



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XIII ZB 120/19

vom

12. November 2019

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Busvergabe Heinsberg

Verordnung (EG) 1370/2007 Art. 5 Abs. 1 und 2

- a) Die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe im Sinne von Art. 2 Buchst. b VO 1370/2007 geht nicht dadurch verloren, dass eine Behörde bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch einen kommunalen Zweckverband erfüllen lässt.
- b) Der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 angeordnete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts erfasst auch Direktvergaben, die nicht durch den Abschluss eines Vertrags, sondern durch einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgen, etwa durch Gesellschafterbeschluss oder durch gesellschaftsrechtliche Weisung.

BGH, Beschluss vom 12. November 2019 - XIII ZB 120/19 - OLG Düsseldorf

Der XIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. November 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) vom 11. November 2016 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners wird dieser Beschluss insoweit aufgehoben, als dem Antragsgegner vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe der Direktvergabe, bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 15. März 2016, 2016/S 052-086156, aufgegeben worden ist, die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch entsprechende vertragliche Regelungen sicherzustellen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird auch für das Beschwerdeverfahren für notwendig erklärt.

Der Beschwerdewert wird auf 4.890.900 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Das Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf eine Direktvergabe öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen im Kreisgebiet des Antragsgegners an die Beigeladene. Dazu veröffentlichte der Antragsgegner am 15. März 2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorabinformation ohne Aufruf zum Wettbewerb. Der Auftrag sollte ursprünglich am 1. Januar 2018 beginnen und 120 Monate laufen.

- 2 Der Antragsgegner ist neben der Stadt A. , der Städteregion A. und dem Kreis D. Mitglied im Zweckverband A. Verkehrsverbund (AV). In § 10a der Satzung des Zweckverbands heißt es:

Die Verbandsmitglieder bilden eine Gruppe von Behörden im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007. Ihre Mitglieder sind berechtigt, Direktvergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge an interne Betreiber vorzunehmen. ...

Die Durchführung von Vergabeverfahren mit der Funktion einer Vergabestelle gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erfolgt im Regelfall durch das Mitglied, das den internen Betreiber im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 kontrolliert.

- 3 Die vom Antragsgegner als interner Betreiber der Personenverkehrsdienste vorgesehene Beigeladene steht zu 98,02 % im Eigentum der N GmbH (N), während die weiteren 1,98 % ihrer Anteile von der K. GmbH (K) gehalten werden. An der N sind die K mit 16,66 %, die Stadt M. - unmittelbar sowie mittelbar über die E - Entwicklungsgesellschaft der Stadt M. mbH (E) - mit 63,3 % und

die Stadt V. mit 20,04 % beteiligt. Der Antragsgegner hält 50,25 % der Geschäftsanteile der K .

4 § 11 Abs. 5 der Satzung der N lautet wie folgt:

Die Gesellschafter Stadt M. , E und Stadt V. verpflichten sich, in allen Angelegenheiten, einschließlich der Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung zu Beschlüssen der Gesellschafterversammlungen, die die (Beigeladene) und Beteiligungsunternehmen dieser Gesellschaft betreffen, ihr Stimmrecht so auszuüben, wie es der Gesellschafter K vorgibt.

5 Mit Schreiben vom 13. Mai 2016 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die Unzulässigkeit der beabsichtigten Direktvergabe.

6 Die Vergabekammer hat dem Antragsgegner aufgegeben, bei der geplanten Direktvergabe die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 Buchst. e VO 1370/2007 sicherzustellen. Im Übrigen hat sie den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Vergabekammer hat angenommen, die Direktvergabe unterfalle Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007. Diese Bestimmung beziehe sich auch auf Inhouse-Vergaben. Die beabsichtigte Direktvergabe sei danach zulässig, wenn der Antragsgegner die Einhaltung der Eigenerbringungsquote des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. e VO 1370/2007 sicherstelle.

