

OLG Düsseldorf (Vergabesenat), Beschluss vom 19.02.2020 – VII-Verg 2/19**Titel:**

Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste

Normenketten:

GWB § 73 Nr. 2, § 99, § 102, § 160, § 175 Abs. 2, § 179 Abs. 2 S. 1, § 182 Abs. 4 S. 4
VO (EG) 1370/2007 Art. 5

AEUV Art. 267

PBefG § 8a Abs. 2 S. 1, Abs. 7 S. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 ist nicht anwendbar auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Direktvergaben für den öffentlichen Busverkehr sind öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 gilt, ungeachtet, ob diese durch den Abschluss eines Vertrages oder durch rechtverbindlichen Akt einer gesellschaftsrechtlichen Weisung erfolgen. (Rn. 33)

2. Eine Dienstleistungskonzession unterscheidet sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich ist, ob der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil trägt. (Rn. 35)

3. Unter dem Betriebsrisiko ist das Risiko zu verstehen, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann. (Rn. 35)

Rechtsgebiete:

Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Direktvergabe, Dienstleistungsauftrag, Vergabekammer, Vorabentscheidung, Gesellschaftsvertrag, Dienstleistungskonzession, Zweckverband, Vergabenachprüfungsverfahren, staatliche Beihilfe

vorgehend:

VK Rheinland, Beschluss vom 04.01.2019 - VK K 39/18-L

ECLI:

ECLI:DE:OLGD:2020:0219.VIIVERG2.19.0A

VII-Verg 2/19

VK K 39/18-L

Verkündet am 19.02.2020

Ma., Justizamtsinspektorin Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

...

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte: ...

gegen

...

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte: ...

außerdem verfahrensbeteiligt:

...

Beigeladene zu 1),

Verfahrensbevollmächtigte: ...

...

Beigeladene zu 2),

Verfahrensbevollmächtigte: ...

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Anger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Scholz beschlossen:

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 4. Januar 2019 (VK K 39/18 L) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 31. August 2018 zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin vom 12. April 2019, den Rechtsstreit gemäß § 17 a Abs. 2 S. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen, wird abgelehnt.
3. Der Antrag der Antragstellerin vom 23. Oktober 2019 auf Aufhebung der Beiladung der Beigeladenen zu 2) wird abgelehnt.
4. Der Antrag der Antragstellerin vom 13. November 2019 auf ergänzende Akteneinsicht wird abgelehnt.
5. Der Antrag der Antragstellerin vom 13. November 2019 auf Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 148 ZPO in Verbindung mit § 73 Nr. 2 GWB und § 175 Abs. 2 GWB wegen Voreiligkeit des beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des Bundesfinanzhofs (Beschluss vom 13. März 2019, 1 BR 18/19) wird abgelehnt.
6. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Beigeladenen tragen ihre Kosten jeweils selbst.
7. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.
8. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf € 206.000,00.

Gründe:

I.

- 1** Mit europaweiter Bekanntmachung vom 26. Juni 2018 (Supplement zum Amtsblatt, Bekanntmachungsnummer 2018/S 120-274771) kündigte die Antragsgegnerin gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die Direktvergabe von Leistungen im öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖPNV) an die Beigeladene zu 1) „gemäß Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007“ mit Wirkung zum 1. November 2019 an.
- 2** Der Auftrag sollte die Erbringung von Beförderungsleistungen auf den Stadtbahnlinien 721, 722 (Taxisbus), 723 und 781 (Anruf-Sammel-Taxi) auf dem Gebiet der Antragsgegnerin umfassen. Die Verkehrsleistungen sollten knapp 300.000 Jahres-Fahrplan-Kilometer (Ziffer II.2 der Bekanntmachung) mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von € 1.030.000,00 betragen, wobei als Laufzeit des gesamten Auftrags zehn Jahre ab Auftragsvergabe vorgesehen waren (Ziffer II.3 der Bekanntmachung). Hinsichtlich der Vergabe von Unteraufträgen hieß es unter Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung:

„Vergabe von Unteraufträgen ist beabsichtigt: ja

Wert oder Anteil des Auftrags, der an Dritte vergeben werden soll:

unbekannt

Kurze Beschreibung des Wertes/Anteils des Auftrags, der an Unterauftragnehmer vergeben werden soll:

Die Vergabe von Unteraufträgen ist zulässig. Die [Beigeladene zu 1] ist im Falle einer oder mehrerer Unterauftragsvergaben gem. Art. 4 Abs. 7 Satz 2 VO 1370/2007 verpflichtet, den

bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen.“

- 3** Die Antragsgegnerin ist in ihrem Gebiet Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV). Die Antragstellerin ist ein im Gebiet der Antragsgegnerin tätiges Verkehrsunternehmen. Bei dem vorgesehenen internen Betreiber handelt es sich um die Beigeladene zu 1), eine im Alleineigentum der Antragsgegnerin stehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die nahezu ausschließlich für die Antragsgegnerin tätig ist. Der Aufsichtsrat der Beigeladenen besteht aus dem Bürgermeister der Antragsgegnerin und 20 weiteren Mitgliedern, die vom Rat der Antragsgegnerin entsandt werden (§ 9 Abs. 2 a UAbs. 1 Gesellschaftsvertrag). Zu den Aufgaben des Aufsichtsrats zählt unter anderem die Überwachung der Geschäftsführung (§ 11 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag).
- 4** In dem Entwurf für einen Öffentlichen Dienstleistungsauftrag (im Folgenden Vertrags-E) heißt es in der Präambel, dass „die Direktvergabe [...] in der Form einer Dienstleistungskonzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU [erfolgt]“. Nach § 1 Vertrags-E, in dem der Gegenstand der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ beschrieben wird, heißt es in Absatz 5:

„[...] Die [Beigeladene zu 1)] erbringt die Verkehrsleistungen im eigenen Namen und für eigene Rechnung; sie trägt die notwendigen Aufwendungen und übernimmt das Betriebsrisiko (Nachfrage-/Angebotsrisiko) sowie das Risiko der Leistungserstellung und der Höhe der Fahrgeldeinnahmen. Ihr stehen die Einnahmen aus den Fahrscheinverkäufen [...] zu.“ (Eckig eingeklammertes im gesamten Beschlussdokument durch Senat)
- 5** Regelungen zur Fortschreibung des Anforderungsprofils werden in § 3 Vertrags-E getroffen, wobei sich die Antragsgegnerin gemäß § 3 Abs. 4 und Abs. 5 Vertrags-E zum Ausgleich der durch die Fortschreibung verursachten Mehrausgaben verpflichten will. Die Finanzierung und Deckelung der von der öffentlichen Hand geleisteten Ausgleichszahlungen wird in §§ 4 und 5 Vertrags-E geregelt. In § 5 Vertrags-E heißt es unter anderem:

 - „(1) Die [Beigeladene zu 1)] trägt das Betriebsrisiko nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen und der Anlage 7 zur Ausgestaltung des Risikosystems.
 - (2) Für die Vorabfestlegung der jährlichen Ausgleichsleistungen ist die für einen Vierjahreszeitraum festgelegte Ergebnislinie [...] maßgeblich. [...] Die Ergebnislinie wird nach den Prinzipien der Anlage 7 ermittelt.

