

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2019

S. 129–192

16. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Guido Beermann</i>
Die große TKG-Novelle: ein Rechtsrahmen für leistungsstarken Mobilfunk und Gigabit-Netze | 129 |
| ■ | <i>Christoph Arhold</i>
Beihilfenfreie Fördersysteme bei fehlendem Transfer staatlicher Mittel – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28. März 2019 – Rs. C-405/16 P | 130 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann/Stefan Heilmann</i>
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2018 | 141 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 | 152 |
| ■ | <i>Ludwig Gramlich</i>
Haftung für Verlust von Sendungen bei Postuniversaldienstleistungen im Verlauf des Beförderungsvorgangs (nach Einlieferung und bis Zustellung) – Wechselwirkungen von Fracht- und Regulierungsrecht | 163 |
| ■ | <i>Birgit Ortlieb</i>
Anmerkung zum Beschluss des BGH: Gewinnabführungsverträge in der energierechtlichen Entgeltregulierung | 178 |
| ■ | <i>Norman Fricke</i>
Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a. M.: keine einseitige Änderung von vertraglich vereinbarten Preisänderungsklauseln durch öffentliche Bekanntmachung eines Fernwärmeversorgers | 183 |
| ■ | <i>Patrick Thomas</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: keine Direktvergabe von Aufträgen für Busverkehre nach Art. 5 Abs. 2 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007 | 187 |
| ■ | <i>Sebastian Lißek</i>
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln: Reichweite der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bei eisenbahnrechtlichen Entscheidungen | 191 |

Dr. Norman Fricke

Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 21. März 2019

I. Problem

Fernwärmeversorgungsverträge werden in der Regel für eine lange Zeit geschlossen; für vorformulierte Laufzeitklauseln ist gemäß § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV eine Laufzeit von bis zu zehn Jahren zulässig. Der bei Vertragsbeginn vereinbarte Wärmepreis wird mit Hilfe sog. Preisgleitklauseln an sich verändernde Rahmenbedingungen angepasst. Für vorformulierte Preisgleitklauseln bestimmt eigens § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV, dass sie die jeweilige Kostensituation bei Erzeugung und Bereitstellung der Wärme und die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen zu berücksichtigen haben.

Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass von Zeit zu Zeit die bei Vertragsbeginn vereinbarte Preisgleitklausel ihrerseits während der Vertragslaufzeit an sich ändernde Umstände angepasst werden muss. Das folgt schon daraus, dass das Fernwärmeversorgungsunternehmen keinen Einfluss auf das Schicksal von Preisnotierungen hat, auf welche die Preisgleitklauseln Bezug nehmen. Preisnotierungen, seien es Indizes des Statistischen Bundesamts, Preisnotierungen des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) oder Börsenpreisnotierungen der Leipziger Energiebörse European Energy Exchange (EEX), fallen nicht selten weg, werden durch andere Notierungen ersetzt oder werden inhaltlich verändert. Darüber hinaus ist die Art und Weise, wie das Fernwärmeversorgungsunternehmen die Wärme erzeugt oder beschafft, Änderungen unterworfen. So stellen im Zuge der Energie- und Wärmewende derzeit viele Fernwärmeversorgungsunternehmen ihre Erzeugungsanlagen von kohlebefeuerten Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) auf gasbefeuerte KWK-Anlagen oder auf andere Technologien wie Abwärme und/oder erneuerbare Wärmequellen um.

Da nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV gestaltete Preisgleitklauseln die aktuelle Erzeugungssituation berücksichtigen müssen und ex nunc unwirksam werden, wenn sie an einer inzwischen veralteten Erzeugungssituation festhalten,¹ stellt sich die vertragsrechtliche Frage, ob und wie die Preisgleitklauseln während der Vertragslaufzeit an die neue Situation angepasst werden können. Hierfür kommen zum einen die allgemeinen vertragsrechtlichen Instrumente (Änderungsvertrag und Änderungskündigung) in Betracht, zum anderen die Änderung durch öffentliche Bekanntgabe auf Grundlage des § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV. Letztere Variante ermöglicht eine schnelle und einheitliche Umsetzung der Änderungen für alle Kunden. Dieses Instrument wird daher seit jeher in der Fernwärmebranche praktiziert. Verbraucherschutzverbände haben jedoch in Frage gestellt, ob Fernwärmeversorgungsunternehmen überhaupt ein solches Recht zur Umstellung der Preisgleitklausel haben.²

