

Oberlandesgericht Düsseldorf, Verg 1/19

Datum: 19.02.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 1/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0219.VERG1.19.00

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 4. Januar 2019 (VK K 40/18) in den Ziffern 1 und 2 des Beschlusstenors aufgehoben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung der Vorinformation über die Direktvergabe für den Betrieb von Personenverkehrsdienssten auf dem Linienbündel der Linien ... und „Citybus“ ihres Stadtverkehrs zurückzuversetzen und bei erneuter Durchführung die Rechtsauffassung des Vergabesenats zu berücksichtigen.
2. Der Antrag der Antragstellerin vom 16. Mai 2019, den Rechtsstreit gemäß § 17a 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 Voreilflichkeit des beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Vorabentscheidungsersuchens des Bundesfinanzhofs (Beschluss vom 13. März 2019, 1 BR 18/19) wird abgelehnt.
6. Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie von den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragstellerin 20 % und die Antragsgegnerin 80 %. Die Antragsgegnerin trägt 80 % der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin; die Antragstellerin trägt 20 % der zur

zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre jeweiligen Aufwendungen selbst.

7. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

8. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf € 595.000,00.

<u>Gründe</u>	1
I.	2
Mit europaweiter Bekanntmachung vom 29. Juni 2018 (Supplement zum Amtsblatt, Bekanntmachungsnummer 2018/S 123-280769) kündigte die Antragsgegnerin gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die „Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages über öffentliche Personenverkehrsdienste im Straßenpersonennahverkehr“ an die Beigeladene zu 1) mit Wirkung zum 1. Oktober 2019 an.	3
Der Auftrag sollte die Erbringung der im Beschlusstenor bezeichneten Busverkehrsleistungen auf dem Gebiet der Antragsgegnerin einschließlich abgehender Linienabschnitte umfassen und in Form einer Dienstleistungskonzession vergeben werden (Ziffer II.1.3 der Bekanntmachung). Die Verkehrsleistungen sollten circa ... Jahres-Fahrplan-Kilometer (Ziffer II.2 der Bekanntmachung) mit einem geschätzten jährlichen Auftragswert von € ... betragen, wobei als Laufzeit des gesamten Auftrags zehn Jahre ab Auftragsvergabe vorgesehen waren (Ziffer II.3 der Bekanntmachung). Nach Ziffer IV.1) der Bekanntmachung sollte der Auftrag an „einen internen Betreiber (Art. 5.2 von 1370/2007)“ vergeben werden.	4
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 selbst keine Fahrleistungen im öffentlichen Nahverkehr erbringt und über keine eigenen Fahrzeuge verfügt. Sie beabsichtigt, den überwiegenden Teil der Personenverkehrsdienste durch die Beigeladene zu 2), ein kommunales Verkehrsunternehmen, erbringen zu lassen.	5
In dem Entwurf für einen Öffentlichen Dienstleistungsauftrags (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:	6
„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	7

und der Höhe der Fahrgeldeinnahmen. Ihr stehen die Einnahmen aus den Fahrscheinverkäufen [...und] die entsprechenden Fahrgeldersatzeinnahmen zu.“ (Eckig Eingeklammertes im gesamten Beschlussdokument durch Senat)

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. 9

(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. 10

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. [...] 11

(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. [...]“ 12

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. 7, Bl. 94 d.GA.). 13

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“ verstöße gegen das EU-Beihilfenrecht. 14

Die Antragsgegnerin half der Rüge mit Schreiben vom 20. August 2018 nicht ab. 15

16

Die Antragstellerin hat am 4. September 2018 einen Nachprüfungsantrag gestellt und zusätzlich gerügt, dass die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007, die Anwendbarkeit der Vorschrift unterstellt, nicht vorlägen.

Sie hat beantragt, 17

der Antragsgegnerin die Direktvergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten an die Beigeladene zu 1) nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 entsprechend der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. 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. 18

Der Antragsgegner hat beantragt, 19

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 20

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die entsprechend § 135 Abs. 2 S. 2 GWB für die Antragstellung geltende Frist sei abgelaufen. Dem Antrag fehle teilweise das Rechtsschutzbedürfnis, weil die Antragstellerin lediglich die Einhaltung der Anforderungen nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 und nicht die Durchführung einer Wettbewerbsvergabe beanspruchen könne. Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Da der geplante öffentliche Dienstleistungsauftrag im Wege einer gesellschaftsrechtlichen Weisung an die Geschäftsführung der Beigeladenen zu 1) vergeben und die Form einer Dienstleistungskonzeption annehmen werde, liege kein entgeltlicher Dienstleistungsauftrag vor, mit der Folge, dass die Vergabe Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 unterfalle. 21

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 4. Januar 2019 der Antragsgegnerin 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 § 8a Abs. 7 PBefG statthaft. Der Nachprüfungsantrag sei weder verfristet noch verwirkt. Die in § 135 Abs. 2 S. 2 GWB genannte Frist gelte hier nicht. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 und 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 lägen nicht vor, weil die Beigeladene zu 2) öffentliche Personenverkehrsdienste auch außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der Antragsgegnerin erbringe. 22

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde. Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet, weil die beabsichtigte Direktvergabe sowohl den Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 als auch denen von § 108 GWB entspreche. 23

Der Antragsgegner beantragt, 24

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 4. September 2018 zurückzuweisen sowie die Hinzuziehung 25

ihrer Verfahrensbevollmächtigten vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin beantragt,	26
1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und	27
2. ihr Einsicht in die seit September 2018 fortgeschriebene Vergabeakte der Antragsgegnerin und einen Schriftsatznachlass für ergänzenden Vortrag hierauf zu gewähren;	28
3. die Beiladung der Beigeladenen zu 2) aufzuheben;	29
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;	30
5. dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:	31
a. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 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?	32
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 ... % der Geschäftsanteile hält und die übrigen Gesellschaftsanteile mittelbar oder unmittelbar von anderen zuständigen Behörden gehalten werden?	33
6. hilfsweise für den Fall, dass der Zurückweisungsantrag nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollte, den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 S. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen;	34
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.	35

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. Die Einsichtnahme in die fortgeschriebene Vergabeakte sei erforderlich, weil die Antragsgegnerin ausweislich ihrer bisherigen Vergabedokumentation eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 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. 2, Art. 4 Abs. 7 und Art. 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.

Die mit Schreiben der Vergabekammer vom 5. September 2018 bzw. vom 31. Oktober 2018 zum Verfahren hinzugezogenen Beigeladenen haben jeweils keinen Antrag gestellt und sich auch nicht durch Einreichen von Schriftsätzen am Verfahren beteiligt. 37

Der Senat hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass sie nicht vorgetragen hat, in welchem Umfang die Beigedane zu 1) ihre Tätigkeit für die Antragsgegnerin erbringt. 38

II. 39

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat nur zu einem geringen Teil Erfolg, weil der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Wesentlichen zulässig (unten 1.) und begründet (unten 2.) ist. Lediglich der Antrag der Antragstellerin auf eine Vergabe nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB bleibt erfolglos, weil eine rechtmäßige Direktvergabe nicht ausgeschlossen ist und es der Antragsgegnerin obliegt zu prüfen, ob und wie eine Direktvergabe vorgenommen werden kann (unten 3.). 40

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist überwiegend zulässig. 41

a. Er ist statthaft. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 8a 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 § 8a 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 § 8a 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, § 8a 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 § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8a 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 § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG zu schließen.

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. 43

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 – nicht wie vom öffentlichen Auftraggeber ursprünglich geplant abgeschlossen werden, werden allenfalls Rechte des internen Betreibers und des öffentlichen Auftraggebers selbst berührt.

c. Die Antragstellerin hat die behaupteten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gerügt und ihren Nachprüfungsantrag fristgerecht erhoben. Anders als die Antragsgegnerin meint, konnte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag in analoger Anwendung von § 135 Abs. 2 S. 2 GWB nicht nur innerhalb von 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung stellen. Diese Vorschrift ist – wie die Antragsgegnerin selbst einräumt – nach ihrem Wortlaut nicht einschlägig, weil es weder an einer Bekanntmachung fehlt noch die Unwirksamkeit eines Vertrages festgestellt werden soll; sie findet auch keine entsprechende Anwendung bei Nachprüfungsverfahren gegen die beabsichtigte Direktvergabe, die im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht wurde (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 43/18). Es fehlt sowohl an der Vergleichbarkeit der Fälle als auch an einer Regelungslücke. Der Vorschrift des § 135 Abs. 2 GWB liegt der Gedanke zugrunde, dass die schwebende Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrages nach einer bestimmten Zeitspanne ein Ende finden soll. Bei der Bekanntmachung einer beabsichtigten Direktvergabe geht es jedoch nicht um die schwebende Wirksamkeit eines Vertrags. Eine Beauftragung soll überhaupt erst ausgesprochen werden. Überdies stünde die entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 2 GWB in Widerspruch zu § 8a Abs. 5 S. 2 PBefG. Wenn am Auftrag interessierten Unternehmen gemäß § 8a Abs. 5 S. 2 PBefG eine Frist von sechs Monaten für einen Antrag auf Mitteilung der Gründe für eine Direktvergabe eingeräumt wird, die in der Regel erst der Vorbereitung eines etwaigen Nachprüfungsantrags dient, leuchtet nicht ein, dass die bekanntgemachte Vorinformation innerhalb einer Frist von 30 Kalendertagen mit einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren angegriffen werden muss.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist, soweit zulässig, überwiegend begründet. 46

Die beabsichtigte Direktvergabe ist weder nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 noch als Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB zulässig. Ob sie zusätzlich gegen andere Vorschriften des Vergaberechts verstößt, bedarf keiner Entscheidung.

47

a. Die Möglichkeit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 besteht nicht, weil die genannte Vorschrift im Fall nicht anwendbar ist.

48

aa. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. März 2019 (C-266/17 und C-267/17) und vom 8. Mai 2019 (C-253/18) sind Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht anwendbar auf Direktvergaben von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdiene 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 5. Dezember 2019 formulierten Vorlagefragen 5.a) zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 kommt es nicht an.

49

bb. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession, die zur Anwendung der Verordnung (EG) 1370/2007 führen würde, sind nicht erfüllt.

50

(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 öffentlicher 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

51

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).

(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. 52

Aus den 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. 53

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 sie 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: 54

Die Beigeladenen zu 1) erhält unabhängig von ihrem unternehmerischen Erfolg gemäß § 5 Abs. 2 UAbs. 2 Vertrags-E einen Gewinn von Höhe von ... % 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. 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). Aber auch dieses Risiko wird abgedeckt: Innerhalb eines Vierjahreszeitraum 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 55

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. 9. August 2019, S. 9, Bl. 96 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 defizitärem 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 70 % 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.

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.

b. Die beabsichtigte Direktvergabe ist auch nicht nach § 108 Abs. 1 GWB 57 zulässig.

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. 58

Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der Antragsgegnerin zur Beigeladenen zu 1) nicht vor, weil die Antragsgegnerin auch nach Hinweis des Senats nicht vorgetragen hat, dass die Beigeladene zu 1) mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die Antragsgegnerin erbringt. Die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ergibt sich auch nicht aus der Vergabeakte. Vielmehr geht die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk selbst davon aus, dass „die Voraussetzungen für eine solche Inhousevergabe [...] aufgrund der Gas- und Wasserversorgungssparte der [Beigeladenen zu 1)] allerdings nicht erfüllt (fehlendes ‚Wesentlichkeitskriterium‘) [sind]“ (Bl. 6 d. Vergabeakte). 59

3. Keinen Erfolg hat der Nachprüfungsantrag, soweit die Antragstellerin begehrt, dem Antragsgegner bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht aufzugeben, die Aufträge jeweils nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu vergeben. Es obliegt dem öffentlichen Auftraggeber zu überprüfen, ob die Voraussetzungen einer Direktvergabe vorliegen, sich gegebenenfalls für eine Direktvergabeart zu entscheiden und die dafür notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen (Senatsbeschluss vom 10. März 2014, VII-Verg 11/14 – juris, Rn. 11; OLG München, Beschluss vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19 – juirs, Rn. 52). Soweit die Vergabekammer die Antragsgegnerin zur Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens verpflichtet hat, hat sie die Bestimmungsfreiheit der Antragsgegnerin verletzt. 60

III. 61

Der Antrag der Antragstellerin vom 13. November 2019 auf Akteneinsicht in „die seit September 2018 fortgeschriebene Vergabeakte“ war abzulehnen. Das Akteneinsichtsrecht besteht gemäß § 165 Abs. 1 GWB 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; 62

Behrens in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 165 Rn. 19). Hieran fehlt es im Hinblick auf die vom Senat angeordnete Zurückversetzung des Direktvergabeverfahrens. Aus diesem Grund bestand auch keine Veranlassung zur Gewährung eines Schriftsatznachlasses für ergänzenden Vortrag.

