvergaben in NRW gilt, dass sich das OLG Düsseldorf zur Prüfung sämtlicher einschlägiger Rechtsgrundlagen unabhängig vom jeweiligen Bekanntmachungstext verpflichtet sieht, so dass bei einer vermeintlich fehlenden Bekanntmachung kein Handlungsbedarf besteht.

Auch die weiteren Aussagen des OLG Düsseldorf besitzen eine enorme praktische Relevanz für laufende oder kurzfristig anstehende Direktvergabeprozesse. Sie stehen aber gleichwohl unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit, da diese lediglich im Rahmen eines Eilverfahrens ergangen sind. Hinzu kommt, dass die Entscheidungskompetenz wegen der Divergenzvorlage nunmehr auf den Bundesgerichtshof übergegangen ist. Eine abschließende Entscheidung in dieser Sache ist nicht vor Ende dieses Jahres zu erwarten. In laufenden

---

Vergabeverfahren kann es daher zweckmäßig sein, eine Aussetzung des Verfahrens zu beantragen. Dies ist naturgemäß für jeden Einzelfall gesondert abzuwägen.

## ***VK Nordbayern zur Zulässigkeit von KMU-Direktvergaben***

In dem von der VK Nordbayern mit Beschluss vom 04.06.2019 zu entscheidenden Fall, hatte ein Landkreis (LK) mit europaweiter Vorabinformation vom 23.11.2018 die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 auf zwei Busverkehrslinien an die im Verfahren Beigeladene bekannt gegeben. Die Vergabeunterlagen sahen für die Linien Ausgleichsleistungen in Höhe von ca. 20% bzw. 40% der erwarteten Gesamtkosten vor. Die Antragstellerin rügte das Vergabeverfahren und führte zur Begründung aus, dass die Leistungen wettbewerblich auszuschreiben seien, da es sich bei ihnen nicht um Dienstleistungskonzessionen handele. Der Beigeladenen sei das betriebliche Risiko dadurch abgenommen, dass auf den Linien fast ausschließlich Schüler zu befördern sind, für die eine Pflicht zur Übernahme der Kosten besteht. Ferner rügte sie, dass es sich bei den zu vergebenden Linien um ein „faktisches Bündel“ handele und eine Aufspaltung der Leistungen nur der Einhaltung der Schwellenwerte des Art.5 Abs. 4 VO 1370 diene. Sie beantragte daher, dem LK die direkte Erteilung des Auftrags ohne die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu untersagen.

Die VK lehnte den Nachprüfungsantrag ab. Zur Begründung führte sie aus, dass es sich bei den vergebenden Verkehrsleistungen um zulässige Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 handelt.

Die VK ging bei ihrer Entscheidung davon aus, dass es sich um Dienstleistungskonzessionen handelt, die den Zugang zu Direktvergaben nach Art. 5 VO 1370 eröffnen. Eine Dienstleistungskonzession liege dann vor, wenn der Konzessionär das zeitweilige Recht zur Nutzung des ihm übertragenen Rechts erhält und ggfs. die Zuzahlung eines Preises vorgesehen ist. Entscheidend ist hierbei, ob der Auftragnehmer einen wesentlichen Teil des Betriebsrisikos trägt, was nach den Umständen des Einzelfalles zu ermitteln sei. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ging die VK davon aus, dass eine Kostendeckung durch Fahrgeldeinnahmen von mehr als 50% ein gewichtiges Indiz für eine Dienstleistungskonzession sei.