Bei der Umstellung der Preisgleitklausel ist außerdem zu differenzieren, ob die Klausel lediglich preisneutral angepasst wird oder zugleich mit einer Preisänderung in absoluter Höhe verbunden wird. Bei einer preisneutralen Umstellung ist der auf Grundlage der ursprünglichen Preisgleitklausel zuletzt ermittelte Preis identisch mit dem Startpreis, der sich in Anwendung der aktualisierten Preisgleitklausel errechnet. Es werden folglich lediglich die Parameter der Preisgleitklausel angepasst, aus deren Anwendung sich die zukünftig zu errechnenden Preise ergeben. Der Preis in absoluter Höhe wird hingegen nicht verändert. Erfolgt hingegen zusätzlich eine

Preisänderung, werden zusätzlich die Startpreise angepasst. Letzter Fall lag der vorliegenden Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. zugrunde.

Ob (nur) die preisneutrale Umstellung der Preisgleitklausel oder zusätzlich auch eine Änderung der Preise selbst auf Grundlage des § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV zulässig ist, wurde in der Rechtspraxis bislang unterschiedlich bewertet.

II. Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. hat entschieden, dass eine Änderung in keinem Fall zulässig ist, weil § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV gar kein Recht zur Preisanpassung bzw. zur Änderung der Preisgleitklausel gewähre, sondern lediglich die formelle Umsetzung eines solchen Rechts regle und daher ein materielles Anpassungsrecht voraussetze. Vielmehr müsse das Fernwärmeversorgungsunternehmen auf die allgemeinen Instrumente, insbesondere auf die Änderungskündigung, zurückgreifen. Wolle es notwendige Anpassungen durch Änderungskündigungen umsetzen, müsse es durch die Vereinbarung kurzlaufender Verträge dafür Sorge tragen, dass die Kündigungen zügig möglich sind.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. überzeugt nicht. Zuzustimmen ist dem Gericht lediglich im Ausgangspunkt, dass Änderungen von Verträgen wegen des Prinzips „pacta sunt servanda“ grundsätzlich nur im beiderseitigen Einvernehmen der Vertragspartner zulässig sind. Abweichungen von diesem Grundsatz sind der Ausnahmefall und bedürfen daher der Rechtfertigung. Ob aber § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV eine solche Ausnahme regelt oder nicht, ist der rechtliche Dreh- und Angelpunkt des Falls. Die gebotene vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Problem lässt das Gericht jedoch vermissen. Das äußert sich bereits in dem Umstand, dass das Gericht darauf verzichtet, den bisher entwickelten Meinungsstand eingehend zu würdigen, sondern sich insofern mit einer Bezugnahme auf den Berufungsbegründungsschriftsatz beschränkt.

Doch auch in der Sache überzeugen die vom OLG Frankfurt a. M. vorgebrachten Argumente nicht. Das gilt erstens für den Hinweis, dass aus § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV gar kein materielles Änderungsrecht folge. Zwar regelt § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV in der Tat nur die formelle Umsetzung eines bestehenden Änderungsrechts.³ Sedes materiae dieses Änderungsrechts ist hingegen § 4 Abs. 1 AVBFernwärmeV: Dies ergibt sich aus dem Attribut „jeweilig“, das anzeigt, dass unterschiedliche Versorgungsbedingungen gelten können, nämlich die jeweiligen.⁴ Auf diesen Aspekt ist das Gericht mit keinem Wort eingegangen.

