

**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 beschlossenen 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 verstoße 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 &#8230; und &#8230; 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 verstoßen 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 handele. 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 Rügeobliegenheit 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 Vertragsschluss 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 abgeschlossen Beherrschungs- 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 Anhöhrungsrüge 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 Beschlusstextes 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 Vergabennachprüfungsverfahrens 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 Vergabennachprüfungsinstanzen 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 Dienstleistungskonzession 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 Dienstleistungskonzessionen und -aufträgen sowie eine Rechtswegspaltung ausschließt (vgl. Fehling, in: 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 Primärrechtsschutz 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 Rechtsschutzstandards 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 Gleiches 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 Teilaspekt 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 anderenfalls 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 Rückschreiben 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 scheidet 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 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 ermöglichenden 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 Begehren 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 pflichtgemäßen 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. Soweit 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.