Insgesamt nahm die VK das Vorliegen eines „Nettovertrags“ an, bei dem die Differenz zwischen der Höhe der Fahrgeldeinnahmen und der Kosten nicht pauschal vom Auftraggeber ausgeglichen wird und dementsprechend das Betriebsrisiko vom Auftragnehmer zu tragen ist. Der prognostizierte Anteil an den Gesamtkosten, der durch Fahrgeldeinnahmen gedeckt wird, stelle den maßgeblichen Teil der Vergütung dar, sodass der zugezahlte „Preis“ lediglich einen Zuschusscharakter habe. Dass das betriebliche Risiko ggf. durch außerhalb des Auftrags liegende Umstände – wie hier die gesetzlichen Ausgleichszahlungen für die Schülerbeförderung – verringert ist, müsse bei der vorliegenden Risikobetrachtung unberücksichtigt bleiben. Zur Frage der Einhaltung der Schwellenwerte des Art. 5 Abs. 4 VO 1370 äußerte sich die VK nicht.

Praxishinweis:

Die VK stellt in ihrer Entscheidung im Einklang mit der vorherrschenden Rechtsprechung ferner klar, dass die Möglichkeit der Direktvergaben von Kleinstaufträgen an private Verkehrsunternehmen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 lediglich dann eröffnet ist, wenn sie als Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet werden. Eine Direktvergabe scheidet hingegen aus, sofern der Aufgabenträger einen entgeltlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB abschließen möchte. Aus Sicht der Aufgabenträger bedeutet dies, dass mit der Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ein zumindest erhebliches Betriebsrisiko

---

auf den Betreiber übergehen muss. Die hierfür erforderlichen Nettoverträge sind entsprechend auszugestalten und in den Vergabeakten zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, dass auch die VK Nordbayern zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungskonzession und Dienstleistungsauftrag den prognostizierten Kostendeckungsgrad durch Fahrgeldeinnahmen heranzieht. Dieser Maßstab wurde erstmals in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf etabliert und führt zu praxistauglichen und belastbaren Ergebnissen, da er in der Vergabeakte durch entsprechende Planzahlen nachvollziehbar dokumentiert werden kann.

## **Verwaltungsgericht Arnsberg: Verbindliche Zusicherung im Genehmigungsantrag**

Das VG Arnsberg hatte in seinem Urteil über eine sogenannte Konkurrentenklage zu entscheiden. Hintergrund der Entscheidung waren eigenwirtschaftliche Anträge zweier konkurrierender privater Verkehrsunternehmen auf Erteilung einer Liniengenehmigung. Das im Genehmigungsverfahren unterliegende Verkehrsunternehmen hatte die Erteilung der streitgegenständlichen Liniengenehmigung an ihre Konkurrentin angefochten und die Erteilung der Liniengenehmigung an sich selbst beantragt.

Das VG Arnsberg sah die Klage als teilweise begründet an. Die Klägerin habe zwar keinen Anspruch auf Erteilung der Liniengenehmigung an sich selbst, gleichwohl sei die Auswahlentscheidung der Genehmigungsbehörde zugunsten des konkurrierenden Verkehrsunternehmens rechtswidrig.

Für beide Anträge sei die Genehmigung u.a. nicht nach § 13 Abs. 2a Satz 3 PBefG zu erteilen, da der beantragte und in seinen Teilen verbindlich zugesicherte Verkehr nicht dem bisherigen Verkehrsangebot entspreche und nicht nur unwesentlich von den in der Vorabbekanntmachung beschriebenen weitergehenden Anforderungen abweiche. In beiden Anträgen fehle eine bestimmte Anzahl einzelner Fahrten. Der Vergleich zu den ebenfalls in § 13 Abs. 2a Satz 3 PBefG genannten „unwesentlichen“ Abweichungen im Hinblick auf die Vorabbekanntmachung spreche dafür, dass schon beim Fehlen einzelner Fahrten nicht mehr von der Erfüllung des bisherigen Verkehrsangebots gesprochen werden könne.