Zweitens macht es sich das OLG Frankfurt a. M. zu einfach, wenn es meint, der Verordnungsbegründung zu § 4 Abs. 1

1 BGH, NJW 2014, 3016, 3019 Rn. 34 ff. (Urt. v. 25.6.2014 – Az. VIII ZR 344/13).

2 Vertiefend Fricke, EnWZ 2016, 498, 499 m. w. N.

3 Fricke, EnWZ 2016, 498, 499; ders., in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Loseblattsammlung, Stand: 116. Ergänzungslieferung (5/2014), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 6.

4 Baur, Vertragliche Anpassungsregelungen, 1983, S. 41; Fricke, EnWZ 2016, 498, 499; ders., in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 6; Witzel, in: Witzel/Topp, AVBFernwärmeV, 2. A., 1997, S. 76.

AVBFernwärmeV könne nicht „eindeutig“ entnommen werden, dass auch die Preisgleitklausel selbst geändert werden könne, weil sich die Begründung dazu nicht eigens geäußert habe. Normtexte sind wie alle anderen Texte wegen der Uneindeutigkeit der menschlichen Sprache mehrdeutig und bedürfen daher der Auslegung (Hermeneutik).⁵ Zur Ermittlung des Sinns einer Gesetzesnorm sind gerade die Gerichte berufen. Deshalb hätte das OLG Frankfurt a.M. ermitteln müssen, ob und welche Versorgungsbedingungen nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV geändert werden dürfen. Dass Versorgungsbedingungen geändert werden können, ergibt sich bereits daraus, dass die Verordnungsbegründung ausdrücklich auf die Änderung von Technischen Anschlussbedingungen hinweist.⁶ Doch damit hat es nicht sein Bewenden, weil die Änderung von Technischen Anschlussbedingungen lediglich beispielhaft genannt wird.⁷ Darüber hinaus steht fest, dass vorformulierte Preisgleitklauseln nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV Allgemeine Versorgungsbedingungen sind.⁸ Schließlich ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV, dass die Preisgleitklausel die jeweilige Erzeugungssituation widerspiegeln soll; ändert sich die Erzeugungssituation, muss folglich auch die Preisgleitklausel aktualisiert werden können.⁹ Vor diesem Hintergrund geht eine in Literatur¹⁰ und Rechtsprechung¹¹ verbreitete Auffassung davon aus, dass Preisänderungsklauseln im Wege des § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV geändert werden können.

Drittens greift die Auseinandersetzung des OLG Frankfurt a.M. mit bereits ergangenen Urteilen des BGH zu kurz. So bezieht sich das Oberlandesgericht maßgeblich auf das Urteil des BGH vom 19. Juli 2017. In dieser Entscheidung ist der BGH in seinen „Segelanweisungen“ gegenüber dem Berufungsgericht auf den Aspekt eingegangen, dass zu prüfen ist, wie Fernwärmepreisgleitklauseln aktualisiert werden. Hierbei hat er darauf hingewiesen, dass dies durch korrespondierende Willenserklärungen der Vertragspartner (Angebot und Annahme) erfolgt.¹² Es ist aber nicht ersichtlich, dass der BGH mit dem knappen Hinweis auf die allgemeinen Instrumente zur Änderung eines Vertrags durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung eine abschließende Entscheidung treffen wollte. Denn neben diesem Instrument sind in Literatur und Rechtsprechung bereits weitere Instrumente diskutiert worden, z.B. das hier in Rede stehende gesetzliche Änderungsrecht, vertraglich vereinbarte Änderungsrechte¹³ und Änderungen nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung¹⁴. Wollte der BGH diese Instrumente allesamt verwerfen, hätte auch dies einer rechtlichen Würdigung bedurft. Darüber hinaus hat der BGH in ständiger Rechtsprechung für die Gasversorgung entschieden, dass die Regelung des § 4 Abs. 1 AVBGasV a.F.¹⁵ bzw. die Nachfolgeregelung § 5 GasGVV¹⁶ ein gesetzliches Anpassungsrecht enthält. Das OLG Frankfurt a.M. meint, der BGH habe angesichts der Entscheidung vom 19. Juli 2017 gerade nicht die „Grundsätze des Gasrechts“ auf Fernwärme übertragen wollen. Auch dies greift zu kurz, weil bei einer unterstellten bewussten Differenzierung zwischen Fernwärme- und Gasrecht zumindest eine Begründung des BGH zu erwarten gewesen wäre, warum für Fernwärme etwas anderes gilt. Es muss daher vielmehr davon ausgegangen werden, dass der BGH in seinen knappen Erwägungen zur Aktualisierung einer Fernwärmepreisgleitklausel im Urteil vom 19. Juli 2017 nur an die allgemeinen Rechtsgrundsätze erinnert hat, ohne aber eine abschließende Entscheidung darüber treffen zu wollen, ob darüber hinaus noch andere Methoden in Betracht kommen bzw. zulässig sind. In diesem Sinne hat auch das Berufungsgericht den BGH verstanden, das inzwischen über den zurückverwiesenen Fall entschieden hat: Es hat festgestellt,