Der [Beigeladenen zu 1)] wird rechnerisch ein angemessener Gewinn in Höhe von 3 % der in der Ergebnislinie angesetzten Sollkosten gewährt, der den Soll-Ausgleich erhöht. [...]
 - (3) Die [Beigeladene zu 1)] trägt das Risiko, dass der in der Ist-Trennungsrechnung festgestellte finanzielle Nettoeffekt in einem vierjährigen Ausgleichszeitraum die Summe der Soll-Ausgleiche gemäß der beschlossenen Ergebnislinie [...] übersteigt. Innerhalb des Ausgleichszeitraums sind Über- und Unterschreitungen des jährlichen Soll-Ausgleichs zu saldieren. Weist der Saldo für einen Ausgleichszeitraum eine Überschreitung des Soll-Ausgleichs auf, muss der Saldo (Last) gemäß dem Ergebniskonto vom Verkehrsbetrieb in nicht ergebniswirksamer Weise getragen werden. [...]
- 6** Der Vertrags-E legt in § 6 zudem fest, dass die Beigeladene zu 1) für ihre „Sparte Verkehr“ eine Trennungsrechnung zu erstellen hat, die die Erträge und Aufwendungen, die durch das ÖPNV-Leistungsangebot verursacht werden und diesem zuzurechnen sind, gesondert ausweisen und von den Einnahmen und Ausgaben aus den übrigen Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1) trennen. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, in den Vertrags-E eine

Regelung einzufügen, die klarstellt, dass die Beigeladene zu 1) das Risiko einer Ergebnisverfehlung in der Verkehrssparte selbst trägt und dass Gewinne aus der Versorgungssparte der Beigeladenen zu 1) nicht zum Ausgleich etwaiger Verluste in der Verkehrssparte verwendet werden dürfen (Ss, v, 18. Oktober 2019, S. 8, Bl. 121 d.GA.).

- 7** Da die Beigeladene zu 1) selbst keine Fahrleistung im öffentlichen Nahverkehr erbringt und über keine eigenen Fahrzeuge verfügt, beabsichtigt sie, den überwiegenden Teil der Personenbeförderungsdienste durch die Beigeladene zu 2) erbringen zu lassen. Die Beigeladene zu 2) ist ein kommunales Verkehrsunternehmen. Deren Gesellschafter sind mit einem Anteil von jeweils 12,5 % am Stammkapital der Kreis Euskirchen, der Rheinisch-Bergische Kreis, die Stadt Köln, der Rhein-Erft-Kreis, die Kreisholding Rhein-Sieg GmbH, die Stadtwerke Bonn Verkehrs-GrnbH, sowie mit einem Anteil von jeweils 2,5 % am Stammkapital der Oberbergische Kreis, die Elektrische Bahnen der Stadt Bonn und des Rhein-Sieg-Kreises-SSB-GmbH, die SVE Stadtwerke Euskirchen GrnbH, die Stadtwerke Bruhl GmbH, die Beigeladene zu 1) und die Stadtwerke Hürth, Technische Betriebe und Einrichtungen AöR. Die Beigeladene zu 2) hält Eigenanteile von 10 % am Stammkapital.

- 8** Im Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 2) heißt es in

„§ 16 Gesellschaftsversammlung

(1) Die Gesellschafter sind für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht einem anderen Organ durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrags zur ausschließlichen Zuständigkeit überwiesen sind. Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, der Geschäftsführung nach Maßgabe des GmbH-Recht Weisungen zu erteilen.

[...]

(3) Die Gesellschafterversammlung beschließt insbesondere über

[...]

n) das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.“

- 9** Weiter heißt es unter „Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung“ in § 17 Abs. 1 a des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen:

„Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer %-Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei diese zugleich 2/3 der anwesenden Gesellschafter nach Köpfen repräsentieren müssen, Ausgenommen hiervon sind Änderungen des § 16 Abs. 3 n) und § 17 Abs. 1 a), die der Einstimmigkeit bedürfen (...). Bei Beschlüssen gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe n) ist allein derjenige Gesellschafter stimmberechtigt, der selber oder dessen mittelbarer oder unmittelbarer Eigentümer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung an die Gesellschaft vergibt und entsprechend für die Finanzierung der durch diese Beschlüsse eintretenden wirtschaftlichen Effekte unter Beachtung des EU-Beihilfenrechts Sorge trägt. (...)“

- 10** Mit Schreiben vom 6. August 2018 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Direktvergabe. Die Verordnung (EG) 1370/2007 sei nicht anwendbar, weil es sich bei der zu vergebenden Leistung um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handele. Der Auftrag hätte in Lose aufgeteilt werden müssen. In der Bekanntmachung fehlten Angaben über Art und Umfang der Vergabe von Unteraufträgen. Der Eigenbetrieb sei nicht transparent nachgewiesen und die beabsichtigte Direktvergabe „im Wege eines Inhouse-Kontraktes“ verstoße gegen das EU-Beihilfenrecht.

- 11** Der Antragsgegner half der Rüge mit Schreiben vom 17. August 2018 nicht ab.
- 12** Die Antragstellerin hat am 31. August 2018 einen Nachprüfungsantrag gestellt und zusätzlich gerügt, dass die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007, die Anwendbarkeit der Vorschrift unterstellt, nicht vorlägen.
- 13** Sie hat beantragt,
der Antragsgegnerin die Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten an die Beigeladene zu 1) nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Juni 2018 veröffentlichten Bekanntmachung zu untersagen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nur nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.
- 14** Der Antragsgegner hat beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 15** Der Zulässigkeit der Direktvergabe stehe insbesondere nicht entgegen, dass die Beigeladene zu 1) beabsichtige, den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdienste durch die Beigeladene zu 2) erbringen zu lassen. Die Beigeladene zu 1) könne sich diese Verkehrsdienstleistungen als eigene zurechnen lassen, weil sie die Beigeladene zu 2) gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern kontrolliere und die Beigeladene zu 2) zu mehr als 80 % für die sie kontrollierenden zuständigen Behörden tätig sei.
- 16** Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 4. Januar 2019 untersagt, den Zuschlag auf den öffentlichen Dienstleistungsauftrag der Beigeladenen zu 1) zu erteilen, und sie bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben. Der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 8 a Abs. 7 PBefG statthaft. Die beabsichtigte Direktvergabe unterfalle dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007, der sich nicht nur auf Dienstleistungskonzessionen, sondern auch auf sogenannte Inhouse-Vergaben erstrecke. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die beabsichtigte Direktvergabe verstoße jedenfalls gegen Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, weil die Beigeladene zu 1) nicht einen bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienstleistungen selbst erbringe.
- 17** Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde. Die beabsichtigte Direktvergabe sei sowohl nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 als auch nach § 108 GWB zulässig. Sie verstoße auch nicht gegen Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, weil sich die Beigeladene zu 1) die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen durch die Beigeladene zu 2) als eigene zurechnen lassen kann.
- 18** Der Antragsgegner beantragt,
den Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 4. Januar 2019, VK K 39/18-L, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 31. August 2018 zurückzuweisen.
- 19** Die Antragstellerin beantragt,
 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und
 2. ihr Einsicht in die seit September 2018 fortgeschriebene Vergabeakte der Antragsgegnerin und einen Schriftsatznachlass für ergänzenden Vortrag hierauf zu

gewähren;

3. die Beiladung der Beigeladenen zu 2) aufzuheben;

4. die Sache dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 S. 1 GWB wegen beabsichtigten Abweichungen vom Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) vorzulegen;

5. dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

a. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergibt, es der gemeinsamen Kontrolle dieser Behörde zusammen mit den weiteren Gesellschaftern des internen Betreibers entgegen, wenn die Befugnis zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet zwischen der einzelnen zuständigen Behörde und einer Gruppe von Behörden, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet, aufgeteilt ist, beispielsweise indem die Befugnis zur Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen an einen internen Betreiber bei der einzelnen zuständigen Behörde verbleibt, die Aufgabe Tarif aber von einem Zweckverband Verkehrsverbund wahrgenommen wird, dem neben der einzelnen Behörde weitere in ihren geografischen Gebieten zuständige Behörde angehören, bei dem die zuständige Behörde aber nicht Mitglied ist?

b. Schließt es Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 mit der Verpflichtung, für den Fall, dass der betraute Betreiber Unteraufträge vergibt, einen bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen, aus, dass der interne Betreiber diesen überwiegenden Teil der Dienste durch eine Gesellschaft erbringen lässt, an der er 2,5 % der Geschäftsanteile hält und die übrigen Geschäftsanteile mittelbar oder unmittelbar von anderen zuständigen Behörden gehalten werden?