Die Anforderungen der Vorabbekanntmachung würden auch nicht aufgrund der Zusicherungen im Sinne des § 12 Abs. 1a PBefG erfüllt. Die Klägerin habe zwar in ihrem Genehmigungsantrag angegeben, dass sie „den Inhalt der Vorabbekanntmachung inklusive der Verweisungen nach § 12 Abs. 1a PBefG“ verbindlich zusichere. Ihre Konkurrentin habe angegeben, dass sie „demgemäß alle in der Vorabbekanntmachung geforderten Anforderungen für eigenwirtschaftlichen Verkehr erfülle“. Eine solche Erklärung habe nicht zur Folge, dass sämtliche Anforderungen, die in einer Vorabbekanntmachung aufgestellt werden, zum Bestandteil des Antrags werden. Schon der Wortlaut des § 12 Abs. 1a PBefG („des beantragten Verkehrs“) belege, dass das, was zugesichert wird, auch im Antrag selbst enthalten sein müsse. Der Wortlaut „bestimmte Standards“ lasse zudem erkennen, dass das, was zugesichert wird, auch hinreichend konkret bezeichnet werden müsse. Die vorliegenden Zusicherungen der beiden Verkehrsunternehmen seien insofern zu pauschal.

### *Praxishinweis:*

Verkehrsunternehmen sollten bei ihren Anträgen darauf achten, dass sie die Mindestanforderungen auch vollständig erfüllen. Anderenfalls kann ihnen die Erteilung der Liniengenehmigung versagt werden. Eine verbindliche Zusicherung, die pauschal auf alle Anforderungen der Vorabbekanntmachung verweist, ist im Übrigen unzureichend. Vielmehr

---

muss sich aus dem Antrag selbst konkret ergeben, welche Anforderungen und inwieweit die Anforderungen tatsächlich erfüllt werden können.

## ***VK Nordbayern: Betrieb eines Fahrradverleihsystems ist keine Sektorentätigkeit***

Die Vergabekammer Nordbayern hat sich mit Beschluss vom 26.07.2018 zu Fragen im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe zum Betrieb eines Fahrradverleihsystems geäußert.

Dem Beschluss lag die ausschreibungsfreie Vergabe (= ohne europaweite Bekanntmachung im EU-Amtsblatt) eines Auftrags über die Fortführung des Betriebs von bestehenden Standorten eines Fahrradverleihsystems durch ein kommunales Verkehrsunternehmen zugrunde. Beauftragt wurde der bisherige Fahrradverleihbetreiber. Die Auftragsvergabe wurde im EU-Amtsblatt bekannt gemacht. Der mehr als 30 Tage nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung eingereichte Nachprüfungsantrag eines anderen Fahrradverleihsystem-Betreibers war zulässig, so dass die VK den Vertragsschluss für unwirksam erklärte.

Da die Vergabe durch ein kommunales Verkehrsunternehmen und damit durch einen Sektorauftraggeber erfolgte, war für die VK bei der Beurteilung des Sachverhalts entscheidend, ob das Fahrradverleihsystem wegen seiner Vernetzungsfunktion mit dem ÖPNV der Sektorentätigkeit des Auftraggebers zuzurechnen ist. Die VK stellte insoweit eingangs klar, dass der Betrieb eines Fahrradverleihsystems keine Sektorentätigkeit darstelle und die privilegierenden Rechtsfolgen der SektVO daher nicht einschlägig seien. Sektorentätigkeiten im Bereich der Verkehrsleistungen hätten stets netzgebundene Verkehrsleistungen (wie z.B. beim ÖPNV) zum Gegenstand. Ein Fahrradverleihsystem sei hiervon jedoch unabhängig und daher dem Individualverkehr zuzuordnen. Es sei auch mit der Gesetzessystematik nicht vereinbar, wenn über das Vehikel der Sektorenhilfstätigkeit Verkehrsleistungen, die nicht von den Definitionsnormen des GWB §§ 102 Abs. 2 und Abs. 4 erfasst seien, der Sektorentätigkeit zugeordnet werden. Solche Sektorenhilfstätigkeiten seien schließlich nur solche Leistungen, die ohne die Sektorentätigkeit nicht erbracht werden könnten (z.B. Catering in Zügen). Das Fahrradverleihsystem sei aber gerade keine solche Hilfstätigkeit, da es unabhängig vom ÖPNV genutzt werden könne.