IV. 63

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 Beiladungsbeschlüsse erlassen und 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 Interessenberührungen des Beizuladenden in wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht voraus. Eine schwerwiegende Interessenberührungen 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.

V. 65

Die Hilfsanträge, über die wegen des Teilerfolgs der sofortigen Beschwerde zu entscheiden war, sind abzulehnen. 66

Der Antrag auf Verweisung nach § 17a 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.

Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 148 ZPO in Verbindung mit § 73 Nr. 2 GWB und § 175 Abs. 2 GWB wegen Vorgreiflichkeit 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 wirken sich im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin nicht aus, weil die Beigeladenen von etwaigen unzulässigen

Beihilfen erst nach Erteilung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags profitieren können.

VI. 69

Zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV besteht mangels Entscheidungserheblichkeit der von der Antragstellerin angeregten Vorlagefragen keine Veranlassung. Da die Direktvergabe nicht zulässig ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob diese gegen Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 verstößt.

VII. 71

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 Antragsgegnerin die Kosten aufzuerlegen, soweit ihr Rechtsmittel unbegründet war, 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 auf § 182 Abs. 3 S. 1, 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.

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).

Oberlandesgericht Düsseldorf, Verg 11/18

Datum: 04.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 11/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0304.VERG11.18.00

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 18. Januar 2018, VK K 57/17, aufgehoben.
2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 11. Oktober 2017 wird zurückzuweisen.
3. Die Anträge der Antragstellerin vom 6. November 2019 und vom 22. Januar 2020 auf ergänzende Akteneinsicht in die Vergabeakte sowie der Antrag vom 21. Oktober 2019 auf Einsicht in die Gerichtsakte werden abgelehnt.
4. Der Antrag der Antragstellerin vom 22. Januar 2020, das Verfahren bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die von der Antragstellerin eingelegte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, auszusetzen, wird abgelehnt.
5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners, werden der Antragstellerin auferlegt. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners vor der Vergabekammer war notwendig.
7. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf € 2.900.000,00.

<u>Gründe</u>	1
I.	2

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 7. September 2017 (Supplement zum Amtsblatt der EU, Bekanntmachungsnummer 2017/S 171-351221) kündigte der Antragsgegner die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages über Busverkehrsleistungen im Kreisgebiet des Antragsgegners „nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007“ mit Wirkung zum 9. Dezember 2018 an.	3
Die Verkehrsleistungen sollten circa 8,2 Mio. Jahres-Fahrplan-Kilometer betragen (Ziffer II.2 der Bekanntmachung), wobei die Vergabe von Unteraufträgen beabsichtigt war (Ziffer II.1.6 der Bekanntmachung). Als Laufzeit des gesamten Auftrags waren zehn Jahre ab Auftragsvergabe vorgesehen (Ziffer. II.3 der Bekanntmachung). Der Auftrag sollte nach Ziffer IV.1) der Bekanntmachung „an einen internen Betreiber (Art. 5.2 von 1370/2007)“ vergeben werden, dem ein „ausschließliches Recht im Sinne von Art. 2 lit. f der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007“ gewährt werden sollte (Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung).	4
Der Antragsgegner ist in seinem Gebiet Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) und als solcher – gemeinsam mit weiteren Kreisen und Städten – Mitglied des Zweckverbandes W. (im Folgenden W.), dem unter anderem die Teilaufgabe Tarif unter dem Aspekt „Gemeinschaftstarif“ übertragen wurde (§ 3 Abs. 4 der Zweckverbandssatzung). Die Durchführung des Verkehrs und damit die Übernahme einer unternehmerischen Tätigkeit ist nicht Aufgabe des Zweckverbands. Sie obliegt den im W. tätigen Unternehmen (§ 3 Abs. 10 der Satzung).	5
Die Antragstellerin ist ein im Gebiet des Antragsgegners tätiges Verkehrsunternehmen.	6
Bei dem vorgesehenen internen Betreiber handelt es sich um die Beigedene, ein kommunales Verkehrsunternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Gesellschafter der Beigedene sind mit einem Anteil von jeweils 12,5 % am Stammkapital der Antragsgegner, der S. Kreis, die Stadt L., der S. 1-Kreis, die L.1 GmbH, die Stadtwerke C. GmbH sowie mit einem Anteil von jeweils 2,5 % der P. Kreis, die Elektrische Bahnen der Stadt C. und des S. 2 GmbH, die T. GmbH, die Stadtwerke C. 1 GmbH, die Stadtwerke X. GmbH und die Stadtwerke I., Technische Betriebe und Einrichtungen AöR. Die Beigedene hält Eigenanteile von 10 % am Stammkapital.	7
Im Gesellschaftsvertrag der Beigedene (Anlage Bf 2) heißt es in „§ 16 Gesellschaftsversammlung	8
(1) Die Gesellschafter sind für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht einem anderen Organ durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrags zur ausschließlich Zuständigkeit überwiesen sind. Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, der Geschäftsführung nach Maßgabe des GmbH-Recht Weisungen zu erteilen.	9
[...]	10
(3) Die Gesellschafterversammlung beschließt insbesondere über	11
[...]	12
n) das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.“ (Eckig Eingeklammertes im gesamten Beschluss durch Senat)	13

Weiter heißt es unter „Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung“ in § 17 Abs. 1a des Gesellschaftsvertrags der Beigeladenen:	14
„Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer ¾-Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei diese zugleich 2/3 der anwesenden Gesellschafter nach Köpfen repräsentieren müssen. Ausgenommen hiervon sind Änderungen des § 16 Abs. 3n) und § 17 Abs. 1a), die der Einstimmigkeit bedürfen [...]. Bei Beschlüssen gemäß § 16 Abs. 3 Buchstabe n) ist allein derjenige Gesellschafter stimmberechtigt ist, 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. [...]“	15
Mit anwaltlichem Schreiben vom 28. September 2017 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Direktvergabe, weil die Beigeladene die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nicht erfülle. Da der Vertrag mit der Beigeladenen nicht als Dienstleistungskonzession ausgestaltet sei, scheide eine Direktvergabe nach Art. 5 der Verordnung (EG) 1370/2007 aus. Vielmehr sei der öffentliche Dienstleistungsauftrag nach den Vorschriften der Vergaberichtlinien zu vergeben. Hinzu komme, dass der Antragsgegner über die Beigeladene nicht die erforderliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe. Die Beigeladene sei auch nicht ausschließlich im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners als zuständiger Behörde tätig, da sie auch in allen anderen Gebietskörperschaften, die Mitglieder des Zweckverbands S. 3 sind, sowie in vier Stadtbusstädten Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs erbringen.	16
Der Antragsgegner wies die Rügen mit Schreiben vom 9. Oktober 2017 zurück.	17
Die Antragstellerin hat am 11. Oktober 2017 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Der Antrag umfasste insgesamt dreieinhalb Seiten, hiervon anderthalb Seiten Sachverhaltsdarstellung und eine Begründung, die sich in der Bezugnahme auf das Rügeschreiben und drei Entscheidungen der Vergabekammer erschöpfte. Zusätzlich rügte die Antragstellerin die Verletzung des Grundsatzes der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 GWB.	18
Sie hat beantragt,	19
dem Antragsgegner zu untersagen, in seinem Kreisgebiet den beabsichtigten öffentlichen Dienstleistungsauftrag über Busverkehrsleistungen an die Beigeladene zu vergeben, hilfsweise ihn zu verpflichten, den Auftrag nur nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.	20
Der Antragsgegner hat beantragt,	21
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.	22
Die Vergabekammer hat mit dem angegriffenen Beschluss vom 18. Januar 2018 (VK K 57/17) dem Antragsgegner untersagt, den Zuschlag auf den öffentlichen Dienstleistungsauftrag der Beigeladenen zu erteilen, und ihn bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, den Auftrag nur nach vorheriger Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB zu	23

vergeben. Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet, weil die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 und 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht vorlägen.

Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit seiner am 1. Februar 2019 eingelagten sofortigen Beschwerde. Der Nachprüfungsantrag sei mangels ausreichender Begründung schon unzulässig. Er sei jedenfalls unbegründet, weil die beabsichtigte Direktvergabe sowohl den Anforderungen von § 108 GWB als auch denen von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 entspreche. 24

Der Antragsgegner beantragt, 25

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen. 26

Die Antragstellerin beantragt, 27

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen; 28

2. ihr Einsicht in die Gerichtsakte und in die seit Oktober 2017 fortgeschriebene Vergabeakte zu gewähren, insbesondere in den Entwurf des öffentlichen Dienstleistungsauftrags (Stand: 30.10.2019) auch insoweit, als darin Regelungen über die Gewährung ausschließlicher Rechte an die Beigeladene enthalten sind; 29

3. das Verfahren bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 30 über die von der Antragstellerin eingelagerte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, auszusetzen;

4. die Sache nach § 179 GWB dem Bundesgerichtshof wegen 31 beabsichtigten Abweichens vom Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19, vorzulegen;

5. hilfsweise – für den Fall, dass der Vergabesenat nicht ohne weiteres entsprechend dem Antrag zu 3. entscheiden sollte – dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: 32

a. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 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 auf einen Zweckverband Verkehrsverbund übertragen wird, dem neben der einzelnen Behörde weitere in ihren geografischen Gebieten zuständige Behörde angehören? 33

34

b. Steht, wenn eine einzelne zuständige Behörde entweder ein Inhouse-Geschäft oder gemäß Art. 5 Abs. 2 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 nach dessen Gesellschaftsvertrag bei Beschlüssen über das Zustandekommen, die Änderung oder die Beendigung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 alleine derjenige Gesellschafter stimmberechtigt ist, der selber oder dessen mittelbarer oder unmittelbarer Eigentümer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 an den internen Betreiber vergibt?

c. Kann eine in der Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 angekündigte Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 dieser Verordnung in ein Inhouse-Geschäft im Sinne des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU umgedeutet werden, ohne dass die zuständige Behörde bzw. der öffentliche Auftraggeber zuvor durch Veröffentlichung einer weiteren Bekanntmachung darauf hingewiesen hat, dass nun anstelle der angekündigten Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 die Vergabe eines Inhouse-Geschäfts im Sinne des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU vorgenommen wird? 35

d. Sind Art. 5 Abs. 2 S. 1 und S. 2 lit. a der Verordnung (EG) 1370/2007 bzw. Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend auszulegen, dass eine nach nationalem Recht grundsätzlich zuständige Behörde bzw. ein öffentlicher Auftraggeber über einen anderen internen Betreiber bzw. über eine juristische Person, die im Rahmen eines Inhouse-Geschäfts beauftragt werden soll, schon dann eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene Dienststelle, wenn die zuständige Behörde bzw. der öffentliche Auftraggeber nur die Entscheidung über die Direktvergabe im Verhältnis zwischen ihr und dem angeblichen internen Betreiber bzw. die Entscheidung über den Abschluss eines Inhouse-Geschäfts mit der betreffenden juristischen Person allein treffen, sonstige strategische Entscheidungen oder Managemententscheidungen des internen Betreibers bzw. der juristischen Person, die im Wege eines Inhouse-Geschäfts beauftragt werden soll, aber nicht wesentlich beeinflussen kann? 36

e) Ist es mit Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1370/2007 und mit Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar, dass eine zuständige Behörde einem ausgewählten internen Betreiber ausschließliche Rechte im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1370/2007 im Wege eines Inhouse-Geschäfts gewährt, obwohl ausschließliche Rechte nach dieser Vorschrift nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gewährt werden dürfen und Inhouse-Geschäfte nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU gerade keine öffentlichen Dienstleistungsaufträge sind? 37

6. hilfsweise – für den Fall, dass der Vergabesenat weder entsprechend dem Antrag zu 1. noch entsprechend dem Antrag zu 5. entscheiden sollte – festzustellen, dass eine Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags über die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdiene mit Bussen im Verhältnis zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 entsprechend dem Inhalt der vom Antragsgegner veröffentlichten Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht zulässig ist. 38