dass die Aktualisierung der Preisgleitklausel im Wege des § 4 AVBFernwärmeV die „(rechts-) technisch einzig praktikable Vorgehensweise“ ist.¹⁷

Darüber hinaus verdeckt die Frage, ob die zu § 5 GasGVV ergangenen Erwägungen auf den strukturell vergleichbaren § 4 AVBFernwärmeV im Guten wie im Schlechten übertragen werden können, das entscheidende Rechtsproblem: Während § 5 GasGVV sowohl Änderungen der Preise als auch Änderungen der ergänzenden Bedingungen erfasst, spricht § 4 AVBFernwärmeV nur von „Allgemeinen Versorgungsbedingungen“, nicht aber von Preisen. Die eigentliche Frage lautet daher: Dürfen auf Grundlage des § 4 AVBFernwärmeV nur die Preisgleitklauseln (preisneutral) aktualisiert werden – sie gehören wie oben angesprochen zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen – oder dürfen unabhängig davon oder zusätzlich auch die Preise angepasst werden? Dieser Punkt wird in der Rechtswissenschaft ganz unterschiedlich diskutiert.¹⁸ Zum einen wird die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe die Möglichkeit zur Änderung der Preise bewusst ausgeschlossen;¹⁹ zum anderen wird vorgebracht, der Gesetzgeber unterlag für § 4 AVBFernwärmeV einem Redaktionsversehen, das durch die spätere ausdrückliche Klarstellung beim vergleichbaren § 4 AVBWasserV behoben wurde.²⁰

III. Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. hat in der Rechtspraxis auf Kunden- wie auf Versorgerseite große Aufmerksamkeit gefunden. Es ist damit zu rechnen, dass in Zukunft vermehrt Rechtsstreite um die formelle Frage geführt werden, ob Preisgleitklauseln jenseits der allgemeinen Instrumente von Änderungsvertrag und Änderungskündigungen angepasst werden dürfen. Sofern davon auch preisneutrale Änderungen von Preisgleitklauseln betroffen sind, stellt sich jedoch die Frage, ob ein solcher Streit überhaupt sinnvoll ist. So steht keineswegs fest, dass der Kunde durch die neue

5 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. A., 2011, Rn. 159.

6 Verordnungsbegründung, BR-Drs. 90/80, 32, 38.

7 Fricke, EnWZ 2016, 498, 500; ders., in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 9.

8 Dibbern/Wollschläger, CuR 2011, 148, 152; Fricke, EnWZ 2016, 498, 500.

9 Fricke, EnWZ 2016, 498, 500.

10 Brändle, VersorgW 2011, 290, 293; Dibbern/Wollschläger, CuR 2011, 148, 150; Dümke, IR 2018, 122, 125; Fricke, EnWZ 2016, 498; ders., in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 10; Hack, Energie-Contracting, 3. A., 2015, Rn. 73; Held, NZM 2004, 169, 172; Thomale, CuR 2012, 4, 7; Witzel (Fn. 4), S. 78; Wollschläger, in: Danner/Theobald, Energierecht, Loseblattsammlung, Stand: 68. Ergänzungslieferung (11/2010), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 6; Wollschläger/Beermann, CuR 2010, 62, 65; Wollschläger/Zorn, ZNER 3011, 491, 494.