Im Übrigen war der Nachprüfungsantrag trotz des Ablaufs der 30-Tages-Frist nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung (vgl. § 135 Abs. 2 GWB) zulässig, da dieser an schweren formalen Mängeln litt (z.B. Nennung eines falschen CPV-Codes, Veröffentlichung vor Vertragsschluss). Die VK stellte ferner fest, dass keine Ausnahmetatbestände für den Verzicht auf ein europaweites Vergabeverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung erfüllt waren.

Praxishinweis:

Der mittlerweile rechtskräftige Beschluss enthält praxistaugliche Aussagen im Hinblick auf die Bewertung einer Sektorentätigkeit bei Fahrradverleihsystemen. Bei Vergaben nach der SektVO durch kommunale Verkehrsunternehmen sind diese – zumindest bei nicht unmittelbar ihr Kerngeschäft selbst betreffenden Vergaben - gut beraten, die Entscheidung zur Anwendung der SektVO detailliert zu begründen und darzulegen, warum der vergebene Auftrag tatsächlich im Zusammenhang mit ihrer Sektorentätigkeit steht.

---

## **OLG Celle zur “Experimentierklausel” - MOIA**

Die VK Lüneburg hatte mit Beschluss vom 19.06.2018 den Nachprüfungsantrag gegen die Genehmigung an MOIA für den Betrieb des Elektrosuttle-Services in Hannover als unzulässig und unbegründet zurückgewiesen, da die nach § 2 Abs. 7 PBefG erteilte personenbeförderungsrechtliche Genehmigung für die Erprobung neuer Verkehre (sog. „Experimentierklausel“) - anders als von der Antragstellerin vorgetragen - keine Dienstleistungskonzession i.S.d. GWB-Vergaberechts darstelle (wir haben in unserer Ausgabe 1/ Januar 2019 berichtet).

Gegen den Beschluss der VK Lüneburg war sofortige Beschwerde beim OLG Celle eingelegt worden. Der Vergabesenat beim OLG Celle hat die Auffassung der VK Lüneburg nunmehr mit Beschluss vom 16.10.2018 bestätigt.

Die an MOIA erteilte Genehmigung zur Erprobung neuer Verkehrsarten nach § 7 Abs. 2 PBefG stelle keine Dienstleistungskonzession, sondern eine rein hoheitliche Genehmigung dar. Es fehle für die Annahme einer Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB bereits an einem Vertragsschluss mit dem Ziel eines Beschaffungsvorgangs. Die VK Lüneburg habe zudem zutreffend darauf verwiesen, dass die Antragsgegnerin den neuen Mobilitätsdienst nicht am Markt nachgefragt hat, sondern MOIA aus eigenem Antrieb und wirtschaftlichen Interesse die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung für das neu zu erprobende Mobilitätskonzept beantragt hat. Auch eine Betriebspflicht ergebe sich nicht schon aus § 21 PBefG. Vorliegend sei in der Genehmigung geregelt, dass MOIA den Betrieb jederzeit ganz oder teilweise einstellen kann. Damit entspreche die Genehmigung exakt der Fallkonstellation, für die der Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/23/EU vorgibt, dass sie nicht als Dienstleistungskonzession anzusehen ist, weil der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung der Dienstleistung zurückzuziehen.

Letztlich handele es sich vorliegend auch nicht um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach den Regelungen der VO 1370, da es keine Übereinkunft zwischen den Parteien gibt, mit welcher MOIA mit der Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes betraut wird. Zudem handele es sich bei dem genehmigten Erprobungsverkehr nicht um einen Personenverkehrsdienst, der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ unterliegt.