6. hilfsweise für den Fall, dass der Zurückweisungsantrag nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollte, den Rechtsstreit gemäß § 17 a Abs. 2 S. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen;

7. hilfsweise für den Fall, dass der Senat die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin weder zurückweisen noch das Verfahren wegen einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union oder an den Bundesgerichtshof aussetzen sollte, die Sache entsprechend § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 13. März 2019, BR 18/19, auszusetzen.

- 20** Über die bereits vor der Vergabekammer geltend gemachten Verstöße hinaus rügt sie Dokumentationsmängel und fehlende Vergabereife. Werde der Gerichtshof der Europäischen Union die vom Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 13. März 2019 vorgelegte Frage, ob Steuerbegünstigungen für dauerhaft defizitäre Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen als staatliche Beihilfe zu qualifizieren sind, bejahen, werde das von der Antragsgegnerin beabsichtigte Finanzierungsmodell scheitern. Zudem stehe die beabsichtigte Direktvergabe unter dem Vorbehalt einer verbindlichen Auskunft durch das Finanzamt, die sich nicht kurzfristig ausräumen lasse. Ebenso wenig liege ein Stadtratsbeschluss vor, der die Verwaltung der Antragsgegnerin ermächtigt, den Auftrag im Wege eines Inhouse-Geschäfts zu vergeben. Die beabsichtigte Direktvergabe verstoße gegen Kartellrecht und verletze die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit privater Verkehrsunternehmer. Die Einsichtnahme

in die fortgeschriebene Vergabeakte sei erforderlich, weil die Antragsgegnerin ausweislich ihrer bisherigen Vergabedokumentation eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 beabsichtigt habe und sich keine Anhaltspunkte für den Abschluss eines Inhouse-Geschäfts fänden. Tatsachen, die den zu vergebenden Vertrag als Dienstleistungskonzession qualifizieren, seien weder in der Vorinformation noch in der Vergabeakte dokumentiert. Zudem regt sie an, die Sache im Wege der Divergenzvorlage dem Bundesgerichtshof wegen Abweichens von dem Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) sowie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung über die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 vorzulegen. Die Beiladung der Beigeladenen zu 2) sei aufzuheben, weil diese durch die Entscheidung nur in ihren wirtschaftlichen Interessen berührt werde.

- 21** Die mit Schreiben der Vergabekammer vom 31. Oktober 2018 zum Verfahren hinzugezogenen Beigeladenen haben jeweils keinen Antrag gestellt und sich auch nicht durch Einreichen von Schriftsätzen an dem Verfahren beteiligt.

II.

- 22** Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist überwiegend zulässig, jedoch unbegründet.

- 23** 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist im Wesentlichen zulässig.

- 24** a. Er ist statthaft. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 8 a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift gilt der 4. Teil des GWB, wenn öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Bussen oder mit Kraftfahrzeugen zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB a.F. sind. Absatz 7 der Regelung sieht vor, dass die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) 1370/2007 der Nachprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterliegt. Nach Auffassung des Senats gilt die Rechtswegzuweisung auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar die Absicht einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 bekanntgegeben hat, tatsächlich aber die Regeln über ein sogenanntes Inhouse-Geschäft anwendbar sind. Zwar sind die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in das GWB eingeführten Voraussetzungen eines sogenannten Inhouse-Geschäfts in § 108 GWB als Bereichsausnahme formuliert, mit der Folge, dass bei deren Vorliegen der 4. Teil des GWB keine Anwendung findet. Dies bedeutet vorliegend aber nicht, dass eine Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausscheidet. Vielmehr sind in diesem Fall die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe bzw. des § 108 GWB im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2019, VII-Verg 16/16; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13 - juris, Rn. 39 f.), wie eine Auslegung der in § 8 a Abs. 2 S. 1, Abs. 7 PBefG getroffenen Regelungen ergibt. Dem Gesetzgeber stand, wie den Gesetzesmaterialien entnommen werden kann (vgl. BT-Drs. 17/8233, S. 23), bei Schaffung des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen § 8 a Abs. 7 Satz 1 PBefG die seinerzeitige Rechtsprechung des Senats vor Augen, der sich in Fällen der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 im Hinblick auf Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mittels einer analogen Anwendung von § 102 GWB a.F. als Vergabenachprüfungsinstanz für zuständig erklärt hatte (Senatsbeschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10 - juris, Rn. 38

ff.; dem Senat folgend OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011, VII-Verg 6/11 - juris, Rn. 55; vgl. auch Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8 a Rn. 81). In dem in den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 17/8233, S. 23) zitierten Beschluss ging der Senat - wie später auch weitere Vergabesenate (vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 - Juris, Rn. 149) - noch davon aus, dass die Inhouse-Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergaberichtlinien, die seinerzeit noch nicht kodifiziert war, dem Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 unterfällt (vgl. Senatsbeschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10 - juris, Rn. 62). In der Literatur ist daraus - aus damaliger Sicht zutreffend - geschlussfolgert worden, dass § 8 a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8 a Rn. 8). Eine Rechtswegspaltung entspricht aber weder dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers noch dem Sinn und Zweck der von ihm geschaffenen gesetzlichen Regelung. Vielmehr sollen sie zu einer Zuständigkeitskonzentration für sämtliche Streitigkeiten aus Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit i) der Verordnung (EG) 1370/2007 bei den Vergabenachprüfungsinstanzen führen (vgl. BT-Drucksache 17/8233, S. 23). Sollte daher durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2019 - C-266/17 und C-267/17 - und vom 8. Mai 2019 - C-253/18 -, wonach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 auf die heute in § 108 GWB geregelten Inhouse-Vergaben nicht anwendbar ist, eine Lücke in diesem gewollten rein vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem entstanden sein, ist diese zur Vermeidung einer Rechtswegspaltung durch eine entsprechende Anwendung des § 8 a Abs. 7 S. 1 PBefG zu schließen.

