

# STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail an die

1. **kreisfreien Städte**
2. **hauptamtlich geführten Städte und Gemeinden**
3. **Verbandsgemeinden**

im Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt

Städte- und Gemeindebund  
Sachsen-Anhalt (SGSA)  
- Landesgeschäftsstelle -  
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300  
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: [post@sgsa.info](mailto:post@sgsa.info)  
Internet: [www.kommunales-sachsen-anhalt.de](http://www.kommunales-sachsen-anhalt.de)

Stadtparkasse Magdeburg  
IBAN: DE56 8105 3272 0036 0029 00  
BIC/SWIFT: NOLADE21MDG

Auskunft erteilt: Frau Thurmann  
Durchwahl: 0391 5924-390

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

Datum

60-30-41/Th

17.01.2020

## **Öffentliches Auftragswesen:**

### **Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.11.2019 zur Direktvergabe im ÖPNV**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Europäische Gerichtshof hatte mit Urteil vom 21.03.2019 (Az: C-266/17 und C-267/17) eine Vorlagefrage des Oberlandesgerichts Düsseldorf bezüglich der beabsichtigten Direktvergabe des Rhein-Sieg-Kreises und des Kreises Heinsberg entschieden, dass die speziellen Inhouse-Regeln des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen nicht anwendbar sind, sofern sie nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen.

Demnach gelten für Direktvergaben, die keine Dienstleistungskonzession darstellen, nur die klassischen Inhouse-Vergabe-Regeln nach der Teckal-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 18.11.1999, Az.: C-107/98) bzw. ihrer entsprechenden Kodifizierung in den neuen Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU.

Diese Klarstellung durch den EuGH, die von der bis dato überwiegenden Rechtsprechung der deutschen Obergerichte abwich, ist u. a. deshalb von Bedeutung, weil die Regeln für Direktvergaben an interne Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in Teilen weniger strikt sind als die allgemeinen Inhouse-Regeln (z. B. in Bezug auf die Möglichkeit einer Vergabe an „gemischt-wirtschaftliche“ interne Betreiber). Teilweise stellen sie aber auch strengere Anforderungen (z. B. „überwiegender Teil“ der Eigenerbringung gem. Art. 5 Abs. 2 Buchst. e) bei Direktvergaben nach der VO 1370/2007).

Auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH erachtete das OLG Düsseldorf die Nachprüfungsanträge im zugrundeliegenden vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren für unbegründet, da Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 wegen Vorliegens eines Dienstleistungsauftrags nicht anwendbar seien.

An einer Zurückweisung der sofortigen Beschwerde sah sich das OLG Düsseldorf allerdings durch eine zwischenzeitliche Entscheidung des OLG Jena gehindert. Dieses hatte in einem anderen Verfahren entschieden, dass bei einer in Form eines Gesellschafterbeschlusses erfolgten Direktvergabe von Busleistungen die Vorschriften des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 Anwendung fänden, da es sich bei einem Gesellschafterbeschluss - in Ermangelung eines zweiseitigen Vertragsverhältnisses - nicht um einen Dienstleistungsauftrag im klassischen vergaberechtlichen Sinne handle und der Vorrang des allgemeinen Vergaberechts deshalb nicht greifen könne (vgl. OLG Jena vom 12. Juni 2019, 2 Verg 1/18, S. 15).

Der mit der Divergenzvorlage angerufene Bundesgerichtshof (BGH) hat mit seinem nun veröffentlichten Beschluss vom 12.11.2019, Az.: XIII ZB 120/19, s. [Anlage](#), entschieden, dass der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 angeordnete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts auch Direktvergaben erfasst, die nicht durch den Abschluss eines Vertrags, sondern durch einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgen, wie z.B. durch einen Gesellschafterbeschluss oder eine gesellschaftsrechtliche Weisung.

Der BGH begründet dies zunächst damit, dass der EuGH in der maßgeblichen Entscheidung vom 21.03.2019 den Begriff der „Verträge“ (Verträge, die nicht die Form einer Dienstleistungskonzession annehmen) erkennbar synonym für „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ verwende (s. Anlage, Rn. 29 ff.). Es fehle zwar bei Direktvergaben an einer vertragstypischen Gleichordnung von Auftraggeber und Betrautem, da es sich um eine Form der „Selbstvornahme“ handle (vgl. Rn. 31). Dennoch seien auch Direktvergaben öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 und der dort angeordnete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts gelte.

Art. 2 Buchst. i VO 1370/2007 stelle klar, dass der Begriff des „öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ nicht auf Verträge beschränkt ist, sondern auch einseitige Betrauungsakte umfasst. Dies stehe zudem im Einklang mit dem allgemeinen Vergaberecht, da nach Art. 12 Abs. 1 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EG Inhouse-Vergaben öffentliche Aufträge seien, auf die dann die Vorschriften über das Vergabeverfahren lediglich keine Anwendung finden (vgl. Rn. 32).

Des Weiteren hat der BGH entschieden, dass die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe im Sinne von Art. 2 Buchst. b VO 1370/2007 nicht dadurch verloren geht, dass eine Behörde bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung von Tarifen oder Beförderungsbedingungen durch einen kommunalen Zweckverband erfüllen lässt.

Die weiteren Einzelheiten können dem beigefügten 25-seitigen Beschluss entnommen werden.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrage



Elke Thurmann

**Anlage**