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens. Über die bereits vor der Vergabekammer geltend gemachten Verstöße hinaus rügt sie, dass die seitens des Antragsgegners beabsichtigte Inhouse-Vergabe nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und diese Art der Direktvergabe nicht in der Vorinformation angekündigt worden sei. Der Rückgriff auf die allgemeinen Inhouse-Regeln sei bei der Vergabe öffentlicher Personenverkehrsdiene mit Bussen versperrt, weil andernfalls finanzielle Ausgleichsleistungen „ohne nähere Prüfung und im Ergebnis ohne Grenzen fließen“ könnten. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe lägen auch nicht vor. Die Beigedane erbringe nicht den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten für ihre Gesellschafter. Sie habe in den Jahren 2017 und 2018 ein Drittel ihres Umsatzes aus Aufträgen der S. 4 mbH (im Folgenden: S. 4) erzielt, die an der Beigedane nicht beteiligt ist. Dass die Beigedane auch in Zukunft außerhalb des W. tätig sei, sei analog Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 lit. b der Verordnung (EG) 3170/2007 unzulässig. Die Antragstellerin macht ferner Mängel in der Vorinformation und in der Dokumentation geltend und rügt die fehlende Vergabereife. Es fehlten die das beabsichtigte Inhouse-Geschäft tragende Beschlussfassung in den Gremien des Antragsgegners sowie ein Vertragsentwurf. Das unsichere, weil womöglich EU-beihilfenrechtswidrige Finanzierungsmodell stehe der Vergabereife ebenfalls entgegen. Die beabsichtigte Direktvergabe verstöße schließlich gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 sowie gegen Kartellrecht und die in Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit privater Verkehrsunternehmen. Da der Antragsgegner seine Absicht hinsichtlich der Direktvergabeart geändert habe, seien ihm jedenfalls die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Einsichtnahme in die fortgeschriebene Vergabeakte sei erforderlich, weil offen sei, wie der Antragsgegner auf die Entwicklung der Rechtsprechung seit Oktober 2017 reagieren wolle. Zudem regt die Antragstellerin an, die Sache im Wege der Divergenzvorlage dem Bundesgerichtshof wegen Abweichens von dem Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) vorzulegen. Die Antragstellerin habe am 17. Januar 2019 gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019 (XIII ZB 120/19) Verfassungsbeschwerde eingelegt, weshalb zudem eine Aussetzung des Verfahrens geboten sei.

Die mit Beschluss der Vergabekammer vom 12. Oktober 2017 zum Verfahren hinzugezogene Beigedane hat keinen Antrag gestellt und sich auch sonst nicht am Verfahren beteiligt.

II. 42

Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückweisung des teilweise zulässigen und im Übrigen unbegründeten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig. 44

a. Er ist statthaft. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist eröffnet. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 8a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG (Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 1/19, VII-Verg 2/19, VII-Verg 26/17 und VII-Verg 27/17, sowie 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 § 103 GWB 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 § 8a 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 § 8a 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, § 8a 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 § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling in Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, § 8a 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 § 8a Abs. 7 S. 1 PBefG zu schließen.

b. Die Antragstellerin ist im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB überwiegend antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag bekundet und eine Verletzung ihrer Rechte durch zahlreiche behauptete Vergaberechtsverstöße geltend gemacht. 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 an der Angebotsabgabe gehindert war. 46

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 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 (Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 1/19, VII-Verg 2/19 und VII-Verg 26/17). 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 (Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 1/19, VII-Verg 2/19 und VII-Verg 26/17). Soweit die Antragstellerin die Anwendung von § 108 GWB wegen angeblicher Verstöße gegen das EU-Beihilfenrecht rügt, fehlt ihr die Antragsbefugnis ebenfalls, weil es sich bei diesen Vorschriften nicht um solche des Vergaberechts handelt. Im Übrigen geht die Befürchtung der Antragstellerin, finanzielle Ausgleichsleistungen könnten im Falle einer Inhouse-Vergabe ohne Prüfung und „unbegrenzt“ fließen, fehl, weil die Bestimmungen der Verordnung (EG) 1370/2007 über die Gewährung von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auch im Falle einer Direktvergabe nach § 108 GWB anwendbar bleiben (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19). 47

c. Der Nachprüfungsantrag enthält die nach § 161 Abs. 1 S. 1 GWB erforderliche Begründung, einschließlich der nach § 161 Abs. 2 GWB gebotenen Angaben. Die Begründung muss unter anderem eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung enthalten, so dass die Vergabekammer die Antragsbefugnis feststellen kann (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 161 GWB Rn. 6; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 161 GWB Rn. 24). Die Anforderungen dürfen nicht überspannt werden, insbesondere weil es in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht zwingend einer anwaltlichen Vertretung bedarf. Nicht erforderlich ist daher, dass der Antragsteller die einzelnen Rechtsvorschriften 48

benennt, die nach seiner Auffassung verletzt sind (Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 161 GWB Rn. 24).

Diesen Anforderungen genügt der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Die Antragstellerin hat, wenn auch äußerst knapp, den aus ihrer Sicht relevanten Sachverhalt dargestellt und ausgeführt, dass sie sich durch die beabsichtigte Direktvergabe, die aus ihrer Sicht gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt, in ihren Rechten verletzt sieht. Dass sie hinsichtlich ihrer rechtlichen Bewertung auf ihr Rügeschreiben verwiesen hat, ist unschädlich, weil rechtliche Ausführungen im Nachprüfungsantrag entbehrlich sind. 49

2. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit zulässig, unbegründet. Die beabsichtigte Direktvergabe ist rechtlich nicht zu beanstanden. 50

a. Der Antragsgegner ist für die beabsichtigte Direktvergabe zuständige Behörde im Sinne von Art. 2 lit. b der Verordnung (EG) 1370/2007. 51

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). 52

Die Zuständigkeit des Antragsgegners 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). Der Antragsgegner ist als Kreis Aufgabenträger im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 ÖPNVG NRW. 53

Er hat die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe nicht dadurch verloren, dass er bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch den Wege erfüllen lässt (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 – Rn. 25). Dadurch hat er 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). 54

b. Ein Verstoß des Antragsgegners gegen die Vorschriften des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 scheidet aus, weil die Vorschrift vorliegend keine Anwendung findet. 55

aa. Auf Direktvergaben über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen, ist die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht anwendbar (EuGH, Urteil vom 21. März 2019, C-266/17 und C-267/17 – juris, 56

Rn. 80). 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 Abschluss eines Vertrages oder durch rechtverbindlichen Akt erfolgen (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 – Rn. 31). Auf die Beantwortung der von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 14. März 2018 (Bl. 90 ff. d.GA.) und im Schriftsatz vom 22. Januar 2020 (Bl. 380 ff. d.GA.) formulierten Vorlagefragen (Anträge 5 a), b) und d) zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 kommt es nicht an.

bb. Die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession, die zur Anwendung von Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 führen würde, sind nicht erfüllt, wie die Antragstellerin selbst hervorhebt (Ss. v. 4. Oktober 2019, S. 6 ff., Bl. 223 ff. d.GA. und v. 6. November 2019, dort S. 10 f., Bl. 287 f. d.GA.). 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 (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 – juris, Rn. 34).

Gemessen daran soll der Beigeladenen ein Dienstleistungsauftrag erteilt werden. Die Beigeladene soll nicht nur das Recht erhalten, die Dienstleistung zu verwerten, sondern zusätzlich zu ihren Einnahmen aus Beförderungsentgelten öffentliche Ausgleichszahlungen und Zuwendungen erhalten. Eine eigenwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen ist der Beigeladenen nicht möglich. Die Beigeladene ist vielmehr auf Zuschüsse angewiesen, die sie gemäß Ziffern 3.2. und 14 des zwischen ihr und dem Antragsgegner abzuschließenden öffentlichen Dienstleistungsvertrags (im Folgenden: Vertragsentwurf) auch erhalten wird. Im Fall von Änderungen der Anforderungen an das fahrplanmäßige Angebot und die Qualität der Verkehrsdienste soll die Ausgleichsleistung in Höhe der durch die Änderung veränderten Soll-Kosten angepasst werden (Ziffern 9.3. und 11.3. Vertragsentwurf). Der Umstand, dass der Antragsgegner der Beigeladenen für die gesamte Vertragslaufzeit ein ausschließliches Recht für sämtliche, im Vertragsentwurf bezeichneten Linien gewährt (Ziffer 18 Vertragsentwurf) spricht ebenfalls gegen die Annahme, dass die Beigeladene Marktrisiken tatsächlich ausgesetzt ist.

cc. Für eine analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin mangels Regelungslücke kein Raum.

b. Die beabsichtigte Direktvergabe durch den Antragsgegner erfüllt die Voraussetzungen einer zulässigen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 GWB.

Nach dieser Vorschrift ist der Vierte Teil des GWB nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB über eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausübt, jedoch gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über

seine eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium); mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium), und an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht (Beteiligungskriterium).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor:

62

aa. Unschädlich ist, dass der Antragsgegner die gewählte Direktvergabeart in der Vorinformation fehlerhaft als eine „Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2“ 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 der Antragsgegner auf die Voraussetzungen von § 108 GWB sowohl vor der Vergabekammer (Ss. vom 25. Oktober 2017, S. 10 ff.) als auch 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 Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Vielmehr ist das Nachschieben von Gründen im Vergabenachprüfungsverfahren aus Gründen des Beschleunigungsgrundsatzes 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 Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union, wie von der Antragstellerin mit ihrer Vorlagefrage 5 c) angeregt, bedarf es insoweit nicht.

Der Vortrag des Antragsgegners enthält nachvollziehbare Angaben, aus denen auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 108 GWB geschlossen werden kann. Er versetzt die Antragstellerin, der ein geschwärztes Exemplar des Vertragsentwurfs für den zu vergebenden Dienstleistungsauftrag zur Verfügung gestellt wurde, in die Lage, die Rechtmäßigkeit des angekündigten Verhaltens zu überprüfen. 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.

bb. Das Kontrollkriterium ist erfüllt. Der Antragsgegner übt im Sinne von § 108 Abs. 5 Nr. 1 bis 3 GWB gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die Beigeladene eine ähnliche Kontrolle aus wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Gemeinsam haben sie ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Beigeladenen.

Das beschlussfassende Organ der Beigeladenen – die Gesellschafterversammlung – setzt sich ausschließlich aus Vertretern öffentlicher Auftraggeber zusammen. Die umfassenden gesetzlichen Befugnisse der Gesellschafterversammlung werden im Gesellschaftsvertrag niedergelegt: Die Gesellschafterversammlung ist berechtigt, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen (§ 16 Abs. 1 S. 2 des

Gesellschaftsvertrags). Sie beschließt 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 lit. a, b, e, f, k und n des Gesellschaftsvertrags). Der Antragsgegner dominiert gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern den Aufsichtsrat. Dieser besteht aus 12 Mitgliedern, von denen nur vier Mitglieder nach den Bestimmungen des Drittelpartizipationsgesetzes gewählt und nicht von den öffentlichen Auftraggebern entsandt werden. Selbst wenn die Bestimmung des § 17 Abs. 1a S. 3 des Gesellschaftsvertrags, wonach den Antragsgegnern bei Entscheidungen über das Zustandekommen, die Änderung und die Beendigung des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags allein stimmberechtigt ist, bei Inhouse-Vergaben nicht einschlägig wäre, wie die Antragstellerin meint, änderte dies nichts an der – für eine Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ausreichenden – gemeinsamen Kontrolle des Antragsgegners und der übrigen öffentlichen Auftraggeber über die Beigefügte. Der Annahme der gemeinsamen Kontrolle steht auch nicht entgegen, dass die an der Beigefügten beteiligten öffentlichen Auftraggeber ihre Befugnisse hinsichtlich der Teilaufgabe Tarif an den Zweckverband W. übertragen haben, weil ihnen – wie dargelegt – wesentliche Kontroll- und Interventionsbefugnisse verbleiben. Schließlich verfolgt die von den öffentlichen Auftraggebern kontrollierte Beigefügte ungeachtet ihres Eigenanteils keine Interessen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen. Da Zweifel an der Auslegung von EU-Richtlinienbestimmungen, die § 108 GWB umsetzt, nicht bestehen, kommt eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV – wie von der Antragstellerin mit Fragen 5 a), b) und d) angeregt – nicht in Betracht.

cc. Das Wesentlichkeitskriterium ist ebenfalls erfüllt. Die Tätigkeiten der Beigefügten 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). Zur Bestimmung des prozentualen Anteils wird gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 (1. Alt.) GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags herangezogen. Abweichend hiervon können die Durchschnittswerte mit prognostischen Überlegungen kombiniert werden, wenn die zu beauftragende juristische Person ihre Tätigkeiten umstrukturiert hat oder belastbare historische Daten fehlen (Säcker/Wolf in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 108 GWB Rn. 79). Art. 12 Abs. 5 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sieht diese Möglichkeit zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten ausdrücklich vor.