- 25** b. Die Antragstellerin ist im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB überwiegend antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse an dem Auftrag durch ihre Rüge bekundet. Unschädlich ist, dass die Antragstellerin selbst kein Angebot abgegeben hat, weil sie gerade durch die von ihr gerügte beabsichtigte Direktvergabe des Auftrags an die Beigeladene zu 1) an der Angebotsabgabe gehindert war.
- 26** Die Antragsbefugnis, die für jede erhobene vergaberechtliche Beanstandung gesondert zu prüfen ist (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 43/18; Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 Rn. 6), fehlt ihr aber insoweit, als sie Falschbezeichnungen (Ankündigung als Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007) und fehlende Angaben in der Vorabbekanntmachung (Bedingungen für eine Unterauftragsvergabe und den Wert des Anteils der Unterauftragsvergabe) rügt. Diese Vergaberechtsverstöße bleiben folgenlos, weil die Antragstellerin nicht dargetan hat, dass ihr hierdurch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB droht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 46 ff.; Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019, VII-Verg 51/16). Es kann nicht festgestellt werden, dass die behaupteten Fehler Auswirkungen auf die Zuschlagschance der Antragstellerin hatten, weil der Antragstellerin auch bei zutreffenden Angaben in der Vorinformation eine Angebotsabgabe nicht möglich gewesen wäre. Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin auch insoweit, als sie die „fehlende Vergabereife“ rügt. Mit dem Begriff der Vergabereife hat der Senat in der Vergangenheit unter anderem die Forderung an den öffentlichen Auftraggeber umschrieben, die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen für den Beginn der Leistungsausführung zu schaffen (Senatsbeschluss vom 19. September 2018, VII-Verg 17/18). Diese Anforderung enthält in Verfahren einer Direktvergabe jedoch keinen bieterschützenden Charakter (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Kann eine Direktvergabe an einen internen Betreiber - wie

hier von der Antragstellerin behauptet - mangels gesicherter Finanzierung nicht wie vom öffentlichen Auftraggeber ursprünglich geplant abgeschlossen werden, werden allenfalls Rechte des internen Betreibers und des öffentlichen Auftraggebers selbst berührt.

- 27** 2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist, soweit zulässig, unbegründet. Die beabsichtigte Direktvergabe ist rechtlich nicht zu beanstanden.
- 28** a. Die Antragsgegnerin ist für die beabsichtigte Direktvergabe zuständige Behörde im Sinne von Art. 2 lit. b der Verordnung (EG) 1370/2007.
- 29** Nach dieser Vorschrift ist zuständige Behörde jede Behörde oder Gruppe von Behörden eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist, oder jede mit einer derartigen Befugnis ausgestattete Einrichtung. Die Bestimmung der zur Intervention, das heißt zur Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Personenverkehr, zuständigen Behörde obliegt unionsrechtlich allein den Mitgliedstaaten (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1971 - 51-54/71, Slg. 1971, 1115 Rn. 3/4; BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 26).
- 30** Die Zuständigkeit der Antragsgegnerin ergibt sich aus § 3 Abs. 2 S. 2 ÖPNVG NRW. Nach dieser Vorschrift sind die Aufgabenträger berechtigt, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 nach Artikel 5 Absätze 2, 4, 5 und 6 direkt zu vergeben, soweit Bundesrecht dem nicht entgegensteht. Dies schließt die Befugnis zur Direktvergabe im Wege eines Inhouse-Geschäfts mit ein (hiervon geht ohne ausdrückliche Erwähnung auch der BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 24 ff., aus). Die Antragsgegnerin ist als mittlere kreisangehörige Stadt Aufgabenträgerin im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG NRW.
- 31** Die Antragsgegnerin hat die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe nicht dadurch verloren, dass sie bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch den VRS erfüllen lässt (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 25). Dadurch hat sie lediglich sachlich und örtlich begrenzte Teile der Aufgabe ÖPNV gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW) auf den Zweckverband übertragen. Nach § 6 GkG NRW gehen allein das Recht und die Pflicht zur Erfüllung dieser Aufgaben auf den Zweckverband über (OVG Münster, Beschluss vom 31. März 2016 - 9 A 254/15, juris Rn. 7).
- 32** b. Die beabsichtigte Direktvergabe verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007, weil die genannte Vorschrift im Fall nicht anwendbar ist.
- 33** aa. Nach der in diesem Verfahren ergangenen Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht anwendbar auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Direktvergaben für den öffentlichen Busverkehr sind öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 gilt, ungeachtet, ob diese durch den Abschluss eines Vertrages oder - wie hier - durch rechtverbindlichen Akt einer gesellschaftsrechtlichen Weisung erfolgen (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 - Rn. 31). Auf die Beantwortung der von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 13. November 2019 formulierten Vorlagefragen 5.a) zur Auslegung von Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 kommt es nicht an.
- 34** bb. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession, die zur Anwendung der Verordnung (EG) 1370/2007 führen würde, sind nicht erfüllt.

- 35** (1) Eine Dienstleistungskonzession unterscheidet sich von einem Dienstleistungsauftrag dadurch, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung entweder ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ob und inwieweit der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung tatsächlich den Risiken des Marktes ausgesetzt ist und er das Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt, hängt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs von den Umständen des Einzelfalls ab (EuGH, Urteile vom 10. März 2011, C-274/09 - juris, Rn. 22 ff., und vom 10. November 2011, C-348/10 - juris, Rn. 43 ff.; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 - juris, Rn. 34). Maßgeblich ist, ob der Auftragnehmer das Betriebsrisiko vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil trägt. Unter dem Betriebsrisiko ist das Risiko zu verstehen, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, das sich im Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Dienstleistungen schulden, dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder dem Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung äußern kann. Hingegen sind Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, für die Einordnung eines Vertrags als öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind, gleichgültig ob es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt. Soll, wie hier, neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung zusätzlich ein Preis gezahlt werden, kann der Vertrag jedenfalls dann nicht als Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn die zusätzliche Vergütung oder (Aufwands-)Entschädigung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, das weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge (EuGH, Urteile vom 10. März 2011, C-274/09 - juris, Rn. 22 ff., und vom 10. November 2011, C-348/10 - juris, Rn. 43 ff.; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 - juris, Rn. 34; Senatsbeschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10).
- 36** (2) Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, lässt sich nicht feststellen, dass die Antragsgegnerin die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags in der Form einer Dienstleistungskonzession beabsichtigt. Zwar soll ausweislich der Vorinformation der Auftrag die Form einer Dienstleistungskonzession annehmen (Ziff. II.1.3 der Bekanntmachung). Der Vertragsentwurf für den Öffentlichen Dienstleistungsauftrag macht in seiner Präambel ebenfalls deutlich, dass die Antragsgegnerin die Direktvergabe „in der Form einer Dienstleistungskonzession“ beabsichtigt.
- 37** Aus der Vergabeunterlagen und dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergibt sich indes nicht, dass die Beigeladene zu 1) das mit Übernahme der Busverkehrsdienstleistungen verbundene Betriebsrisiko zu einem wesentlichen Teil selbst tragen soll. Die Beigeladene zu 1) ist in mehrfacher Hinsicht nicht den Unwägbarkeiten des Marktes, der Konkurrenz anderer Wirtschaftsteilnehmer und dem Risiko sinkender Nachfrage sowie einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben ausgesetzt.
- 38** Gegen die Annahme einer Dienstleistungskonzession spricht - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht schon die Tatsache, dass es sich bei der Beigeladenen zu 1) um ein

Einheitsunternehmen mit einer Verkehrs- und Energiesparte handelt und dieses daher die Möglichkeit hat, die Verluste aus der Verkehrssparte durch Gewinne aus der Energiesparte auszugleichen. Eine solche „Quersubventionierung“ wird durch § 6 Vertrags-E gerade ausgeschlossen. Maßgeblich sind vielmehr folgende gegen eine Dienstleistungskonzession sprechende Umstände:

- 39** Die Beigeladenen zu 1) erhält unabhängig von ihrem unternehmerischen Erfolg gemäß § 5 Abs. 2 UAbs. 2 Vertrags-E einen Gewinn in Höhe von 3 % der in der Ergebnislinie angesetzten Sollkosten, Darüber hinaus hat sie für den Fall, dass sie mit den Busverkehrsdienstleistungen keine Gewinne erzielt, nur in einem begrenzten Umfang für etwaige Verluste einzustehen. Im Vertrags-E ist vorgesehen, dass die Beigeladene zu 1) von der Antragsgegnerin jährlich Ausgleichsleistungen für einen vorab für vier Jahre festgelegten Maximalverlust erhält und zwar unabhängig davon, ob der festgelegte Verlust dem tatsächlich eingetretenen Verlust entspricht. Lediglich in dem Umfang, in dem der festgelegte Maximalverlust überschritten wird, hat die Beigeladene zu 1) die eingetretene Kostenunterdeckung durch das der Verkehrssparte zugewiesene Konto zu finanzieren (§§ 4 und 5 Vertrags-E). Auch dieses Risiko wird indes abgedeckt: Innerhalb eines Vierjahreszeitraums können gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 Vertrags-E etwaige Verluste mit Mehreinnahmen (Unterschreitungen des Soll-Ausgleichs) in anderen Jahren saldiert werden, so dass für die Finanzierung einer etwaigen Kostenunterdeckung auf das Eigenkapitalkonto nicht zwingend zurückgegriffen werden muss. Dass der für vier Jahre festgelegte Maximalverlust so gering angesetzt wird, dass er in jedem Fall erreicht und ggf. sogar überschritten wird, kann nicht festgestellt werden. Dass - so die Ankündigung der Antragsgegnerin - die Ergebnislinie unter Begleitung eines externen Sachverständigen kalkuliert und die zu erwartenden Kosten über „objektive/externe Indices“ über die Laufzeit des Öffentlichen Dienstleistungsauftrags fortgeschrieben werden sollen, lässt diesen Schluss nicht zu. Auch der pauschale Vortrag der Antragsgegnerin, die Höhe des Ausgleichs werde wie bei „einem privaten Verkehrsunternehmen mit entsprechendem Betriebsrisiko“ kalkuliert, ist nichtssagend. Die Antragsgegnerin räumt zudem ein, dass eine „belastbare Ermittlung der Ergebnislinie gegenwärtig noch nicht vorliegt“ (Ss. v. 18. Oktober 2019, S. 10, Bl. 123 d.GA.) und entsprechende Arbeiten im Hinblick auf das „schwebende Nachprüfungsverfahren“ unterbrochen worden sind. Soweit die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet hat, im Falle eines dauerhaft defizitären Betriebs der Verkehrssparte von einer Aufstockung des Eigenkapitals der Beigeladenen zu 1) abzusehen und in „letzter Konsequenz“ die Verkehrssparte wegen Zahlungsunfähigkeit „vergleichbar einer Insolvenz“ einzustellen, ist auch dieses pauschale Vorbringen durch keine nachprüfbaren Tatsachen belegt und erscheint im Übrigen bei lebensnaher Betrachtung eher unwahrscheinlich. Der vorgelegten Vergabedokumentation lässt sich zudem nicht entnehmen, dass den von der Antragsgegnerin zu zahlenden Ausgleichsleistungen (§ 4 Abs. 1 Vertrags-E) bloßer Zuschusscharakter zukommt. Wann eine Ausgleichsleistung ein über einen Zuschusscharakter hinausgehendes Gewicht hat, so dass von einer Dienstleistungskonzession nicht ausgegangen werden kann, lässt sich nicht einheitlich durch eine rechnerische Quote festlegen. Es bedarf stets einer alle Umstände des Einzelfalls einbeziehenden Gesamtschau (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10 - juris, Rn. 33 ff.; OLG München, Beschluss vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19 - juris, Rn. 40), wobei nach der Rechtsprechung des Senats eine Kostendeckung von mindestens 50 % durch den Auftragnehmer ein Indiz für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sein kann (Senatsbeschlüsse vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10 - juris, Rn. 68, und vom 2. März 2011,

VII-Verg 48/10 - juris, Rn. 82). Gemessen daran lässt sich ein bloßer Zuschusscharakter der Ausgleichsleistungen nicht feststellen. Die Prognose der Antragsgegnerin, die Beigeladene zu 1) werde mehr als 50 % ihrer Kosten selbst tragen, basiert auf dem nicht näher mit Zahlen unterlegten behaupteten aktuellen Kostendeckungsgrad der Verkehrssparte der Beigeladenen zu 1), ohne zu erläutern, welche belastbaren Aussagen hieraus für den gesamten Vertragszeitraum abgeleitet werden können. In dem Vertragsentwurf für den Öffentlichen Dienstleistungsauftrag wird die Beigeladene zu 1) zur Einhaltung einer Kostendeckungsquote nicht verpflichtet.

- 40** Abgesehen von den dargestellten Regelungen zu Ausgleichsleistungen bei Verlusten, ist die Beigeladene zu 1) auch nicht in vollem Umfang mit dem wirtschaftlichen Risiko einer veränderten Nachfrage und einer hierdurch bedingten Anpassung ihres Angebots belastet. Nach dem Vertrags-E liegen allein die Reaktionen auf wiederkehrende Großveranstaltungen, Störungen oder die Organisation umleitungsbedingter Angebotsänderungen und Zusatzverkehre in der unternehmerischen Verantwortung der Beigeladenen zu 1) (§ 1 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 und S. 3 Vertrags-E). Die Fortschreibungen des Anforderungsprofils bei markttypischen Veränderungen der Nachfrage - etwa beim Bau neuer Wohnsiedlungen, der Veränderung von Schulstandorten oder bei Großveranstaltungen - werden vollständig durch die Antragsgegnerin ausgeglichen (§ 3 Abs. 4 bis 6 Vertrags-E). Verlangt die Antragsgegnerin eine Fortschreibung des Anforderungsprofils der von der Beigeladenen zu 1) übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, wird der Investitions- und Zeitbedarf „auf der Grundlage einer prüffähigen Kalkulation“ der Beigeladenen zu 1) „verbindlich abgestimmt“, wobei die Antragsgegnerin die vollständige Finanzierung des durch die Fortschreibung verursachten und mit ihr abgestimmten zusätzlichen Ausgleichs zusichert (§ 3 Abs. 5 Vertrags-E). Das übliche Betriebsrisiko wird ferner dadurch verringert, dass die Beigeladene zu 1) bei der Ausführung des Dienstleistungsauftrags direktem Wettbewerb mit privaten Busunternehmen aller Voraussicht nach nicht ausgesetzt sein wird. So hat die Antragsgegnerin in der Vorinformation der beabsichtigten Direktvergabe (Ziffer VI.1. lit. A) darauf hingewiesen, dass die Erbringung des Stadtverkehrs in ihrem Gebiet bislang nicht kostendeckend möglich war und aus diesem Grund etwaigen Anträgen auf Erteilung einer Genehmigung für eigenwirtschaftliche Verkehre nur geringe Erfolgsaussichten beigemessen wird.
- 41** c. Die beabsichtigte Direktvergabe ist nach § 108 Abs. 1 GWB zulässig.
- 42** Nach dieser Vorschrift ist der Vierte Teil des GWB nicht auf Vergaben von öffentlichen Aufträgen anzuwenden, die von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person vergeben werden, wenn der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium), mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium) und keine privaten Beteiligungen an der juristischen Person bestehen.
- 43** Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der Antragsgegnerin zur Beigeladenen zu 1) vor.
- 44** aa. Unschädlich ist, dass die Antragsgegnerin die gewählte Direktvergabeart in der Vorinformation fehlerhaft als eine „Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4“ der Verordnung (EG) 1370/2007 bezeichnet hat. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist der Senat nicht gehindert, zu überprüfen, ob die Direktvergabe nicht nach anderen Vorschriften vergaberechtlich unbedenklich ist (Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019, VII-Verg 51/16). Da sich die Antragsgegnerin auf die Voraussetzungen von § 108 GWB im Beschwerdeverfahren

berufen hat und der Eingriff in ein Vergabeverfahren stets nur ultima ratio sein kann und nicht in Betracht kommt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber, wenn auch aufgrund einer anderen Norm, zulässigerweise einer bestimmten Vergabeform bedient, ist der Senat zu einer entsprechenden Prüfung sogar verpflichtet. Ein Dokumentationsmangel liegt insoweit nicht vor. Der öffentliche Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabebericht niedergelegt worden sind.