11 OLG Düsseldorf, CuR 2018, 108, 111 (Urt. v. 7.2.2018 – Az. I-27 U 2-17); LG Nürnberg-Fürth, CuR 2013, 125, 127 (Urt. v. 22.5.2013 – Az. 3 O 4143/12); jüngst LG Würzburg, Urt. v. 16.1.2019 – Az. 3 S 1994/17, S. 9.

12 BGH, EnWZ 2017, 362, 369 Rn. 57 (Urt. v. 19.7.2017 – Az. VIII ZR 268/15).

13 Fricke, EnWZ 2016, 498, 501; ders., in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 23; Witzel (Fn. 4), S. 23.

14 LG Nürnberg-Fürth, CuR 2013, 125, 127 (Urt. v. 22.5.2013 – Az. 3 O 4143/12); Fricke, in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 24 AVBFernwärmeV Rn. 161; Hack (Fn. 10), Rn. 169; Thomale, CuR 2012, 4, 10; 2014, 87, 88 ff.; RdE 2015, 82, 83.

15 BGHZ 172, 315, 319 f. Rn. 15 (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 164).

16 BGHZ 182, 41, 48 f. Rn. 18 (Urt. v. 15.7.2009 – Az. VIII ZR 56/08).

17 LG Würzburg, Urt. v. 16.1.2019 – Az. 3 S 1994/17, S. 9, im Nachgang zu BGH, EnWZ 2017, 362 (Urt. v. 19.7.2017 – Az. VIII ZR 268/15).

18 Vertiefend zum Meinungsstand Fricke, in: Hempel/Franke (Fn. 3), § 4 AVBFernwärmeV Rn. 12 ff.

19 Baur (Fn. 4), S. 41; Witzel (Fn. 4), S. 79.

20 Dibbern/Wollschläger, CuR 2011, 138, 151.

Preisgleitklausel im Vergleich zur alten wirtschaftlich schlechtergestellt wird. Ganz im Gegenteil kann er sogar begünstigt werden: Wird z.B. die Preisgleitklausel preisneutral im Zuge einer Umrüstung der Wärmeerzeugung von Kohle auf Gas von einer kohlepreisindizierten Formel auf eine gaspreisindizierte Formel umgestellt und sinken die Gaspreise stärker als die Kohlepreise, hat der Kunde folglich auf Grundlage der neuen Preisgleitklausel geringere Wärmepreise zu zahlen als auf Grundlage der alten.

Außerdem ist zu erwarten, dass einige Fernwärmeversorgungsunternehmen dazu übergehen werden, nur noch kurzfristige Verträge zu schließen, um ggf. die vereinbarten Preise und Konditionen im Wege von Änderungskündigungen zügig an geänderte Verhältnisse anpassen zu können. Darauf intendiert offenbar auch das OLG Frankfurt a.M., wenn es das beklagte Fernwärmeversorgungsunternehmen ermahnt, es möge auch die Nachteile einer langen Vertragsbindung in Kauf nehmen, wenn ihm schon die Vorteile einer langfristigen Bindung zugutekommen.

Damit wird freilich die vom Gesetzgeber bereitgestellte Möglichkeit, langfristige Verträge zu schließen, konterkariert. Im Übrigen wird übersehen, dass die langfristige Bindung im wohlverstandenen Interesse beider Vertragspartner ist. So weiß die öffentliche Hand den Vorteil langer Verträge zu schätzen, wenn sie als Nachfrager von Fernwärme bewusst über § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV hinausgehende Verträge ausschreibt, um im Gegenzug günstigere Preise zu erhalten.²¹ Darüber hinaus raten einzelne Verbraucherschutzvereinigungen Fernwärmekunden, möglichst lange Verträge zu schließen.²² So muss der Kunde anders als bei kurzfristigen Verträgen keine Preissprünge fürchten, wenn er einen Folgevertrag schließen will.