Der Antragsgegner hat durch eine Aufstellung über den Anteil der Drittgeschäfte im Jahr 2019 sowie durch Vorlage eines Wirtschaftsplans glaubhaft gemacht, dass die Beigefügte im Jahr 2019 mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten für die an ihr unmittelbar oder mittelbar beteiligten Gesellschafter erbracht hat. Der Vertragsentwurf für den mit der Beigefügten abzuschließenden „Öffentlichen Dienstleistungsauftrag“ beinhaltet in Ziffer 27.2 diese Vorgabe auch für die Zukunft. Dem steht nicht entgegen, dass die Beigefügte einen großen Teil ihrer Umsätze mit Fahrgästen erzielt. Diese Umsätze sind entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht als Drittumsätze zu werten, sondern beruhen auf dem Auftrag, den die Beigefügte vom Antragsgegner erhält. Sie werden nicht aufgrund einer eigenen unternehmerischen Entscheidung erzielt, sondern aufgrund der

Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Um Drittumsätze handelt es sich auch nicht (mehr) bei den für die vier Stadtbusstädte C. 1, I. , F. und X. erbrachten Personenverkehrsdiestleistungen, nachdem diese Städte mittelbar über ihre jeweiligen Verkehrsmanagementgesellschaften an der Beigeladenen beteiligt sind.

Unerheblich ist schließlich, dass die Beigeladene in den Jahren 2017 und 2018 etwa 69 ein Drittel ihrer Fahrleistungsumsätze aus Aufträgen der S. 5, die an der Beigeladenen nicht beteiligt ist, erwirtschaftet hat. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei diesen Fahrleistungen um Drittgeschäfte handelte oder ob der S. 1 - Kreis, der Alleingesellschafter der S. 5 und Gesellschafter der Beigeladenen ist, die Beigeladene mit der Erbringung dieser Leistungen betraut hat und diese Leistungen daher als Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB anzusehen sind. Jedenfalls können selbst bei Annahme eines Drittgeschäfts aus den Umsatzzahlen der Jahre 2017 und 2018 keine Schlüsse auf den Umfang der Tätigkeiten der Beigeladenen für ihre Gesellschafter in der Zukunft abgeleitet werden. Die Antragstellerin trägt selbst vor, dass die Beigeladene „alle Aufträge der S. 5 im Jahr 2019 verloren hat“. Dies deckt sich mit den Angaben im Wirtschaftsplan der Beigeladenen für das Jahr 2019. Damit steht fest, dass die Beigeladene im Zeitpunkt der Direktvergabe keine Umsätze aus der Erbringung von Personenverkehrsdiestleistungen gegenüber der S. 5 erzielen wird.

dd. An der Beigeladenen besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung 70 (§ 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.

c. Die beabsichtigte Unterauftragsvergabe verstößt nicht gegen Art. 4 71 Abs. 7 S. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007.

Nach dieser Vorschrift ist der mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiesten betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdiesten 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). Es bestehen keine Anzeichen, dass die Beigeladene diese Vorgaben tatsächlich nicht erfüllen sollte.

Ausweislich der Vorinformation (Ziffer II.1.5.) ist der interne Betreiber „in 73 Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben verpflichtet, den überwiegenden Teil der insgesamt aufgrund des öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu erbringenden öffentlichen Personenverkehrsdiesten selbst zu erbringen“. Diese Verpflichtung wird in Ziffer 27. 3 des Vertragsentwurfs für den an die Beigeladenen zu vergebenden Auftrag wiederholt.

d. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin steht der beabsichtigten 74 Direktvergabe nicht entgegen, dass der Antragsgegner der Beigeladenen ein ausschließliches Recht gewähren will. Die Gewährung ausschließlicher Rechte ist gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1370/2007 auch im Wege eines Inhouse-Geschäfts nach § 108 GWB möglich, da es sich bei diesem um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Verordnung handelt. Dieses Verständnis von Art. 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 unterliegt keinen Zweifeln. Einer Vorlage an

den Gerichtshof der Europäischen Union, wie von der Antragstellerin mit ihrer Vorlagefrage 5 e) beantragt, bedarf es nicht.

Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 bestimmt, dass die Gewährung ausschließlicher Rechte oder Ausgleichsleistungen an den ausgewählten Betreiber durch die zuständige Behörde im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfolgt. Als öffentlichen Dienstleistungsauftrag bezeichnet Art. 2 lit. i Hs. 1 der Verordnung (EG) 1370/2007 einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsleistungen zu betrauen. Nach dem zweiten Halbsatz dieser Vorschrift kann ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag aber auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen, die die Bedingungen enthält, unter denen sie gemäß dem für sie maßgeblichen Recht einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut. Dementsprechend macht die Verordnung keine Vorgaben zur Rechtsform der Betrauung (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 – juris, Rn. 32; Zuck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, VO 1370, Art. 2 Rn. 20) und erfasst auch Betrauungen im Wege eines Inhouse-Geschäfts. Dies steht im Einklang mit dem allgemeinen Vergaberecht. Nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU sind Inhouse-Vergaben öffentliche Aufträge, auf die nur die Vorschriften dieser das Vergabeverfahren regelnden Richtlinie nicht anwendbar sind (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 – juris, Rn. 32).

e. Die vom Antragsgegner 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 18. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Vergaberechtliche Anknüpfungsnorm könnte möglicherweise der Wettbewerbsgrundsatz ([§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB](#)) sein, der hier jedoch nicht verletzt ist. Es mag zutreffen, dass der Antragsgegner in seinem Zuständigkeitsbereich marktbeherrschender Nachfrager von Personenverkehrsleistungen ist. Vorliegend ist es wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung jedoch ausgeschlossen, eine kartellrechtswidrige Ausnutzung dieser Stellung durch die beabsichtigte Inhouse-Vergabe anzunehmen, weil die rechtlichen Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe vorliegen.

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 O. zu einer flächendeckenden Direktvergabe von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs an öffentliche Verkehrsunternehmen kommt“, ist vor diesem Hintergrund hinzunehmen.

g. Der Antragsgegner verstößt mit der beabsichtigten Inhouse-Vergabe auch nicht gegen das in § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB niedergelegte und auf Landesebene in § 3 Abs. 6 TVggG NRW konkretisierte Gebot, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen und Leistungen

aufgeteilt nach Losen zu vergeben, 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).

h.	Der in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB normierte Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist durch die beabsichtigte Direktvergabe nicht verletzt. Die pauschale Behauptung, Direktvergaben verstießen grundsätzlich gegen das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 7 Abs. 1 und 2 LHO) und seien damit unwirtschaftlich, ist nicht haltbar. Abgesehen davon, dass die Einhaltung von Haushaltsgrundsätzen der Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht zugänglich ist (Senatsbeschluss vom 2. November 2016, VII-Verg 23/16 – juris, Rn. 41), hat sich der Antragsgegner ausweislich der Vergabedokumentation gerade aus Wirtschaftlichkeitsgründen für eine Inhouse-Vergabe entschieden.	79
III.		80
	Die Anträge der Antragstellerin auf erweiterte Akteneinsicht in die Vergabeakte und in die Gerichtsakte waren 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 20. Dezember 2019, VII-Verg 35/19; Behrens in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 165 Rn. 19). Dem Vortrag der Antragstellerin lässt sich indessen nicht ansatzweise entnehmen, zur Durchsetzung welcher Rechte Einsicht in die Vergabeakte, insbesondere in den Entwurf des mit der Beigeladenen abzuschließenden Vertrags, und in die Gerichtsakte erforderlich sein soll. Die Antragstellerin begründet ihr Gesuch allein mit ihrem – nicht näher dargelegten – Interesse an der Reaktion des Antragsgegners auf die Rechtsprechungsentwicklung seit Oktober 2017. Soweit sich die Antragstellerin Kenntnis davon verschaffen will, ob sich hinsichtlich Vertragsbeginn und Vertragslaufzeit Änderungen im Vergleich zur Vorinformation ergeben haben, bedarf es keiner Akteneinsicht, weil der Antragsgegner diese Änderungen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen muss (vgl. Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) 1370/2007). Aus diesem Grund bestand auch keine Veranlassung zur Gewährung eines Schriftsatznachlasses für ergänzenden Vortrag.	81
IV.		82
	Der Antrag der Antragstellerin vom 22. Januar 2020, das Verfahren bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die von der Antragstellerin eingelegte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, auszusetzen, war abzulehnen.	83
	Entsprechend § 148 ZPO i.V.m. § 73 Nr. 2 GWB kann der Senat das Verfahren bis zur Erledigung eines anderen Rechtsstreits aussetzen, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder dem Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet. Hieran fehlt es. Das andere Vergabenachprüfungsverfahren ist nicht mehr anhängig, nachdem der Bundesgerichtshof am 12. November 2019 verfahrensabschließend und damit formell rechtskräftig (§ 705 ZPO) entschieden hat. Mit der formell rechtskräftigen Entscheidung endete die Anhängigkeit (Greger in Zöller, ZPO, 31. Auflage 2016, § 261 Rn. 7). Die Verfassungsbeschwerde ist ein	84

außerordentlicher Rechtsbehelf, der die Rechtskraft nicht hemmt (BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 1996, 1 BvR 2116/94, Leitsatz 2a). Nichts für sich herleiten kann die Antragstellerin daraus, dass die Rechtsprechung § 148 ZPO entsprechend anwendet, wenn Gegenstand einer anhängigen Verfassungsbeschwerde die Verfassungsmäßigkeit eines entscheidungserheblichen Gesetzes ist (BGH, Beschluss vom 25. März 1998, VIII ZR 337/97 – juris, Rn. 6 ff.; BAG, Beschluss vom 16. April 2014, 10 AZB 6/14 – juris, Rn. 8.). Dass ein solcher Fall hier vorliegt, lässt sich dem Vortrag der Antragstellerin nicht entnehmen.

Eine Aussetzung des Verfahrens wäre im Übrigen ermessensfehlerhaft. 85
 Entsprechend § 148 ZPO i.V.m. § 73 Nr. 2 GWB muss das Gericht bei der Aussetzungentscheidung sein Ermessen ausüben und die mögliche Verfahrensverzögerung mit den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie und der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen abwägen. Dabei haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen (vgl. [BVerfG, Beschluss vom 2. Dezember 2011, 1 BvR 314/11](#) – juris, Rn. 7). Dies zugrunde gelegt, ist dem Verfahren Fortgang zu geben. Das Vergabenachprüfungsverfahren dauert seit Einreichung des Nachprüfungsantrags am 11. Oktober 2017 nunmehr seit mehr als zwei Jahren an. Infolge einer Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde durch das Bundesverfassungsgericht wäre der Antragsgegner voraussichtlich noch längere Zeit daran gehindert, seine Direktvergabeabsicht umzusetzen.

V. 86

Wie bereits dargelegt, besteht weder zur Divergenzvorlage an den 87
 Bundesgerichtshof noch zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV, Veranlassung.

VI. 88

Der Hilfsantrag zu 6) hat ebenfalls keinen Erfolg. Er ist nicht statthaft, und zwar 89
 ungeachtet der Frage, ob der Senat eine feststellende Entscheidung auch unabhängig von einer – hier nicht eingetretenen – Erledigung des Nachprüfungsverfahrens aussprechen kann (Senatsbeschluss vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08 zu § 123 S. 3 GWB a.F.; zum Streitstand Möllenkamp in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 178 Rn. 39 ff.). Im Beschwerdeverfahren feststellungsfähig ist gemäß § 178 S. 3 GWB allein eine Rechtsverletzung des Antragstellers. Eine solche Feststellung hat die Antragstellerin mit ihrem Hilfsantrag nicht begehrt.

Im Übrigen fehlt der Antragstellerin ein berechtigtes Interesse an der begehrten 90
 Feststellung. Die Entscheidung des Senats über eine etwaige Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften durch den Antragsgegner ist nicht präjudiziel für die Entscheidung hinsichtlich des Antrags auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Linienverkehrs. Es ist allein Sache der nach § 11 PBefG zuständigen Behörde zu prüfen, ob eine veröffentlichte Vorabbekanntmachung trotz formaler oder inhaltlicher Mängel geeignet ist, die Drei-Monats-Frist des § 12 Abs. 6 PBefG auszulösen (OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 24. Januar 2017, 11 Verg 1/16 – juris, Rn. 55 f.).