- 45** Vielmehr ist das Nachschieben von Gründen im Vergabenachprüfungsverfahren aus Gründen des Beschleunigungsgrundsatz zuzulassen, wenn - wie hier - keine Anhaltspunkte für eine Manipulation vorliegen und die Transparenz des Vergabeverfahrens gesichert ist (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10 - juris, Rn. 73), Der Vortrag der Antragsgegnerin enthält nachvollziehbare Angaben, aus denen auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 108 GWB geschlossen werden kann. Er versetzt die Antragstellerin in die Lage, die Rechtmäßigkeit des angekündigten Verhaltens zu überprüfen, auch ohne dass ein Vertragsentwurf für den zu vergebenden Dienstleistungsauftrag vorgelegt wurde. Da der Senat nicht von den vom Oberlandesgericht München (Beschluss vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19) aufgestellten Anforderungen an die Vergabedokumentation abweicht, besteht kein Anlass für die von der Antragstellerin angeregte Divergenzvorlage (§ 179 Abs. 2 S. 1 GWB) an den Bundesgerichtshof.
- 46** bb. Das Kontrollkriterium ist erfüllt. Hierfür ist erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat, die Geschäftstätigkeit des Auftragnehmers tatsächlich zu beeinflussen. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der betrauten juristischen Person entscheidenden Einfluss zu nehmen (EuGH, VergabeR 2008, 478 - Rn. 36). Dies ist im Fall einer GmbH bei entsprechender Beteiligung am Stammkapital grundsätzlich anzunehmen, weil deren Geschäftsführer weisungsgebunden sind (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16, und vom 12. Januar 2004, VII-Verg 71/03 - juris, Rn. 64 zum GWB a.F.). Die Antragsgegnerin, als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB, ist alleinige Anteilseignerin der Beigeladenen zu 1) und hat dementsprechend alle Stimmrechte in deren Gesellschafterversammlung. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind ausschließlich von der Antragsgegnerin entsandte Personen. Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung (§ 11 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag). Wesentliche Geschäfte bedürfen seiner Zustimmung (§ 11 Abs. 2 Gesellschaftsvertrag).
- 47** cc. Das Wesentlichkeitskriterium wird von der Beigeladenen zu 1) ebenfalls erfüllt.
- 48** Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten ist nach § 108 Abs. 7 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz während der letzten drei Jahre vor Vergabe des in Rede stehenden Auftrags heranzuziehen. Die Beigeladene zu 1) war gemessen am durchschnittlichen Gesamtumsatz in den Jahren 2016, 2017 und 2018 zu 87,38 % für die Antragsgegnerin tätig, indem sie Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr und der Energieversorgung im Stadtgebiet der Antragsgegnerin erbracht hat.
- 49** dd. An der Beigeladenen zu 1) bestehen keine privaten Beteiligungen.
- 50** d. Die beabsichtigte Direktvergabe verstößt nicht gegen Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007.
- 51** Nach dieser Vorschrift ist der mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Die Vorschrift ist bei der Vergabe

eines Auftrags über den öffentlichen Personenverkehr mit Bussen anwendbar (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016, C-292/15 - Rn. 41). Ihre Voraussetzungen liegen vor.

- 52** aa. Unter welchen Voraussetzungen der Anteil der Eigenerbringung bedeutend ist, regelt die Verordnung (EG) 1370/2007 nicht. Der Ordnungsgeber hat den zuständigen nationalen Behörden insoweit ein weites Ermessen eingeräumt (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016, C-292/15 - juris, Rn. 51; Zuck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 48). Der ausgewählte interne Betreiber ist auf der einen Seite nicht verpflichtet, den überwiegenden Teil des öffentlichen Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e und aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung (EG) 1370/2007, weil sich der dahingehende Vorschlag des Europäischen Parlaments nicht durchgesetzt hat (EP-Dok. A6-0131/2007 endg. vom 4. April 2007, S. 20; Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 93). Auf der anderen Seite darf der ausgewählte interne Betreiber gemäß Art. 4 Abs. 7 S. 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 den Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste nur dann vollständig an Unterauftragnehmer übertragen, wenn - anders als hier - der öffentliche Dienstleistungsauftrag gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb dieser Dienste umfasst. Für die Annahme eines bedeutenden Eigenanteils zu fordern ist, dass dem ausgewählten internen Betreiber ein substantieller Teil der Eigenerbringung verbleibt (Berschin in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 Rn. 37). Er muss an der Durchführung des Verkehrs in einem angemessenen Umfang beteiligt sein. Dafür muss er nicht zwingend Fahrbetriebsleistungen selbst erbringen. Vielmehr kann der bedeutende Eigenanteil auch durch Leistungen in der Betriebsorganisation, der Wartung oder technischen Unterstützungsleistungen erbracht werden, solange diese einen spezifischen Bezug zu dem öffentlichen Verkehrsdienst aufweisen und nicht Vorleistungen mit bloßer Hilfsfunktion sind (Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke, VO (EG) 1370/2007 Kommentar, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 82; Otting/Olgemöller/Tresselt in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 70 Rn. 65).
- 53** Gemessen daran ist der bei der Beigeladenen zu 1) verbleibende Eigenerbringungsanteil an den Personenverkehrsdiensten bedeutend. Die Beigeladene zu 1) soll ganz wesentlich an der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen beteiligt sein. Sie wird - durch den ihr zuzurechnenden Anteil der Beigeladene zu 2) - die Personenbeförderungsdienste selbst erbringen und bei Planung und Vertrieb des Stadtbusverkehrs mitwirken. Dies wird in dem an die Beigeladenen zu 1) vergebenen Öffentlichen Dienstleistungsauftrag sichergestellt. Die Beigeladene zu 1) muss gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 Vertrags-E „stets entsprechend den Vorgaben des Art. 4 Abs. 7 S. 2 VO 1370/2007 einen bedeutenden Teil der Leistung nach diesem öDA selbst erbringen.“
- 54** bb. Dass die Beförderungsleistungen im Stadtgebiet der Antragsgegnerin von der Beigeladenen zu 2) erbracht werden sollen, ist unschädlich. Ein Unterauftrag im Sinne von Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 liegt nicht vor, Die Leistungen der Beigeladenen zu 2) sind der Beigeladenen zu 1) als eigene zuzurechnen.
- 55** (1) Der Begriff des Unterauftrags im Sinne von Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 ist teleologisch zu reduzieren und gilt nicht für Fälle, in denen der „Unterbeauftragte“ - wie hier - vom internen Betreiber im Wege einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB beauftragt wurde. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Eigenerbringungsquote in Art. 4 Abs. 7 der Verordnung soll negative Auswirkungen auf bestehende Sozial- und Qualitätsstandards sowie Wettbewerbsverzerrungen zwischen