Abgesehen davon ist die Fernwärme ein unverzichtbarer Baustein der Wärmewende. Sie ist dafür prädestiniert, weil sie klimaneutrale Energien schnell, günstig und in großem Maßstab in Ballungsgebiete bringen kann, insbesondere durch Umwandlung von erneuerbar erzeugtem Strom in Wärme („Power to Heat“), durch Erschließung von Abwärme-, Geothermie- und Solarthermiequellen und durch Verbrennung von Biomasse und kohlenstoffarmem Erdgas im hocheffizienten KWK-Prozess. Um die klima- und umweltpolitischen Ziele erreichen zu können, gehen Studien davon aus, dass sich der Anteil der Fernwärme am Wärmemarkt auf mehr als 25% erhöhen,²³ mit anderen Worten ihr Marktanteil von derzeit etwa 14% nahezu verdoppeln muss. Daher müssen die Fernwärmeversorgungsunternehmen einmal mehr große Anstrengungen in den Ausbau ihrer Fernwärmesysteme erbringen. Diese immensen Investitionen kann das Fernwärmeversorgungsunternehmen zu auf dem Wärmemarkt wettbewerbsfähigen Preisen nur dann amortisieren, wenn es die Kosten auf Grundlage einer Vertragsbindung über einen möglichst langen Zeitraum verteilen kann.²⁴ Wird vor diesem Hintergrund anerkannt, dass der Abschluss langer Fernwärmeversorgungsverträge sinnvoll ist, folgt daraus auch die Notwendigkeit, den Vertragsinhalt während der Vertragslaufzeit an sich ändernde Umstände zügig anpassen zu können. Dafür ist gerade das Instrument des § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV berufen.

21 Beispielhaft BKartA, Beschl. v. 15.10.2018 – Az. VK 1-89-18, S. 2.

22 Verbraucherzentrale Schleswig-Holstein, Verbraucher im Wärmenetz – aufgefangen oder gefangen?, 2015, S. 3.

23 Gerbert u. a., Klimapfade für Deutschland, 2018, S. 19.

24 Vertiefend Fricke, in: Hempel/Franke (Fn. 3), 138. Ergänzungslieferung (2/2019), § 32 AVBFernwärmeV Rn. 3 m. w. N.

Keine Direktvergabe von Aufträgen für Busverkehre nach Art. 5 Abs. 2 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007

EuGH, Urt. v. 21.3.2019 – verb. Rs. C-266/17 und C-267/17 (ECLI:EU:C:2019:241)

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.5.2017 – Az. VII-Verg 17/16 und VII-Verg 18/16)

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.5.2017 – Az. VII-Verg 51/16)

Art. 5 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007

Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße ist auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge annehmen, nicht anwendbar.

Beiden Rechtssachen liegen gerichtliche Auseinandersetzungen um die geplante Direktvergabe eines Auftrags über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen an einen internen Betreiber zugrunde. Mit Beschlüssen vom 3. Mai 2017 entschied das OLG Düsseldorf, die jeweiligen Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof insbesondere die Frage vorzulegen, ob Art. 5 Abs. 2 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf Aufträge anwendbar ist, bei denen es sich nicht um Aufträge handelt, die i. S. v. Art. 5 Abs. 1 S. 1 dieser Verordnung die Form von Dienstleistungskonzessionen i. S. d. Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG annehmen. Die weiteren Vorlagefragen wurden jeweils nur für den Fall gestellt, dass diese Frage zu bejahen sein sollte.

Aus den Gründen

[...]

Zu den Vorlagefragen

Mit seiner ersten Frage in der Rechtssache C-266/17 und seiner ersten Frage in der Rechtssache C-267/17 möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 annehmen, anwendbar ist. 66

Hierzu ist festzustellen, dass Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 in seinem Satz 1 zwar vorsieht, dass „[ö]ffentliche Dienstleistungsaufträge ... nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben [werden]“. In Satz 2 wird allerdings hinzugefügt, dass „Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien [2004/17] oder [2004/18] für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen ... jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben [werden], sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen“, und in Satz 3 wird klargestellt, dass „[wenn] Aufträge nach den Richtlinien [2004/17] oder [2004/18] vergeben [werden], ... die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar [sind]“. 67