7 Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt und zugleich beantragt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB aF zu verlängern. Diesem Antrag hat das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 8. Dezember 2016 stattgegeben. Mit der rechtzeitig erhobenen Anschlussbeschwerde beantragt der Antragsgegner, den Beschluss der Vergabekammer insoweit aufzuheben, als ihm aufgegeben wur-

de, die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 Buchst. e VO 1370/2007 durch entsprechende vertragliche Regelungen sicherzustellen.

- 8 Das Oberlandesgericht hat das Verfahren mit Beschluss vom 3. Mai 2017 ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat darauf wie folgt geantwortet (EuGH, Urteil vom 21. März 2019 - C-266/17 und C-267/17, VergabeR 2019, 497):

Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ... ist auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG ... und der Richtlinie 2004/18/EG annehmen, nicht anwendbar.

- 9 Die Antragstellerin beantragt nunmehr, dem Antragsgegner zu untersagen, einen Dienstleistungsauftrag über öffentlichen Personenverkehr mit Bussen entsprechend der Vorabinformation im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. März 2016 direkt nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 (Antrag 1) oder nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu In-house-Geschäften (Antrag 2) an die Beigeladene zu vergeben, und den Antragsgegner zu verpflichten, den Vertrag für dieses Beschaffungsvorhaben nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und entsprechend der Rechtsauffassung des Gerichts zu vergeben (Antrag 3). Sollten die Anträge zu 1 bis 3 nicht in vollem Umfang Erfolg haben, begehrt die Antragstellerin, dem Antragsgegner zu verbieten, in näher bestimmter Weise Verluste der Beigeladenen infolge der Übernahme des Personennahverkehrsdienstes mit Bussen auszugleichen (Anträge 4 a und b) sowie die fortdauernden tatsächlichen Folgen zu beseitigen, die sich aus einer Einzahlung der K in die Kapitalrücklage der Beigeladenen

im Jahr 2016 ergeben (Antrag 4 c), solange die Europäische Kommission keinen abschließenden Beschluss nach Art. 108 Abs. 3 AEUV über die Vereinbarkeit dieser finanziellen Maßnahmen mit dem Binnenmarkt erlassen hat. Für den Fall, dass die Anträge zu 1 bis 4 nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollten, begehrt die Antragstellerin äußerst hilfsweise, das Verfahren gemäß § 17a Abs. 2 Satz 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen.

10 Das Oberlandesgericht hat seinen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde verlängernden Beschluss aufgehoben, eine weitere Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt und die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Es erachtet die Anträge 1 bis 3 für unbegründet und die Hilfsanträge zu 4 und 5 für im Vergabenaachprüfungsverfahren unstatthaft. An einer Zurückweisung der sofortigen Beschwerde sieht sich das Oberlandesgericht jedoch durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Jena gehindert, das bei einer Direktvergabe für Leistungen des öffentlichen Bus- und Straßenbahnverkehrs durch Gesellschafterbeschluss einen Dienstleistungsauftrag im vergaberrechtlichen Sinne verneine und deshalb - im Gegensatz zum vorlegenden Oberlandesgericht - annehme, der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 insoweit angeordnete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts greife nicht ein (OLG Jena, Beschluss vom 12. Juni 2019 - 2 Verg 1/18, juris). Demgegenüber hält das Oberlandesgericht Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in dieser Konstellation für nicht anwendbar, so dass allein die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98, NZBau 2000, 90 Rn. 50 - Teckal) zu prüfen seien.

11 Am 23. Juli 2019 hat der Antragsgegner den in Rede stehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag über Personenverkehrsdienste im Wege gesellschaftsrechtlicher Weisung an die Beigeladene direkt vergeben. Unter dem 6. November 2019 hat die Antragstellerin weiter hilfsweise die Feststellung beantragt, dass eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten vorgelegen hat (Antrag zu 6).