internen Betreibern und Dritten verhindern (Bayreuther/Kaufmann/Linke/Lübbig/Prieß in Linke VO (EG) 1370/2007, 2. Auflage 2019, Art. 4 Rn. 81). Sie geht insbesondere auf Betreiben des Europäischen Parlaments zurück, das befürchtete, große Unternehmen könnten kleinere und mittelständische Unternehmen um den öffentlichen Auftrag verdrängen und nach der Erteilung des Auftrags aufgrund ihrer monopolartigen Stellung Unteraufträge zu ungünstigen Bedingungen vergeben, mit der Folge eines sinkenden Lohnniveaus und eines Qualitätsverlustes der Verkehrsleistungen (EP-Dok. A6-0131/2007 endg. vom 4. April 2007, S. 20 ff.). Diese Gefahren bestehen jedoch nicht, wenn der interne Betreiber selbst öffentlicher Auftraggeber ist und die entsprechenden Sozial- und Qualitätsstandards aufgrund der dienststellenähnlichen Kontrolle über den „Unterauftragnehmer“ selbst definieren und kontrollieren kann. Zwischen dem für den Zuschlag vorgesehenen internen Betreiber und seinem von ihm dienststellenähnlich abhängigen „Unterauftragnehmer“ besteht kein Wettbewerbsverhältnis, in dem eine Absenkung des Lohnniveaus und der Qualität zu befürchten ist. In einem solchen Fall besteht kein Grund, eine Direktvergabe alleine deshalb auszuschließen, weil der „Unterauftragnehmer“ den Großteil der Leistungen erbringt, und nicht der unmittelbar beauftragte interne Betreiber (Senatsbeschluss vom 3. Mai 2017, VII-Verg 51/16 - Rn. 17 und Stellungnahme der EU-Kommission in der Rechtssache C-253/18 vom 20. Juli 2018, sj.a(2018)4343180 WM.hg, Rn. 11-12 beide betreffend die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 lit. e der Verordnung (EG) 1370/2007; Otting/Olgemöller/Tresse in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 70 Rn. 63). Da sich ein Inhouse-Geschäft aus vergaberechtlicher Sicht als ein interner Organisationsakt darstellt (Portz in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 108 Rn. 6), ist auch die Erbringung von Personenverkehrsdiensten durch eine im Wege eines Inhouse-Geschäfts beauftragten Gesellschaft bei funktionaler Betrachtung eine Form der Selbsterbringung.

- 56** (2) Die Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts nach § 108 Abs. 4 und 5 GWB, die zur teleologischen Reduktion des Unterauftragsbegriffs im Sinne von Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 führen, liegen im Verhältnis der Beigeladenen zu 1) zur Beigeladenen zu 2) vor.
- 57** (a) Die Beigeladene zu 1) übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die Beigeladene zu 2) eine ähnliche Kontrolle aus wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (§ 108 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 bis 3 GWB), Die Gesellschafterversammlung der Beigeladenen zu 2) setzt sich, wie von § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB gefordert, aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Diese üben gemeinsam einen im Sinne von § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen zu 2) aus. Bei der Beigeladenen zu 2) handelt es sich um eine GmbH, so dass bereits das Gesetz den Gesellschaftern umfassende Befugnisse und Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung einräumt. Diese Befugnisse werden im Gesellschaftsvertrag teils wiederholt, teils sogar erweitert: Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen (§ 16 Abs. 1 S. 2 des Gesellschaftsvertrags). Sie beschließt insbesondere über die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Zustimmung zu der von der Geschäftsführung vorgelegten Wirtschafts- und Finanzplanung, die Entlastung des Aufsichtsrats und der Geschäftsführung sowie die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§ 11 Abs. 3, 4 und 7, § 16 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags). Die öffentlichen Auftraggeber dominieren auch den Aufsichtsrat und üben so erheblichen Einfluss

und Kontrolle auf die Beigeladene zu 2) aus. Der Aufsichtsrat besteht aus 12 Mitgliedern, von denen acht Mitglieder von den öffentlichen Auftraggebern entsandt werden (§ 13 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags). Ob, wie die Antragstellerin meint, § 16 lit. n des Gesellschaftsvertrags, wonach die zuständige Behörde des betroffenen Verkehrs bei Entscheidungen über „das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007“ allein entscheidungsberechtigt ist, bei Inhouse-Vergabe nicht einschlägig ist, kann dahinstehen. Eine solche Auslegung änderte nichts an der - für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ausreichenden - gemeinsamen Kontrolle der Beigeladenen zu 1) und der übrigen öffentlichen Auftraggeber über die Beigeladene zu 2). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beigeladene zu 2) Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen (§ 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB).

- 58** (b) Das Wesentlichkeitskriterium ist ebenfalls erfüllt. Die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 2) dienen zu mehr als 80 % der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde (§ 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB). Die Antragsgegnerin hat im Einzelnen dargelegt, dass die Beigeladene zu 2) in den Jahren 2015 bis 2017 zu nahezu 87 % für die sie kontrollierenden öffentlichen Behörden tätig war und dies in Zukunft ebenfalls sichergestellt sein wird.
- 59** (c) An der Beigeladenen zu 2) besteht auch keine direkte private Kapitalbeteiligung (§ 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB). Gesellschafter der Beigeladenen sind kommunale Gebietskörperschaften, eine Anstalt des öffentlichen Rechts und juristische Personen des Privatrechts, die ihrerseits zu 100 % im Eigentum kommunaler Gebietskörperschaften stehen.
- 60** (3) Der Senat sieht keine Veranlassung, wie von der Antragstellerin angeregt, dem Gerichtshof der Europäischen Union diese die Auslegung von Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 betreffende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 61** Wird eine Frage nach der Auslegung des Unionsrechts in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet. Die Vorlagepflicht setzt voraus, dass Zweifel an der Auslegung der Norm des Unionsrechts bestehen (EuGH, Urteil vom 9. September 2015, C-160/14). Die ursprünglich bestehenden Zweifel des Senats hinsichtlich der Auslegung des Eigenerbringungsgebots in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. e der Verordnung (EG) 1370/2007 - die Auslegungsfrage stellt sich in der gleichen Weise bei der Anwendung der insoweit wortgleichen Vorschrift des Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung - sind nach Abschluss zweier Vorabentscheidungsersuchen ausgeräumt (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 8. Mai 2017, VII-Verg 51/16, Vorlagefrage 3, und vom 8. März 2018, VII-Verg 26/17). Zwar hat der Gerichtshof der Europäischen Union die Frage nicht beantwortet. Allerdings haben sich im Anschluss an die Vorlage der Generalanwalt Sánchez-Bordona in seinem Schlussantrag vom 13. September 2018 (verb, Rs. C-266/17 und C-267/17), die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2018 sowie Stimmen in der Literatur (Lenz/Jürschik, Der Nahverkehr 3/2018, S. 44; Oebbecke, NVwZ 2019, 16) der vom Senat als vorzugswürdig angesehenen Auslegung der Verordnung angeschlossen, so dass die ursprünglichen Zweifel nicht mehr fortbestehen.
- 62** e. Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Inhouse-Vergabe verstößt nicht gegen das in § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB niedergelegte Verbot der Ausnutzung einer marktbeherrschenden

Stellung durch unbillige Behinderung oder ungerechtfertigte Diskriminierung. Behauptete Verstöße gegen Kartellrecht sind im Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zu überprüfen, und zwar im Wege einer Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm (BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11; Senatsbeschluss vom 21. Februar 2005, VII-Verg 91/04 [in Bezug auf eine Patentrechtsverletzung]). Vergaberechtliche Anknüpfungsnorm könnte hier möglicherweise der Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sein. Dieser ist nicht verletzt. Es mag zutreffen, dass die Antragsgegnerin in ihrem Zuständigkeitsbereich marktbeherrschende Nachfragerin von Personenverkehrsdienstleistungen ist. Vorliegend ist wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung jedoch eine kartellrechtswidrige Ausnutzung dieser Stellung durch die beabsichtigte Inhouse-Vergabe ausgeschlossen, weil die rechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vorliegen.