Die Genehmigung unterliege somit gem. § 155 GWB nicht der Nachprüfung durch die Vergabekammer. Da die Antragstellerin zur Begründung ihres Begehrens auch die rechtlich fehlerfreie Auswahlentscheidung der Genehmigungsbehörde in Zweifel gezogen hat, wurde das Verfahren an das örtlich und sachlich zuständige VG Hannover verwiesen.

Praxishinweis:

Das OLG Celle hat in seinem Beschluss klargestellt, dass für hoheitliche Genehmigungen nach dem PBefG, die keinen Beschaffungscharakter haben, der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist. Potentielle Mitbewerber haben vielmehr den Verwaltungsrechtsweg einzuschlagen, wenn sie gegen die Genehmigung in Form eines Verwaltungsakts geltend machen, dass ein transparentes Auswahlverfahren hätte durchgeführt werden müssen.

---

## ***EuGH: Keine Pflicht zur Passkontrolle für Beförderungsunternehmer***

Mit Urteil vom 13.12.2018 hat der EuGH entschieden, dass Beförderungsunternehmer, die im Schengen-Raum einen grenzüberschreitenden Linienverkehr durchführen, nicht gemäß § 63 AufenthG zur Pass- oder Aufenthaltstitelkontrolle der Fahrgäste verpflichtet werden können. Darauf gestützte zwangsgeldbewehrte Verfügungen seien mit dem EU-Recht nicht vereinbar. Die Regelung des § 63 AufenthG sieht vor, dass jeder Beförderungsunternehmer, der im Schengen-Raum einen grenzüberschreitenden Linienbusverkehr mit Zielort in Deutschland betreibt, vor dem Überschreiten der deutschen Grenze die Pässe und Aufenthaltstitel der Passagiere kontrollieren muss.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Zwei deutsche Busreiseunternehmen, die Linienverkehre nach Deutschland über die deutsch-niederländische und die deutsch-belgische Grenze betreiben, erhielten von der Bundespolizei nach vorheriger Abmahnung zwangsgeldbewehrte Verfügungen mit denen ihnen untersagt wurde, Drittstaatsangehörige ohne Pass oder Aufenthaltstitel nach Deutschland zu befördern. Die Bundespolizei hatte festgestellt, dass die Unternehmen wiederholt Personen ohne die erforderlichen Reisedokumente aus den Niederlanden und Belgien nach Deutschland transportiert hatten. Die beiden Busreiseunternehmen erhoben daraufhin Klage bis zum BVerwG. Das BVerwG legte dem EuGH sodann im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens die Frage vor, ob die Kontrollpflicht des § 63 AufenthG mit der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen im Schengen-Raum vereinbar sei.

Der EuGH entschied, dass der Schengener Grenzkodex, welcher die Abschaffung der Grenzkontrollen an den europäischen Binnengrenzen beinhaltet, Deutschland daran hindere, Beförderungsunternehmen im grenzüberschreitenden Linienbusverkehr derartige Kontrollpflichten wie die des § 63 AufenthG aufzuerlegen. Bei der Kontrollverpflichtung des § 63 AufenthG handle es sich um eine unzulässige Kontrollverpflichtung innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedsstaats, die im Ergebnis die gleiche Wirkung wie die nach dem Schengener Abkommen untersagten Grenzübertrittskontrollen habe. Der EuGH erläuterte, dass die Kontrollen den Zweck hätten sicherzustellen, den Reisenden in dem Bus tatsächlich zu gestatten, in das Hoheitsgebiet Deutschlands einzureisen. Insoweit seien diese – ebenso wie die Kontrollen durch Grenzschutzbehörden – darauf gerichtet, die Passagiere daran zu hindern, in das deutsche Hoheitsgebiet zu gelangen, wenn sie nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen. Es handle sich insbesondere auch nicht um Stichproben, sondern um systematische Kontrollen der Fahrgäste. Zudem greife die Kontrollverpflichtung allgemein und gelte für alle grenzüberschreitenden Buslinien, unabhängig vom Verhalten der betreffenden Personen und von Umständen, aus denen sich die Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung ergebe. Für die innerdeutschen Linienverkehre gelte die Kontrollpflicht des § 63 AufenthG hingegen nicht. Im Ergebnis verstoße die Regelung des § 63 AufenthG damit gegen den Schengener-Grenzkodex.