VII. 91

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Antragstellerin vom 6. Februar 2020 gibt dem Senat keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechend § 156 ZPO. Ein Schriftsatz „der Antragsgegnerin vom 17. Dezember 2019“, zu dem die Antragstellerin bislang keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten haben will, ist nicht zur Akte gelangt und wurde vom Senat bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt. Offenbar meint die Antragstellerin einen Schriftsatz der Antragsgegnerin in dem vom Senat bereits entschiedenen Verfahren VII-Verg 26/17, den die Antragstellerin als Anlage 7 zu ihrem Schriftsatz vom 6. Februar 2020 zur Akte des hiesigen Verfahrens gereicht hat. Jener Schriftsatz der dortigen Antragsgegnerin enthält indes keine Tatsachen, die eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren gebieten.

VIII. 93

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die durch das begründete Rechtsmittel des Antragsgegners verursachten Kosten aufzuerlegen. Dass in der Vorinformation eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anstelle einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB angekündigt worden ist, ändert an der Billigkeit dieser Kostenentscheidung nichts, weil die Antragstellerin auch die Vergaberechtskonformität einer auf § 108 Abs. 4 GWB gestützten Inhouse-Vergabe des Antragsgegners in Frage gestellt hat. Die Beigeladene hat – ebenfalls aus Gründen der Billigkeit – ihre Kosten selbst zu tragen, denn sie hat weder in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen eigenen Antrag gestellt, noch hat sie sich in relevantem Umfang schriftlich oder mündlich am Beschwerdeverfahren beteiligt. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG. Danach hat die Antragstellerin als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, jedoch wiederum ohne die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die sich abgesehen von einem schriftsätzlich angekündigten Zurückweisungsantrag und der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer nicht aktiv am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt hat. Die Falschbezeichnung in der Vorinformation führt aus den genannten Gründen auch nicht dazu, dass dem Antragsgegner die Kosten gemäß § 182 Abs. 3 S. 3 GWB aufzuerlegen sind. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts der Komplexität des Sachverhalts und der Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen notwendig.

Die Entscheidung über den Wert für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat dabei die mutmaßlichen Fahrgeldeinnahmen sowie die Ausgleichsleistungen (insgesamt jährlich € ...) zugrunde gelegt (Senatsbeschluss vom 2. März 2011, VII-Verg 48/10; OLG Rostock, Beschluss vom 25. September 2013, 17 Verg 3/13), bei der Zeitdauer jedoch die Kappungsvorschrift des [§ 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV](#) berücksichtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 08. Februar 2011 - X ZB 4/10 - Rdnr. 80).



Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 27.04.2020
Aktenzeichen: Verg 27/19
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:0427.VERG27.19.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle:



Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2020 - Verg 27/19 -, juris

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 29.07.2019 (VK 16/19 - L) im Umfang von Ziffer 4. des Tenors aufgehoben und die Sache insoweit zu erneuter Entscheidung an die Vergabekammer zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen, soweit das Verfahren nicht nachfolgend abgetrennt wird.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen; hiervon ausgenommen sind etwaige der Beigeladenen entstandene Kosten, die diese selbst trägt.

Die Anträge der Antragstellerin, das Verfahren auszusetzen, und hilfsweise, die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen, werden abgelehnt.

Das Verfahren über den mit der sofortigen Beschwerde weiterverfolgten Antrag der Antragstellerin, der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, über die Stadtwerke L GmbH auf der Grundlage des zwischen dieser und der Beigeladenen abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags die finanziellen Verluste auszugleichen, die der Beigeladenen infolge des im Antrag zu 1. genannten öffentlichen Dienstleistungsauftrags entstehen, wird vom Beschwerdeverfahren abgetrennt. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist im Umfang dieses Antrags nicht zulässig. Die Sache wird insoweit an das örtlich und sachlich zuständige Landgericht Köln verwiesen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin machte am 23.12.2017 die beabsichtigte Direktvergabe von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs mit Bussen und Straßenbahnen auf ihrem Gebiet in Form einer im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Vorabinformation (Anlage 9 im anonymisierten Verfahrensband der Vergabekammer) europaweit bekannt. Der Auftrag sollte an die Beigeladene vergeben werden. Die Gesellschaftsanteile der Beigeladenen halten zu 10 % die Antragsgegnerin selbst sowie zu 90 % die Stadtwerke L GmbH, deren Gesellschaftsanteile vollständig von der Antragsgegnerin gehalten werden. Zwischen der Beigeladenen und der Stadtwerke L GmbH besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zugunsten der Stadtwerke L

GmbH. Danach ist die Stadtwerke L GmbH berechtigt, dem Vorstand der Beigeladenen in allen Leitungsangelegenheiten inner- und außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs Weisungen zu erteilen.

- 2 Am 04.04.2019 beschloss der Rat der Antragsgegnerin in Umsetzung der veröffentlichten Vorabinformation die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an die Beigeladene. Am 10.04.2019 beschloss die Gesellschafterversammlung der Stadtwerke L GmbH in Umsetzung dieses Ratsbeschlusses, die Beigeladene zur Einhaltung des geschlossenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags und dessen Umsetzung anzuweisen. Per Gesellschafterweisung vom 11.04.2019 wies die Geschäftsführung der Stadtwerke L GmbH die Beigeladene an, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag einzuhalten und während dessen Laufzeit für dessen Umsetzung zu sorgen. Diese Gesellschafterweisung ging am 15.04.2019 bei der Beigeladenen ein. Am 23.04.2019 machte die Antragsgegnerin die Direktvergabe im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter dem Aktenzeichen 2019/S 079-190471 bekannt (Anlage 16 im anonymisierten Verfahrensband der Vergabekammer).
- 3 Mit einem Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 18.04.2019 (Anlage Ast. 9) rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die vom Rat der Antragsgegnerin am 04.04.2019 beschlossene Direktvergabe als vergaberechtswidrig. Eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sei mangels Vorliegens einer von der Antragsgegnerin vergebenen Dienstleistungskonzeßion nicht zulässig. Die von der Antragsgegnerin an die Beigeladene geleisteten Ausgleichszahlungen schlossen eine Dienstleistungskonzeßion aus, vielmehr handele es sich bei dem vergebenen Auftrag um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Vergaberichtlinien. Auch eine Direktvergabe nach den allgemeinen Inhouse-Kriterien sei unzulässig. Bei der Verweisung in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 handele sich um eine reine Rechtsfolgenverweisung auf die Vergaberichtlinien. Deren Ausnahmetatbestände zur Inhouse-Vergabe seien infolgedessen nicht anwendbar. Vielmehr sei ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Im Übrigen werde von der Antragsgegnerin mit der Vergabe gegen Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verstoßen, weil die Antragsgegnerin über die Beigeladene keine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben könne. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass es sich bei der Beigeladenen um eine Aktiengesellschaft handele. Diese könne von der Antragsgegnerin nicht ausreichend kontrolliert werden, wie der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf mit Beschluss vom 04.05.2009 - VII-Verg 68/08 - schon entschieden habe. Zum anderen habe sich die fehlende Kontrollmöglichkeit jüngst im Zusammenhang mit der fehlgeschlagenen Vertragsverlängerung des früheren Finanzvorstands der Beigeladenen gezeigt. Wegen in der Vorabinformation fehlender näherer Angaben zur geplanten Vergabe von Unteraufträgen habe die Antragsgegnerin gegen Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verstoßen. Des Weiteren sei nicht sichergestellt, dass die Beigeladene als interne Betreiberin das Selbsterbringungsgebot des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. e) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erfülle. Mit der übermäßig langen Vertragslaufzeit des geschlossenen Vertrags von 22,5 Jahren werde gegen Art. 4 Abs. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verstoßen. Die fehlende Bildung von Teil- und Fachlosen verstoße gegen § 97 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Weil die zur Vorbereitung der Direktvergabe abgeschlossenen Vereinbarungen und gefassten Beschlüsse nicht bei der Genehmigungsbehörde angemeldet worden seien, verstoße die Vergabe gegen § 8 Abs. 3b PBefG. Ohne

eine wirksame Anmeldung verstößt die Vergabe zugleich gegen das Kartellverbot des § 1 GWB.

- 4 Mit Schriftsatz vom 02.05.2019 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer Rheinland einen Nachprüfungsantrag gestellt. Mit diesem hat sie geltend gemacht, sich für die auf dem Stadtgebiet der Antragsgegnerin verkehrenden Buslinien … und … zu interessieren, die Gegenstand der Vergabe an die Beigeladene sind. Zur Begründung ihres Antrags hat sie die Rügen und Beanstandungen aus ihrem Rügeschreiben vom 18.04.2019 wiederholt und ergänzt. Ergänzend hat sie geltend gemacht, dass mit der ex post-Bekanntmachung vom 23.04.2019 gegen den Transparenzgrundsatz verstößen werde, weil die Bekanntmachung die Rechtsgrundlage für die durchgeführte Direktvergabe nicht eindeutig erkennen lasse. Bezüglich eines von der Antragsgegnerin vollzogenen Inhouse-Geschäfts habe es keine Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gegeben. Die Antragsgegnerin habe über eine beabsichtigte Inhouse-Vergabe nicht vorab informiert. Die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe lägen auch nicht vor. Der Antragsgegnerin fehle die notwendige Kontrolle über die Beigeladene. Im Übrigen seien die von der beigeladenen erwirtschafteten Fahrgeldeinnahmen als für eine Inhouse-Vergabe schädliche Drittumsätze zu werten.
- 5 Nachdem die Antragstellerin zunächst nur beantragt hat,
- 6 1. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin an die Beigeladene vergebene öffentliche Dienstleistungsauftrag, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 23. April 2019 (2019/S 079-19 0471), gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist;
- 7 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhält, den im Antrag zu 1. bezeichneten öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur nach vorheriger Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,
- 8 hat sie mit Schriftsatz vom 14.06.2019 des Weiteren beantragt,
- 9 3. hilfsweise - für den Fall, dass die Anträge zu 1. und 2. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollten - der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, über die Stadtwerke L GmbH auf der Grundlage des zwischen dieser und der Beigeladenen abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags die finanziellen Verluste auszugleichen, die der Beigeladenen infolge des im Antrag zu 1. genannten öffentlichen Dienstleistungsauftrags entstehen;
- 10 4. äußerst hilfsweise - für den Fall, dass die Anträge zu 1. bis 3. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollten - den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges zu verweisen.
- 11 Zur Antragserweiterung hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag wegen fehlender Notifizierung der finanziellen Ausgleichsleistungen bei der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 EUV i.V.m. § 134 BGB nichtig sei. Insoweit stehe ihr, der Antragstellerin, gegen die Antragsgegnerin ein Unterlassungsanspruch bezüglich unrechtmäßig an die Beigeladene gezahlter Beihilfen zu. Zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags führe auch die Verletzung der Vorabinformationspflicht nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG)

Nr. 1370/2007, wobei der Vergaberechtsverstoß darin liege, dass die von der Antragsgegnerin veröffentlichte Vorabinformation keinen Hinweis auf eine Vergabe gemäß § 108 GWB enthalten habe.

- 12 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 13 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 14 Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei. Die Vorschrift des § 135 Abs. 1 GWB sei auf Direktvergaben im straßengebundenen ÖPNV nicht anwendbar. Im Fall einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 - vorliegend spreche viel für eine der Beigeladenen erteilte Dienstleistungskonzession - verweise § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG nur auf Teil 4 Kapitel 2 des GWB. Auf § 135 GWB werde nicht verwiesen. Der Gesetzgeber habe für den Fall von Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bewusst auf einen Verweis auf die §§ 134, 135 GWB verzichtet. Er habe keine Informations- und Wartepflicht für Direktvergaben im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anordnen wollen. Für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die nach Inhouse-Kriterien vergeben würden, sei anzunehmen, dass auf diese nicht § 8a Abs. 2 Satz 1 PBefG, sondern § 8a Abs. 7 PBefG zur Anwendung komme. Jedenfalls könne aber durch den Verweis in § 8a Abs. 2 Satz 1 PBefG allenfalls § 108 GWB in Bezug genommen sein, nicht jedoch § 135 GWB. Die sich daraus ergebende Beschränkung auf einen Primärrechtsschutz vor Auftragsvergabe sei mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes auch vereinbar. Wenn § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gleichwohl heranzuziehen sein sollte, so ersetze die Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 jedenfalls eine Bekanntmachung im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Zwar handele es sich bei der Vorabinformation nicht um eine Bekanntmachung in dem von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB eigentlich gemeinten Sinn. Die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 habe aber eine weitergehende Funktion als eine Vorinformation nach Art. 48 der Richtlinie 2014/24/EU. Hiervon abgesehen, fehle es der Antragstellerin für ihren Nachprüfungsantrag an der notwendigen Antragsbefugnis. Die Antragstellerin habe kein Interesse am Auftrag. Sie habe weder einen eigenwirtschaftlichen Antrag noch einen Antrag nach § 8a Abs. 5 PBefG gestellt. Insbesondere das Verstreichenlassen der Frist des § 8a Abs. 5 PBefG belege ihr fehlendes Interesse. Zudem sei das Nachprüfungsrecht der Antragstellerin auch verwirkt, weil sie innerhalb der Jahresfrist nach Veröffentlichung der Vorinformation keine Rügen erhoben habe. Bei der von der Antragstellerin als verletzt gerügten Vorschrift des § 8 Abs. 3b PBefG handele es sich nicht um eine Bestimmung über das Vergabeverfahren. Einen Vergaberechtsverstoß durch die Bekanntmachung vom 23.04.2019 könne die Antragstellerin nicht erfolgreich rügen, weil es sich dabei um eine freiwillige ex post-Bekanntmachung handle. Soweit sich die Antragstellerin für die fehlende Kontrolle von ihr, der Antragsgegnerin, über die Beigeladene auf den Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahr 2009 berufe, sei der jener Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Die Entscheidung sei auch im Übrigen zwischenzeitlich überholt. Auch die weiteren von der Antragstellerin gerügten Vergaberechtsverstöße lägen nicht vor. Insbesondere sei die vorgesehene Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit Art. 4 Abs. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 - wie die Antragsgegnerin näher ausführt - nicht zu beanstanden. Der von der Antragstellerin gerügte Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV sei nicht gegeben. Im Übrigen kön-

ne ein Unterlassungsanspruch wegen einer angeblich beihilfenrechtswidrigen Praxis im Nachprüfungsverfahren nicht verfolgt werden.