- 63** f. Aus diesem Grund liegt auch keine Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vor, weil ein Eingriff - ungeachtet der Frage, ob der Schutzbereich dieses Grundrechts eröffnet ist - jedenfalls durch die gesetzlich zulässige Inhouse-Vergabe gerechtfertigt wäre (OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 - juris, Rn. 246). Dass es deshalb nach der Behauptung der Antragstellerin „in Nordrhein-Westfalen zu einer flächendeckenden Direktvergabe von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs an öffentliche Verkehrsunternehmen kommt“ (Ss. der Antragstellerin vom 13. November 2019, S. 24, Bl. 216 d.GA.), ist vor diesem Hintergrund hinzunehmen.
- 64** g. Ein Verstoß gegen das in § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB niedergelegte und auf Landesebene in § 3 Abs. 6 TVgG NRW konkretisierte Gebot, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen und Leistungen aufgeteilt nach Losen zu vergeben, liegt ebenfalls nicht vor, weil diese Vorschriften bei einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe gerade keine Anwendung finden (OLG München, Beschluss vom 31. März 2016, Verg 14/15 - juris, Rn. 257 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Oktober 2016, VI-U (Kart) 2/16 - juris, Rn. 73).

III.

- 65** Der Antrag auf Verweisung nach § 17 a Abs. 2 S. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs ist, weil mit ihm rechtswegfremde Unterlassungsansprüche verfolgt werden, unzulässig. Es handelt sich um eine in der Beschwerdeinstanz unzulässige Antragserweiterung. Die von der Antragstellerin hilfsweise erhobenen Unterlassungsansprüche wegen vermeintlicher Verstöße gegen das EU-Beihilfenrecht sind im Vergabenachprüfungsverfahren nicht statthaft (Senatsbeschluss vom 3. Juli 2019, VII-Verg 51/16). Eine Rechtswegverweisung kommt nicht in Betracht, weil die Ansprüche nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer waren und damit nicht als Teil des Streitgegenstands des Verfahrens vor der Vergabekammer beim Vergabesenat angefallen sind.

IV.

- 66** Der Antrag der Antragstellerin vom 13. November 2019 auf Akteneinsicht in „die seit September 2016 fortgeschriebene Vergabeakte“ war abzulehnen. Das Akteneinsichtsrecht gemäß § 165 Abs. 1 GWB besteht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betreffenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17 - juris, Rn. 38; Behrens in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 165 Rn. 19). Der Begründung der Antragstellerin lässt sich hierzu nichts entnehmen. Allein der Umstand, dass für die Antragstellerin der mögliche

Abschluss eines Inhouse-Geschäfts aus der bisherigen Vergabedokumentation nicht zu erkennen war, rechtfertigt die begehrte erweiterte Akteneinsicht nicht, weil ihr die an die neue Rechtsprechung angepasste Direktvergabeabsicht hinlänglich aus dem schriftsätzlichen Vorbringen der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren zur Kenntnis gebracht worden ist und sie, die Antragstellerin, ihre Möglichkeiten zur Wahrung ihrer subjektiven Rechte umfassend genutzt hat. Aus diesem Grund bestand auch keine Veranlassung zur Gewährung eines Schriftsatznachlasses für ergänzenden Vortrag,

V.

- 67** Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 148 ZPO in Verbindung mit § 73 Nr. 2 GWB und § 175 Abs. 2 GWB wegen Vorgefährlichkeit des beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des Bundesfinanzhofs (Beschluss vom 13. März 2019, 1 BR 18/19) war zurückzuweisen, weil der Rechtsstreit beim Bundesfinanzhof nicht mehr anhängig ist (Pressemitteilung des Bundesfinanzhofs Nr. 8/2020 vom 6. Februar 2020). Im Übrigen sind die sich in jenem Verfahren stellenden Rechtsfragen im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Die von der Antragstellerin geltend gemachten Verstöße gegen EU-beihilferechtliche Vorschriften, bei denen es sich nicht um vergaberechtliche Vorschriften handelt, wirken sich im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin nicht aus, weil die Beigeladene von etwaigen unzulässigen Beihilfen erst nach Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags profitieren kann. Im Übrigen ist das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. dem Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV erst dann verletzt, wenn die Beihilfe gewährt wird. Dies setzt voraus, dass ein Unternehmen einen geldwerten Vorteil ohne angemessene Gegenleistung erhalten hat, während die hier angegriffene beabsichtigte Direktvergabe allenfalls die Möglichkeit einer Beihilfengewährung eröffnet.

VI.

- 68** Der Antrag auf Aufhebung der Beiladung der Beigeladenen zu 2) hat keinen Erfolg. Der Senat kann trotz der Unanfechtbarkeit der Beiladung (§ 162 S. 2 GWB) auch im Beschwerdeverfahren Beiladungen aufheben (Senatsbeschluss vom 20. Mai 2008, VII-Verg 27/08). Die Voraussetzungen der Beiladung der Beigeladenen zu 2) liegen weiterhin vor, Die Beiladung setzt gemäß der auch im Beschwerdeverfahren anwendbaren Vorschrift des § 162 S. 1 GWB eine kausal durch die Entscheidung in der Hauptsache möglich werdende schwerwiegende Interessenberührung des Beizuladenden in wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht voraus. Eine schwerwiegende Interessenberührung in wirtschaftlicher Hinsicht, die nach dem eben Gesagten für eine Beiladung ausreichend ist, liegt vor, wenn sich die Position des Beizuladenden im Vergabeverfahren durch den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens oder des Beschwerdeverfahrens verändern kann und dadurch seine Aussichten sinken, den Auftrag zu erhalten (Senatsbeschlüsse vom 14. Oktober 2019, VII-Verg 32/19, vom 26. Juni 2002, Verg 24/02 - juris, Rn. 9, und vom 13. November 2000, Verg 14/00 - juris; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018 § 162 GWB Rn. 4), So liegt der Fall auch bei der Beigeladenen zu 2), deren Aussichten auf den Erhalt des „Unterauftrags“ vom Ausgang dieses Verfahrens maßgeblich abhängen.

VII.

- 69** Wie bereits dargelegt (oben II.2b) aa) und II.2.d) bb) (3)), besteht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV keine Veranlassung.

VIII.

- 70** Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Es entspricht gemäß § 78 S. 1 GWB der Billigkeit, der Antragstellerin die durch das begründete Rechtsmittel der Antragsgegnerin verursachten Kosten aufzuerlegen, jedoch ohne die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Die Beigeladenen haben - ebenfalls aus Gründen der Billigkeit - ihre jeweiligen Kosten selbst zu tragen, denn sie haben weder einen eigenen Antrag gestellt, noch sich in relevantem Umfang schriftlich oder mündlich am Verfahren beteiligt. Die Entscheidung über die Kostentragung im Verfahren vor der Vergabekammer beruht, weil die Antragstellerin unterlegen ist, auf § 182 Abs. 3 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin in dem Verfahren vor der Vergabekammer war nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 VwVfG notwendig, weil der Sachverhalt komplex und die zu beurteilenden Rechtsfragen schwierig waren.
- 71** Die Entscheidung über den Wert für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG, wobei der geschätzte Gesamtauftragswert bezogen auf einen Vierjahreszeitraum zugrunde gelegt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, Rn. 80; Senatsbeschlüsse vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16, und vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10; OLG Rostock, Beschluss vom 25. September 2013, 17 Verg 3/13).

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.2.2020 – VII-Verg 2/19, BeckRS 2020, 2260