Praxishinweis:

Für Beförderungsunternehmen, die regelmäßig die Binnengrenzen überschreitenden Linienverkehr anbieten, oder solche, die bisher gezögert haben, weil bei Nichtbeachtung der Vorschriften zur Pass- und Aufenthaltstitelkontrolle hohe Bußgelder drohten, ist die Entscheidung des EuGH begrüßenswert. Dies dürfte die Attraktivität der Bedienung solcher Strecken für Beförderungsunternehmer insgesamt erhöhen.



---

## ***Neues Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) seit dem 01.04.2019 in Kraft***

Das neue Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) ist am 01.04.2019 in Kraft getreten und löst damit das bisherige Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein ab (TTG SH). Ziel der Neufassung des Gesetzes war, Vergabeverfahren insbesondere für den Mittelstand zu vereinfachen und zu entbürokratisieren sowie eine Angleichung an das Landesvergaberecht anderer Bundesländer zu erreichen.

Das VGSH gilt für das Land, die Kreise, die Gemeinden, die Gemeindeverbände und die übrigen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB. Ferner gilt das Gesetz für alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370 sowie für die Vergabe von Beförderungsleistungen im Sinne von § 1 Freistellungs-Verordnung. Im Einzelnen hat das VGSH folgende wesentliche Inhalte:

- Für Aufträge von Sektorenauftraggebern sowie für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen sieht das neue Gesetz erhebliche Erleichterungen vor, da diese in freigestalteten Verfahren gemäß § 3 Abs. 3 VGSH vergeben werden.
- Der vergaberechtliche Mindestlohn (9,99 EUR) und die repräsentativen Tarifverträge im ÖPNV wurden beibehalten. Neu ist allerdings, dass die Verpflichtung zur Zahlung eines vergaberechtlichen Mindestlohns erst ab einem Auftragswert von 20.000 EUR greift.
- Auftraggeber dürfen zum Nachweis der Eignung grundsätzlich nur Eigenerklärungen und Angaben von den Bietern fordern. Nachweise, insbesondere Bescheinigungen Dritter, sollen hingegen erst von demjenigen Bieter angefordert werden, dem der Zuschlag erteilt werden soll.
- Darüber hinaus verzichtet das VGSH auf die zwingende Vorgabe zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien und überlässt die Entscheidung dem Auftraggeber im Einzelfall.
- Das VGSH ist in seinem Anwendungsbereich - mit Ausnahme der Regelungen über Mindestlöhne - auf den Unterschwellenbereich begrenzt.
- Mit dem Inkrafttreten des VGSH wurde zugleich die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Schleswig-Holstein neu eingeführt.

Das VGSH ist für alle Vergabeverfahren, die ab dem 01.04.2019 begonnen werden anwendbar. Für Vergabeverfahren, die vor diesem Zeitpunkt begonnen wurden, ist das TTG SH weiter anzuwenden.

Praxishinweis:

Die Landesregierung hat ihren bereits im Koalitionsvertrag festgelegten Entschluss, ein schlankes und mittelstandfreundliches Landesvergaberecht einzuführen, umgesetzt. Das VGSH beschränkt sich mit seinen sechs Paragraphen – im Vergleich zum TTG (20 Paragraphen) - auf wenige wesentliche Regelungen. Mit dem Vorrang der Eigenerklärungen und dem Verzicht auf vergabefremde Kriterien wurde ein anwenderfreundlicheres Vergabegesetz geschaffen, das Unternehmen und Vergabestellen in gleicher Weise entlastet.