15 Die Vergabekammer Rheinland hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 29.07.2019 zurückgewiesen. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag gestützt auf § 135 GWB für statthaft gehalten. Die Frage, ob eine Bekanntgabe im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB habe unterbleiben dürfen, sei nicht auf der Ebene der Zulässigkeit zu prüfen. Eine Rügeobligie habe die Antragstellerin im Falle des Antrags nach § 135 GWB nicht getroffen. Der Nachprüfungsantrag sei jedoch unbegründet. Es lägen jedenfalls die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 GWB vor. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidung der Vergabekammer (Anlage Bf. 1) verwiesen.

16 Gegen den ihr am 29.07.2019 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 12.08.2019 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Mit dieser macht sie ergänzend zu dem von ihr wiederholten Vorbringen aus dem Verfahren vor der Vergabekammer geltend, dass es sich bei dem Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB handele. Der Vertrag sei gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam, da vor Vertragschluss keine Auftragsbekanntmachung veröffentlicht worden sei. Die Vorabinformation der Antragsgegnerin vom 23.12.2017 sei nicht als Bekanntmachung im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu qualifizieren. Der Vertrag sei entgegen der Annahme der Vergabekammer nicht nach § 135 Abs. 3 GWB dennoch wirksam. Eine Bekanntmachung, wie sie § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB verlange, habe die Antragsgegnerin vor Vertragsschluss nicht veröffentlicht; die von der Antragsgegnerin veröffentlichte Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 habe diesen Anforderungen nicht genügt. Darüber hinaus sei der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB nichtig. Das Vorgehen der Antragsgegnerin verletze sie, die Antragstellerin, darüber hinaus in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit. Ihr stehe gegen die Antragsgegnerin überdies ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch gemäß §§ 20 Abs. 1, 33 Abs. 1 GWB zu. Schließlich habe die Vergabekammer die Gebühr für das erstinstanzliche Nachprüfungsverfahren zu hoch festgesetzt. Die Vergabekammer habe den Auftragswert pro Buslinie fehlerhaft berechnet. Sie habe zum einen nicht berücksichtigt, dass im Gesamtauftragswert auch die Vergütung für Infrastrukturleistungen enthalten sei. Zum anderen habe die Vergabekammer übersehen, dass der Auftragswert auf den 48-fachen Monatswert der Linien zu beschränken sei, für die sich ein Antragsteller interessiere. Die Antragstellerin ist zudem der Ansicht, dass im Hinblick auf den Beschluss des OLG München vom 14.10.2019 - Verg 16/19 - und die dort formulierten Dokumentationsanforderungen eine Divergenzvorlage notwendig sei.

17 Die Antragstellerin beantragt,

18 unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer Rheinland vom 29.07.2019 - VK 16/19 - L -

19 1. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin an die Beigeladene vergebene öffentliche Dienstleistungsauftrag, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 23. April 2019 (2019/S 079-19 0471), gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist;

20 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhält, den im Antrag zu 1. bezeichneten öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur nach vorheriger Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorschriften des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;

21 3. hilfsweise - für den Fall, dass die Anträge zu 1. und 2. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollten - der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, über die Stadtwerke L GmbH auf der Grundlage des zwischen dieser und der Beigeladenen abgeschlossenen Be herrschungs- und Gewinnabführungsvertrags die finanziellen Verluste auszugleichen, die der Beigeladenen infolge des im Antrag zu 1. genannten öffentlichen Dienstleistungsauftrags entstehen;

22 4. äußerst hilfsweise - für den Fall, dass die Anträge zu 1. bis 3. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollten - den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges zu verweisen,

23 sowie

24 5. das Verfahren bis zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die von der U eingelegte Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019 - XIII ZB 120/19 und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die von der U eingelegte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. November 2019 - XIII ZB 120/19 nach § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen,

25 hilfsweise hierzu,

26 6. die Sache dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 1 Satz 2 GWB wegen beabsichtigter Abweichung vom Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 - Verg 16/19 vorzulegen.

27 Die Antragsgegnerin beantragt,

28 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

29 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend. Die Rechtsausführungen der Vergabekammer zu § 135 Abs. 3 GWB seien richtig. Allerdings sei § 135 GWB richtigerweise schon von vornherein nicht anwendbar und der Nachprüfungsantrag damit unstatthaft. Jedenfalls sei § 135 GWB im Lichte von Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auszulegen. Die Antragserweiterung der Antragstellerin um einen rechtswegfremden Hilfsantrag in erster Instanz vor der Vergabekammer sei rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig. Die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer sei nicht zu beanstanden. Die Angabe des Auftragswerts in ihrer, der Antragsgegnerin, ex post Bekanntmachung beruhe bereits auf dem 48-fachen Monatswert gemäß § 3 VgV.

30 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie die Vergabeakte verwiesen.

II.

31 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, hat aber in der Hauptsache - Beschwerdeanträge zu 1. und 2. der Antragstellerin - keinen Erfolg. Im Umfang des für den Fall der Erfolglosigkeit in der Hauptsache zur Entscheidung gestellten Hilfsantrags zu 3. ist das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 145 Abs. 1 Satz 1 ZPO abzutrennen und gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Landgericht Köln zu verweisen. Erfolgreich ist die sofortige Beschwerde lediglich in dem Umfang, in dem sie sich gegen die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer - Ziffer 4. des Beschlusstenors der Vergabekammer - wendet.

1.

32 Im Umfang der Beschwerdeanträge zu 1. und 2. ist die sofortige Beschwerde nicht begründet, weil das diesen Beschwerdeanträgen zugrunde liegende Nachprüfungsbegehren zwar teilweise statthaft und zum Teil auch im Übrigen zulässig, in dem zulässigen Umfang aber unbegründet ist.

a)

33 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft, obwohl die Antragsgegnerin der Beigeladenen den öffentlichen Dienstleistungsauftrag schon vor Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens erteilt hat. Der Statthaftigkeit steht es nicht entgegen, dass § 8a Abs. 2 Satz 1 PBefG nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen, die zugleich öffentliche Aufträge im Sinne von § 103 GWB sind, den Teil 4 des GWB für anwendbar erklärt und § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG nur die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der Nachprüfung unterwirft und insoweit nur Teil 4 Kapitel 2 des GWB in Bezug nimmt. Zum einen gilt die Vorschrift des § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG nicht nur für Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, sondern ist auf sogenannte Inhouse-Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entsprechend anzuwenden. Zum anderen ist hier, obwohl die Vorschrift vom Verweis in § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG nicht unmittelbar erfasst ist, auch § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB zur Schließung einer planwidrigen Regelungslücke entsprechend anwendbar.

aa)

34 Für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags kann dahinstehen, ob der von der Antragsgegnerin erteilte öffentliche Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Form einer Dienstleistungskonzession oder eines Dienstleistungsauftrags annimmt. Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nach § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG nicht nur in den Fällen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eröffnet, sondern auch in Fällen sogenannter Inhouse-Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen und damit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht den Regeln über die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unterfallen.

35 Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist auch für sogenannte Inhouse-Vergaben nach § 108 Abs. 1 GWB, die keine Dienstleistungskonzeption betreffen, eröffnet, obwohl sich der Wortlaut des § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG unmittelbar nur auf Vergaben nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bezieht. Der Senat hält § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG zum Schluss einer planwidrigen Regelungslücke in diesen Fällen für entsprechend anwendbar (vgl. Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - VII-Verg 16/16). 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 aber nicht, dass eine Überprüfung der Inhouse-Vergabe durch die Vergabenachprüfungsinstanzen ausscheidet. Vielmehr sind die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe bzw. des § 108 GWB in diesem Fall trotzdem abschließend von den Vergabenachprüfungsinstanzen zu prüfen (Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - VII-Verg 16/16; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.01.2014 - 11 Verg 15/13, zitiert nach juris, Tz. 39 f.; siehe auch BGH, Beschluss vom 10.12.2019 - XIII ZB 119/19), wie eine Auslegung der in § 8a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG getroffenen Regelungen ergibt. Dem Gesetzgeber stand, wofür die Gesetzesmaterialien sprechen (vgl. BT-Drs. 17/8233, S. 23), bei Schaffung des am 01.01.2013 in Kraft getretenen § 8a 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) Nr. 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 02.03.2011 - VII-Verg 48/10, zitiert nach juris, Tz. 38 ff.; dem Senat folgend OLG München, Beschluss vom 22.06.2011 - VII-Verg 6/11, zitiert nach juris, Tz. 55; vgl. auch Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl., § 8a Rn. 81). Die herrschende Meinung in der Literatur ging seinerzeit abweichend hiervon davon aus, dass ein Fall des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegeben sei und die Verwaltungsgerichte zuständig seien (vgl. z.B. Deuster/Michaels, NZBau 2011, 340 ff.; Knauff, NZBau 2012, 65, 73 f.; Linke, GewArch 2011, 307). Aus verschiedenen Gründen wurde de lege ferenda eine gesetzliche Zuordnung zu den Vergabenachprüfungsinstanzen erwogen (siehe Prieß, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, 1. Aufl., Art. 5 Rn. 326 ff.). In dem im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 21.12.2011 (BT-Drs. 17/8233, S. 23) zitierten Senatsbeschluss vom 02.03.2011 ging der Senat - wie später auch weitere Vergabesenate (vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 31.03.2016 - Verg 14/15, zitiert nach juris, Tz. 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) Nr. 1370/2007 unterfällt (vgl. Senatsbeschluss vom 02.03.2011 - VII-Verg 48/10, zitiert nach juris, Tz. 62). In der Literatur ist daraus - aus damaliger Sicht zutreffend - geschlussfolgert worden, dass § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Dienstleistungskonzeptionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl., § 8a Rn. 8). Eine Rechtswegspaltung entspricht auch weder dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers noch dem Sinn und Zweck der von ihm geschaffenen gesetzlichen Regelung. Vielmehr sollte § 8a Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 Satz 1 PBefG zu einer Zuständigkeitskonzentration für sämtliche Streitigkeiten aus Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von Art. 2 lit. i) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienstleistungen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen bei den Vergabenachprüfungsinstanzen führen (vgl. BT-Drs. 17/8233,

S. 23). Soweit daher durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2019 - C-266/17 und C-267/17 - und vom 08.05.2019 - C-253/18 -, wonach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf die heute in § 108 GWB geregelten Inhouse-Vergaben, die keine Dienstleistungskonzession betreffen, nicht anwendbar ist, eine Lücke in diesem gewollten rein vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem entstanden sein sollte, ist diese zur Vermeidung einer Rechtswegspaltung durch eine entsprechende Anwendung des § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG zu schließen.

bb)

36 Obwohl § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG - anders als § 8b Abs. 7 Satz 2 PBefG - nicht ausdrücklich auf § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB verweist, ist die letztgenannte Vorschrift zum Schluss einer planwidrigen Regelungslücke im Rahmen von § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG entsprechend anwendbar. Nur so ist der von Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bzw. Art. 2d Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2007/66/EG geforderte effektive Primärrechtsschutz gewährleistet (siehe Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl., § 8b Rn. 79; Linke, in: Linke/Prieß, in: VO (EG) 1370/2007, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 318 f.; Berschin, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., VO (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Rn. 69; Linke, IR 2012, 20).