---

## ***Neue Vergabeverordnung Schleswig-Holstein (SHVgVO) in Kraft getreten***

Neben dem Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) trat auch die Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung (SHVgVO) nach Bekanntgabe im Gesetz- und Verordnungsblatt rückwirkend am 01.04.2019 in Kraft. Die SHVgVO regelt die für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Baukonzessionen einzuhaltenden Verfahren und enthält Ausnahmen und Wertgrenzen für die im Unterschwellenbereich anzuwendende Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) und VOB/A (1. Abschnitt).

Die SHVgVO enthält keine Pflicht zur E-Vergabe im Unterschwellenbereich. Die insoweit bestehenden Vorgaben in der UVgO und der VOB/A (1. Abschnitt) gelten bis auf weiteres nicht, da Entwicklungen und Erfahrungen im Oberschwellenbereich abgewartet werden sollen. Vergabestellen sind jedoch nicht gehindert, freiwillig E-Vergaben durchzuführen.

Im Einzelnen sieht die SHVgVO folgende Ausnahmen von der UVgO vor:

- §§ 7 und 38 UVgO (E-Vergabe) sind anzuwenden mit der Maßgabe, dass die Durchführung von elektronischen Vergaben fakultativ ist und andere Verfahrensformen zulässig bleiben;
- § 7 Absatz 3 Satz 2 UVgO (Registrierung für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung) ist nicht anzuwenden;
- § 29 Absatz 1 UVgO (Angabe einer elektronischen Adresse für das Abrufen der Vergabeunterlagen) ist fakultativ anwendbar;
- §§ 39 und 40 UVgO (Aufbewahrung ungeöffneter und Öffnung der Teilnahmeanträge / Angebote) sind bei Verhandlungsvergaben fakultativ anwendbar;
- § 46 Absatz 1 Satz 1 und 2 UVgO (Vorinformation der Bieter) ist für Vergaben bis zu einem Auftragswert von 50.000 EUR fakultativ;
- Vergabe von freiberuflichen Leistungen nach § 50 UVgO, die einem gesetzlichen Preisrecht unterfallen oder deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, können bis zu einem Auftragswert von 25.000 EUR im Wege eines Direktauftrages entsprechend § 14 Satz 1 UVgO vergeben werden; § 14 Satz 2 UVgO ist entsprechend anzuwenden.

Ferner gelten für Verfahren nach der UVgO folgende Wertgrenzen bezogen auf den Gesamtauftragswert:

- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist zulässig bis zu einem Auftragswert von 100.000 EUR;
- Verhandlungsvergabe ist zulässig bis zu einem Auftragswert von 100.000 EUR.

---

## ***OLG Düsseldorf: Zur Angebotsöffnung durch Rechtsanwälte und zur erneuten Prüfung von Ausschlussgründen***

Das OLG Düsseldorf hatte mit Beschluss vom 14.11.2018 – Verg 31/18 über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Der Auftraggeber schrieb Dolmetscherleistungen für ein Jobcenter im offenen Verfahren europaweit aus. Der Auftraggeber beabsichtigte, das Angebot eines Bieters aufgrund nicht fristgerecht nachgereichter Unterlagen von der Wertung auszuschließen. Nach erfolgloser Rüge leitete der betroffene Bieter ein Nachprüfungsverfahren ein.

Das OLG Düsseldorf hielt den Angebotsausschluss für rechtmäßig, da die Eignung des Bieters auch aufgrund der nachgereichten Unterlagen nicht festzustellen war. Auf die Nichteinhaltung der Nachforderungsfrist konnte der Angebotsausschluss nach Auffassung des OLG hingegen nicht gestützt werden, da die Frist mit knapp einem Werktag zu kurz bemessen war.

Auch hatte das OLG keine Bedenken dagegen, dass der Auftraggeber sich bei der Angebotsöffnung durch seine Rechtsanwälte hat vertreten lassen und stellte klar, dass Vertreter des Auftraggebers gemäß § 55 Abs. 2 VgV jede von ihm hierzu ermächtigte Person sein kann, etwa sein Mitarbeiter oder externer Berater und ebenso ein Rechtsanwalt.

Hingegen beanstandete das OLG, dass der Auftraggeber bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter nicht in eine erneute Prüfung der Ausschlussgründe gemäß §§ 123, 124 GWB und einer etwaigen Selbstreinigung gemäß § 125 GWB eingetreten ist, nachdem er erfahren hatte, dass der Vorsitzende des Bieters (ein Verein) in Untersuchungshaft genommen wurde. Da der Ausschluss eines Bieters während des gesamten Vergabeverfahrens möglich ist, sei die Prüfung der Ausschlussgründe nicht nur auf den Zeitpunkt der (erstmaligen) Angebotsprüfung beschränkt, sondern müsse bei neuen Anhaltspunkten – wie einer zwischenzeitlich erfolgten Inhaftierung des Vorsitzenden – erneut vorgenommen werden. Allein der Verweis auf die Unschuldsvermutung zugunsten des Inhaftierten reiche – entgegen der Auffassung des Bestbieters – nicht aus. Vielmehr müsse der Auftraggeber – so das OLG weiter – „in eigener Verantwortung“ prüfen, ob der Bieter weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen kann und dies in einem ergänzenden Vergabevermerk dokumentieren.

Praxishinweis:

Die Entscheidung der Vergabekammer Südbayern vom 02.01.2018 (wir berichteten in unserer 2. Aufgabe / April bis Juli 2018), wonach ausschließlich Mitarbeiter des Auftraggebers die Angebote öffnen durften, sorgte für Verunsicherungen in der Praxis, die das OLG Düsseldorf - zumindest für Auftraggeber außerhalb Bayerns - überzeugend ausgeräumt hat. Des Weiteren verdeutlicht die Entscheidung, dass die Prüfung der Ausschlussgründe kein einmaliger Vorgang ist, sondern vom Auftraggeber zu wiederholen ist, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens Kenntnis vom Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes erhält. Die erneute Prüfung der Ausschlussgründe ist ferner zu dokumentieren und kann insbesondere nicht durch den Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung des Nachprüfungsverfahrens ersetzt werden.

---

## **Veranstaltungen**

### ***PwC Roadshow „ÖPNV 2019“ - Vorankündigung***

Wie bereits seit 2008 wollen wir auch in diesem Jahr den Beteiligten im ÖPNV - insbesondere den Verkehrsunternehmen, Aufgabenträgern und Verbänden sowie den Behörden - ein Forum geben, sich über die neuesten rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen im ÖPNV zu informieren und auszutauschen.

Merken Sie sich bereits jetzt die folgenden Termine und Standorte vor:

***12. November 2019  
Hamburg***

***14. November 2019  
Hannover***

***19. November 2019  
Düsseldorf***

***21. November 2019  
Frankfurt***

***27. November 2019  
Stuttgart***

***03. Dezember 2019  
München***

***04. Dezember 2019  
Leipzig***

**Weitere Informationen erfragen Sie bitte bei**

***Frau RA/StB Maren Weber***

Tel.: +49 211 981 -4853, [maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com)

---

## ***Ihre Ansprechpartner***

RA/StB Maren Weber  
Düsseldorf  
Tel.: +49 211 981-4853  
[maren.weber@de.pwc.com](mailto:maren.weber@de.pwc.com)

## ***Bestellung und Abbestellung***

Wenn Sie den PDF-Newsletter bestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Bestellung" an:

[SUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:SUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@de.pwc.com)

Wenn Sie den PDF-Newsletter abbestellen möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail mit der Betreffzeile "Abbestellung" an:

[UNSUBSCRIBE\\_PS\\_Legal\\_News\\_Verkehr\\_und\\_Infrastruktur@de.pwc.com](mailto:UNSUBSCRIBE_PS_Legal_News_Verkehr_und_Infrastruktur@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.

© September 2019 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.