37 Dass im PBefG in § 8a ein Verweis auf § 135 GWB fehlt, spricht nach Auffassung des Senats nach der Gesetzgebungsgeschichte eher für ein Versehen als für eine bewusste Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Im ersten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 12.08.2011 war noch eine entsprechende Anwendung für die Fälle einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehen (vgl. BR-Drs. 462/11, S. 3; § 8a Abs. 4 S. 3 Reg-E: "Die §§ 101a und 101b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend."). Warum der Verweis auf - seinerzeit - §§ 101a, 101b GWB im Gesetzgebungsverfahren im Zuge redaktioneller Umstellungen des Verkehrsausschusses sodann verloren gegangen ist, ist nicht klar. Die Gesetzesmaterialien enthalten hierzu keine Hinweise. Die Schlussfolgerung, der Gesetzgeber habe den durch § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gewährleisteten Rechtsschutz bewusst nicht gewollt, überzeugt daher nicht (für ein Versehen des Gesetzgebers auch Fehling, in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl., § 8b Rn. 79; a.A. wohl Jürschik, NZBau 2020, 63, 64). Dies gilt umso mehr, als seinerzeit bereits die Umsetzungsfrist der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG abgelaufen war, die zur Einfügung der §§ 101a, 101b in das GWB durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 geführt hatte. Die betreffende Schlussfolgerung lässt sich auch nicht darauf stützen, dass ein Verweis auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016 nicht in das PBefG aufgenommen worden ist. Es ist nicht erkennbar, dass dem Gesetzgeber im Jahr 2016 die sich aus dem fehlenden Verweis auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ergebende Rechtsschutzproblematik bewusst war.

38 Wenn eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB unterbleibt, entsteht, soweit die Direktvergabe an Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu messen ist, in bestimmten Konstellationen eine mit Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unvereinbare Rechtsschutzlücke. Entsprechendes gilt bei einer Direktvergabe nach den in § 108 GWB geregelten Inhouse-Grundsätzen im Hinblick auf Art. 2d Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2007/66/EG. § 8b Abs. 7 Satz 2 PBefG gewährleistet vergaberechtlichen Rechtsschutz nach § 135 GWB nur für wettbewerbliche Vergabeverfahren.

Zwar trifft es zu, dass die nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gebotene Vorabbekanntmachung interessierten Unternehmen im Vorfeld der Direktvergabe Schutz bietet und es ihnen ermöglicht, vor Auftragserteilung um Primärrechtsschutz nachzusuchen. In vielen Fällen besteht daher für eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB kein Bedürfnis. Das gilt aber schon dann nicht mehr uneingeschränkt, wenn die Vorabinformation irreführend ist oder eine Direktvergabe unter Missachtung einzuhaltender Fristen vorgenommen wird, so dass Unternehmen in der Möglichkeit zur Wahrnehmung von Primärrechtsschutz eingeschränkt sind. Erst recht schützt Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Unternehmen nicht, wenn die Direktvergabe ohne vorausgehende Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durchgeführt wird. Die sich daraus ergebende Rechtsschutzlücke kann nur durch eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB geschlossen werden.

39 Dagegen kann bezogen auf Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht vorgebracht werden, dass Art. 5 Abs. 7 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mit seiner Forderung nach wirksamer und rascher Überprüfung getroffener Entscheidungen den durch § 135 GWB gewährleisteten speziellen Primärrechtschutz nicht verlange, weil die Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 (89/665/EWG), die in Erwägungsgrund 21 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genannt ist, einen solchen Rechtsschutz nicht verbindlich vorgesehen habe. Tatsächlich enthält Art. 2 der Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 (89/665/EWG) keine dem Art. 2d der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vergleichbare Regelung, die Grundlage für die Vorschriften der §§ 134, 135 GWB ist. So wie Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 aber ungeachtet seines Wortlauts dynamisch auf die jeweiligen Vergaberichtlinien verweist (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2019 - C-266/17 und C-267/17, zitiert nach juris, Tz. 78), so sind auch Art. 5 Abs. 7 Unterabs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund 21 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als ein dynamischer Verweis auf die jeweils geltende Rechtsmittelrichtlinie zu verstehen. Es ist nicht anzunehmen, dass der Europäische Gesetzgeber die Einhaltung des jeweils geltenden allgemeinen vergaberechtlichen Rechtschutzstandards für das Sondervergaberecht der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht für angezeigt gehalten hat.

40 Da die Antragstellerin eine etwaige von der Antragsgegnerin beabsichtigte Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB aus der Vorabinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht ersehen konnte, die Antragsgegnerin dort vielmehr unter Ziffer II.1.1) ausdrücklich eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 angekündigt hat, ist es gerechtfertigt, für einen auf die Feststellung der Unwirksamkeit einer Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB gerichteten Nachprüfungsantrag die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB zu bejahen. Ob Gleicher auch im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin angekündigte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gelten kann, erscheint demgegenüber selbst für den Fall zweifelhaft, dass die Voraussetzungen einer solchen Vergabe ganz oder teilweise nicht vorliegen sollten. Gegen eine entsprechende Anwendung spricht, dass alle Zweifel an der Vergaberechtskonformität einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bereits auf der Grundlage der Vorabinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vor der Auftragserteilung geltend gemacht werden konnten, so dass es an einer Rechtsschutzlücke fehlt.

41 Endgültig entscheiden muss der Senat die vorstehende Frage an dieser Stelle aber nicht. Die Statthaftigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens ist nur ein Teilaспект im Rahmen der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Ihre Verneinung kann nur unter bestimmten - hier nicht vorliegenden - Voraussetzungen zu einer Rechtswegverweisung führen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2019 - XIII ZB 119/19). Falls der auf § 160 Abs. 1 i.V.m. § 135 GWB gestützte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ungeachtet des Vorstehenden als umfassend statthaft anzusehen sein sollte, ist er - wie nachfolgend noch dargelegt wird - jedenfalls aus anderen Gründen überwiegend unzulässig.

cc)

42 Der Senat kann seiner Entscheidung das vorstehende Verständnis des § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG zugrunde legen, ohne die Sache gemäß § 179 Abs. 2 Satz 1 GWB im Rahmen einer Divergenzvorlage dem Bundesgerichtshof vorlegen zu müssen. Zwar hat das Oberlandesgericht Jena in einem Beschwerdeverfahren, in dem seiner Ansicht nach über eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu befinden war, die Ansicht vertreten, dass § 8a Abs. 7 Satz 1 PBefG allein auf den zweiten und dritten Abschnitt des Teils 4 des GWB einschließlich des § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB verweist, nicht aber auf §§ 134, 135 GWB, so dass ein einmal erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden könne (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019 - 2 Verg 1/18, zitiert nach juris, Tz. 66). Allerdings hat es ausdrücklich offen gelassen, ob in einem Fall eines europarechtlich bedenklichen Rechtsschutzdefizits - wie der Senat es hier bejaht - anders zu entscheiden sein und die Nichtigkeitsfolge geboten sein könnte (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 12.06.2019 - 2 Verg 1/18, zitiert nach juris, Tz. 66). Das Oberlandesgericht Jena hat dies in dem von ihm zu entscheidenden Fall verneint, weil der Zuschlag erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens erteilt worden ist, nachdem das Oberlandesgericht die aufschiebende Wirkung der bei ihm anhängigen sofortigen Beschwerde nicht weiter verlängert hat. Es hat damit letztlich eine Aussage nur für eine vorliegend nicht gegebene Sonderkonstellation getroffen, für die es - was hier aber keiner abschließenden Klärung bedarf - vertretbar erscheint, § 135 GWB nicht zur Anwendung zu bringen, weil andernfalls ein Widerspruch zur Entscheidung nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB entstünde.

dd)

43 Ob der in § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB genannte Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des Senats keine Frage der Statthaftigkeit, sondern, sofern der Nachprüfungsantrag im Übrigen zulässig ist, erst im Rahmen der Begründetheit abschließend zu prüfen (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 11.12.2019 - VII-Verg 53/18, zitiert nach juris, Tz. 40).

b)

44 Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er statthaft ist, hinsichtlich der mit ihm verfolgten Rügen nur zu einem Teil auch im Übrigen zulässig.

aa)

45 Der Antragstellerin fehlt für ihr Nachprüfungsbegehren zum Teil die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB. Die Antragsbefugnis ist für jede erhobene vergaberechtliche Be-

anstandung gesondert zu prüfen (Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 160 GWB Rn. 6).

(1)

46 Keine Zweifel bestehen insoweit an dem von § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB geforderten Interesse am Auftrag. Die Antragstellerin hat Interesse an zwei Buslinien bekundet, die auf dem Gebiet der Antragsgegnerin verkehren und Gegenstand des Direktvergabeverfahrens sind. Der Bejahung ihres Interesses steht nicht entgegen, dass sie vor dem Rügeschreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 18.04.2019 weder einen eigenwirtschaftlichen Antrag nach § 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 PBefG noch einen Antrag nach § 8a Abs. 5 PBefG gestellt hat. Aus dieser Untätigkeit kann nicht zuverlässig gefolgert werden, dass ihr heutiges Interesse an den Buslinien nur vorgeschoben ist. Unterlassene frühere Anträge fügen sich vielmehr in das Bild, dass die Antragstellerin überhaupt erst nach vollzogener Direktvergabe aktiv geworden ist.

(2)

47 Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin für ihren Nachprüfungsantrag unter dem Blickwinkel eines von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB geforderten entstandenen oder drohenden Schadens auch nicht, soweit sie geltend macht, dass die Voraussetzungen einer Direktvergabe, sei es eine solche nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 oder eine Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB, nicht vorgelegen hätten, vielmehr eine Vergabe im Wettbewerb und damit eine Bekanntmachung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB notwendig gewesen wäre. An einem wettbewerblichen Verfahren hätte sich die Antragstellerin bei entsprechender Losbildung beteiligen können. Nicht antragsbefugt ist die Antragstellerin daher nur im Hinblick auf weitere mit dem Nachprüfungsantrag verfolgte Rügen.

(a)

48 Die Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin, soweit sie mit ihrem Nachprüfungsantrag einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 8 Abs. 3b PBefG rügt. Einen von § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB verlangten Verstoß gegen Vergabevorschriften legt die Antragstellerin insoweit nicht schlüssig dar. Dabei kann dahinstehen, ob § 8 Abs. 3b PBefG überhaupt ein ausreichender vergaberechtlicher Bezug immanent ist. Bereits der Anwendungsbereich der Vorschrift ist nicht eröffnet. Nach § 8 Abs. 3b Satz 1 und 2 PBefG bedürfen bestimmte Vereinbarungen von Verkehrsunternehmen und Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Genehmigungsbehörde. Die Antragsgegnerin und die Stadtwerke L GmbH, über welche die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Dienstleistungsauftrag mittels einer gesellschaftsrechtlichen Weisung erteilt hat, sind keine Verkehrsunternehmen. Verkehrsunternehmen im Sinne von § 8 Abs. 3b PBefG sind Unternehmen, die gemäß § 1 Abs. 1 PBefG entgeltlich oder geschäftsmäßig Personen mit Straßenbahnen, mit Oberleitungsbussen oder mit Kraftfahrzeugen befördern.

(b)

49 Zum Teil scheitert die Antragsbefugnis der Antragstellerin darüber hinaus daran, dass sie für die von ihr verfolgten Rügen entgegen § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht dargelegt hat, dass ihr durch die gerügten Vergaberechtsverstöße ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies gilt für die von der Antragstellerin geltend gemachten Transpa-

renzverstöße. Dass sich in der Vorabinformation keine näheren Angaben zur geplanten Vergabe von Unteraufträgen nach Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 finden, hat offensichtlich keine Auswirkungen auf die Zuschlagschancen der Antragstellerin (vgl. Senatsbeschlüsse vom 16.10.2019 - VII-Verg 43/18 - und vom 03.07.2019 - VII-Verg 51/16). Gleiches gilt für die Rügen der Antragstellerin, dass die Vorabinformation nur über eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 informiert habe, nicht aber über die später vollzogene Direktvergabe nach allgemeinen In-house-Grundsätzen (siehe dazu auch BGH, Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19, zitiert nach juris, Tz. 47), und dass die ex-post-Bekanntmachung der Antragsgegnerin vom 23.04.2019 die Rechtsgrundlage für die durchgeführte Direktvergabe nicht eindeutig habe erkennen lassen.

bb)

50 Ist eine entsprechende Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB im Hinblick auf die bekannt gemachte Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht schon aus den oben dargelegten Gründen ausgeschlossen und der Nachprüfungsantrag damit nicht teilweise unstatthaft, so ist er im Umfang all derjenigen von der Antragstellerin gerügten Vergaberechtsverstöße, die im Zusammenhang mit der von der Antragsgegnerin vorab bekannt gemachten Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 stehen oder daran anknüpfend ohne Weiteres erkennbar waren, jedenfalls mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das gilt nicht nur für Rügen wie diejenigen der fehlenden Kontrollmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 oder der unzulässigen Laufzeit nach Art. 4 Abs. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, sondern zum Beispiel auch für die von der Antragstellerin aus dem Umstand der Direktvergabe abgeleitete Rüge eines Verstoßes gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit oder die Rüge unterlassener Losbildung. Das fehlende Rechtsschutzbedürfnis ist Folge einer Verwirkung des prozessualen Rechts. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann das Recht, einen Nachprüfungsantrag einzureichen, verwirken (siehe Senatsbeschluss vom 30.04.2008 - VII-Verg 23/08, zitiert nach juris, Tz. 57). Das dafür notwendige Zeit- und Umstandsmoment liegen hier vor.

51 Die Verwirkung folgt aus dem vorangegangenen widersprüchlichen Verhalten der Antragstellerin, die nach der Vorabinformation der Antragsgegnerin mehr als ein Jahr untätig geblieben ist, obwohl sie in dem langen Zeitraum bis zur Auftragsvergabe um Primärrechtsschutz hätte nachsuchen können. Die von Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehene weiträumige Frist zwischen der Vorabinformation und der Auftragsvergabe, die von der Antragsgegnerin eingehalten worden ist, dient gerade dem Zweck, dass sich die interessierten Unternehmen in dieser Zeit über die Voraussetzungen der bekannt gemachten Direktvergabe kundig machen und nötigenfalls um Primärrechtsschutz nachsuchen. Das wird im nationalen Recht bekräftigt durch § 8a Abs. 5 PBefG, der in Satz 1 einen Informationsanspruch interessierter Unternehmen gegenüber der zuständigen Behörde einräumt. Nutzen die Unternehmen die ihnen damit in weitem Umfang eröffneten Primärrechtsschutzmöglichkeiten bis zur Auftragsvergabe nicht, fehlt ihnen für die weitere Verfolgung der ihnen bis dahin möglichen Rügen infolge einer Verwirkung ihres diesbezüglichen Nachprüfungsanspruchs jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis. Sie können diese Rügen - wie die Antragsgegnerin zu Recht geltend macht - nicht über den Umweg eines Unwirksamkeitsfeststellungsantrags nach § 160 Abs. 1 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach der Direktvergabe weiterverfolgen.

52 Dem kann die Antragstellerin nicht § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegenhalten. Dieser Vorschrift ist nur zu entnehmen, dass eine ein Unternehmen überraschende De-facto-Vergabe, gegen die es sich zuvor nicht wehren konnte, vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht mehr gerügt werden muss. Um eine Konstellation, die jener vergleichbar ist, geht es bei einer gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 angekündigten Direktvergabe aber ersichtlich nicht.

c)

53 Soweit der Nachprüfungsantrag in dem Umfang, in dem er sich gegen eine Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB wendet, nach dem Vorstehenden statthaft und zulässig ist, ist er nicht begründet. Die eine Unwirksamkeitsfeststellung ermöglichen Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegen nicht vor. Da entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 und 2 GWB gegeben waren, war die Antragsgegnerin zu einer Bekanntmachung, wie sie § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB verlangt, nicht verpflichtet.

54 Soweit die Antragstellerin gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 und 2 GWB vorbringt, dass die Antragsgegnerin über die Beigeladene nicht die von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB verlangte Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübe, und zum Beleg dafür auf einen Beschluss des Senats vom 04.05.2009 - VII-Verg 68/08 - sowie Auseinandersetzungen um eine Vertragsverlängerung für einen früheren Finanzvorstand der Beigeladenen verweist, greift dieser Einwand nicht durch. Zwischen der Stadtwerke L GmbH, die von der Antragsgegnerin gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB kontrolliert wird, und der Beigeladenen besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zugunsten der Stadtwerke L GmbH, welcher der Antragsgegnerin in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteil vom 10.09.2009 - C-573/07 - Sea, zitiert nach juris, Tz. 63; Urteil vom 29.11.2012 - C-182/11 und C-183/11, zitiert nach juris, Tz. 29) eine ausreichende Kontrolle sichert. Die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung des Senats vom 04.05.2009 - VII-Verg 68/08 - ist überholt. Sie berücksichtigt weder den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag noch die nachfolgende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Die von der Antragstellerin angeführten Auseinandersetzungen um die Vertragsverlängerung für einen früheren Finanzvorstand der Beigeladenen sind aus Sicht des Senats nicht Ausdruck fehlender Kontrolle der Antragsgegnerin über die Beigeladene, sondern kommunalpolitisch beeinflusst. Im Übrigen handelt es sich bei dem Vorgang um ein rein singuläres Ereignis.

55 Soweit die Antragstellerin im Hinblick auf die von der Beigeladenen erwirtschafteten Fahrgeldeinnahmen das Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Frage stellt, greift das nicht durch. Wie der Senat schon wiederholt entschieden und der Bundesgerichtshof bestätigt hat, sind solche Erlöse keine schädlichen Drittumsätze. Bezugsmaßstab des Wesentlichkeitskriteriums nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind die Tätigkeiten, mit denen der Auftragnehmer betraut wurde. Wer das Unternehmen dafür vergütet, spielt keine Rolle (siehe BGH, Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19, zitiert nach juris, Tz. 60; Senatsbeschluss vom 03.07.2019 - VII-Verg 51/16).

56 Auf die von der Vergabekammer zu § 135 Abs. 3 GWB angestellten Überlegungen und die Frage einer entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschrift kommt es nach alledem nicht mehr an.

d)

57 Auch das weitere Vorbringen der Antragstellerin zur Unwirksamkeit des erteilten Dienstleistungsauftrags rechtfertigt keine Beschwerdeentscheidung zu ihren Gunsten. Die von der Antragstellerin vorgetragenen Nichtigkeitsgründe, die in keinem Zusammenhang mit § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB stehen, liegen nicht vor. Weder sind der Antragsgegnerin Verstöße gegen kartellrechtliche Vorschriften vorzuwerfen noch liegt ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV vor (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19, zitiert nach juris, Tz. 36 ff.). Keine Nichtigkeitsfolge zeitigen schließlich etwaige Fehler in der Vorabinformation nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. schon Senatsbeschluss vom 03.07.2019 - VII-Verg 51/16).

2.

58 Erfolg hat die sofortige Beschwerde nur, soweit sie sich gegen die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer richtet. Zwar hat die Antragstellerin bezüglich der Festsetzung der Gebühr keinen ausdrücklichen Beschwerdeantrag formuliert. Dies war jedoch auch nicht erforderlich, weil sich ihr gegen die Gebührenfestsetzung gerichtetes Begehrten hinreichend deutlich aus der Beschwerdebegründung entnehmen lässt.

59 Die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer ist schon im Ausgangspunkt fehlerhaft. Gemäß § 182 Abs. 1 Satz 1 GWB liegt die Entscheidung über den Gebührenansatz im pflichtgemäßem Ermessen der Vergabekammer. Auf die sofortige Beschwerde wird die Gebührenentscheidung nur auf Ermessensfehler hin überprüft (BGH, Beschluss vom 25.10.2011 - X ZB 5/10, zitiert nach juris, Tz. 12). Die Vergabekammer hat von dem ihr eingeräumten Ermessen hier jedoch keinen fehlerfreien Gebrauch gemacht.

60 Grundsätzlich ist, wenn ein Antragsteller im Vergabeverfahren kein Angebot abgegeben hat, in Übereinstimmung mit der Vorgehensweise bei der Streitwertbestimmung nach § 50 Abs. 2 GKG der geschätzte Bruttoauftragswert der zutreffende Anknüpfungspunkt für die Gebührenbestimmung (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.08.2014 - 11 Verg 3/14, zitiert nach juris, Tz. 16). Wenn ein Antragsteller, wie hier die Antragstellerin, nur an einem Teil des Auftrags interessiert ist, ist dessen Wert in den Blick zu nehmen (vgl. für eine solche Konstellation OLG Jena, Beschluss vom 22.08.2016 - 2 Verg 6/16, zitiert nach juris). Diesen Ausgangspunkt berücksichtigt die Vergabekammer nicht zutreffend. Der Wert der Buslinien, für die sich die Antragstellerin interessiert, kann - wie die Antragstellerin zutreffend geltend macht - nicht einfach unter Rückgriff auf den Durchschnittswert aus dem gesamten mit der Direktvergabe zu vergebenden Linienbündel bestimmt werden, das auch 12 Linien der Stadtbahn umfasst. Vielmehr hätten von der Vergabekammer Feststellungen zu dem konkreten Wert der Buslinien getroffen werden müssen, für welche sich die Antragstellerin interessiert.

61 Da der Senat die Gebühren der Vergabekammer nicht selbst festsetzen kann, ist die Sache insoweit zur erneuten Entscheidung an die Vergabekammer zurückzuverweisen.

3.

62 Im Umfang des von der Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde nach Art einer objektiven Klagehäufung als Antrag zu 3. hilfsweise weiterverfolgten Unterlassungsanspruchs, der keinen vergaberechtlichen Bezug hat, war die Sache - wie tenoriert - vom übrigen Beschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung von § 145 ZPO ab-

zutrennen. Über den Antrag ist, weil die Antragstellerin mit den Beschwerdeanträgen zu 1. und 2. keinen Erfolg hatte, zu befinden. Da es sich bei dem mit ihm verfolgten Unterlassungsanspruch um einen selbstständigen, aber rechtswegfremden Streitgegenstand handelt, der in der Beschwerdeinstanz angefallen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2019 - XIII ZB 120/19, zitiert nach juris, Tz. 44), ist die Sache insoweit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Gericht des zuständigen Rechtswegs zu verweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 05.06.1997 - I ZB 42/96, zitiert nach juris, Tz. 22). Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin besteht kein Anlass, den Unterlassungsantrag der Antragstellerin vor dieser Verweisung als rechtsmissbräuchlich abzuweisen.

63 Zuständig für den von der Antragstellerin verfolgten Unterlassungsanspruch, der seine Grundlage im Wettbewerbsrecht findet (vgl. BGH, Urteil vom 24.03.2016 - I ZR 261/16 - *Kreiskliniken Calw*), sind die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit; örtlich und gemäß § 13 UWG sachlich zuständig ist das Landgericht Köln.

III.

64 Die von der Antragstellerin mit Vorrang gegenüber einer Sachentscheidung beantragte Verfahrensaussetzung kam nicht in Betracht. Die zur Begründung einer Aussetzung angeführten, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch ausstehenden Entscheidungen sind für das vorliegende Verfahren, das ganz anders gelagert ist als das in Bezug genommene Beschwerdeverfahren VII-Verg 51/16 des Senats, nicht vorgreiflich. Auch dem von der Antragstellerin insoweit gestellten Hilfsantrag war nicht zu entsprechen. So weit die Antragstellerin meint, vorliegend sei eine Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB im Hinblick auf den Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14.10.2019 - Verg 16/19 - geboten, folgt der Senat dem nicht. Der Senat weicht nicht von tragenden Rechtssätzen jener Entscheidung ab.

IV.

65 Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie gemäß § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Hiervon ausgenommen sind lediglich etwaige der Beigeladenen entstandene Kosten. Es entspräche nicht der Billigkeit gemäß § 78 GWB, die Antragstellerin mit Kosten der Beigeladenen zu belasten, weil sich die Beigeladene nicht aktiv am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

66 Ohne Auswirkungen auf die Kostenentscheidung bleibt das Obsiegen der Antragstellerin in dem Umfang, in dem sich ihre sofortige Beschwerde gegen die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer richtet. Die Entscheidung über eine sofortige Beschwerde gegen die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer ergeht gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden insoweit nicht erstattet (vgl. BGH, Beschluss vom 25.10.2011 - X ZB 5/10, zitiert nach juris, Tz. 22-24).

67 Der abschließenden Kostenentscheidung steht die Verweisung des von der Antragstellerin verfolgten Unterlassungsanspruchs an das Landgericht Köln nicht entgegen, weil die Entscheidung über diesen Anspruch in entsprechender Anwendung von § 145 ZPO vom vorliegenden Verfahren abgetrennt worden ist.

68 Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten. Die bisherigen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten erlauben eine abschließende Entscheidung über den Streitwert noch nicht.