12 B. Die Vorlage ist zulässig.

13 I. Für das mit der Vorabinformation am 15. März 2016 begonnene Vergabeverfahren und das anschließende Nachprüfungsverfahren ist gemäß § 186 Abs. 2 GWB das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens geltende Recht maßgeblich. Anzuwenden ist somit das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung.

14 II. Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB aF liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das vorlegende Oberlandesgericht seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der sich mit einem die Entscheidung eines anderen Obergerichts tragenden Rechtssatz nicht in Einklang bringen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rn. 9). So verhält es sich hier.

15 1. Das vorlegende Oberlandesgericht geht von der Anwendbarkeit der vom Gerichtshof der Europäischen Union im Anschluss an das Urteil "Teckal" (EuGH, NZBau 2000, 90 Rn. 50) entwickelten allgemeinen Grundsätze zur In-house-Vergabe aus. Damit würde das Oberlandesgericht seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen, der mit einem Rechtssatz nicht zu vereinbaren wäre, auf dem der Beschluss des Oberlandesgerichts Jena vom 12. Juni

2019 beruht. Dieses vertritt - in Kenntnis des im vorliegenden Verfahren ergangenen Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union - die Ansicht, bei einer in Form eines Gesellschafterbeschlusses erfolgten Direktvergabe von Busverkehrsdienstleistungen fänden allein die Vorschriften des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 Anwendung (OLG Jena, Beschluss vom 12. Juni 2019 - 2 Verg 1/18, juris Rn. 78, 80).

16 2. Die Divergenz war für die Entscheidung des Oberlandesgerichts auch erheblich.

17 a) Das Oberlandesgericht hat dazu ausgeführt, die Streitfrage könne dahingestellt bleiben, wenn die Anwendung von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 oder der allgemeinen Inhouse-Regeln zu demselben Ergebnis führe. Diese Frage ließe sich hier jedoch nur durch ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union klären. Dies erschiene weder mit § 124 Abs. 2 GWB aF noch mit dem in Vergabesachen geltenden Beschleunigungsgrundsatz vereinbar. Danach sei vielmehr geboten, eine Vorlage an den Bundesgerichtshof auch dann zuzulassen, wenn sich die Erheblichkeit der Rechtsfrage aus Sicht des vorlegenden Senats nur durch ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union ausschließen ließe, das in der Regel deutlich mehr Zeit in Anspruch nehme, als der Bundesgerichtshof für das Verfahren nach § 124 Abs. 2 GWB aF benötige.

18 b) Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Dafür spricht insbesondere auch, dass die Zulässigkeit eines erneuten Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV in der vorliegenden Konstellation zumindest zweifelhaft ist. Denn das Oberlandesgericht hält dessen Entscheidung zum Erlass eines Urteils gerade nicht für erforder-

derlich, weil es von der Anwendbarkeit der allgemeinen Inhouse-Kriterien ausgeht und insoweit bestehende Unsicherheiten durch die Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB aF beseitigen kann. Hinzu kommt, dass das Oberlandesgericht zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zwar berechtigt, anders als der Bundesgerichtshof jedoch nicht verpflichtet ist.

19 C. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

20 Die Anträge zu 1 bis 3 der Antragstellerin haben sich erledigt. Die Anträge zu 4 und 5 sind im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren unstatthaft. Der Antrag zu 6 ist unbegründet, weil die Direktvergabe die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt hat.

21 I. Durch die in Form gesellschaftsrechtlicher Weisungen am 23. Juli 2019 erfolgte Direktvergabe des in Rede stehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags über Personenverkehrsdienste an die Beigeladene haben sich die Anträge 1 bis 3 der Antragstellerin erledigt (vgl. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB aF). Damit sind diese Anträge unzulässig geworden, weil das mit ihnen verfolgte Ziel der Beeinflussung der Auftragsvergabe nicht mehr erreicht werden kann (OLG Düsseldorf, VergabeR 2006, 944, juris Rn. 29 mwN; Dreher in Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 114 GWB Rn. 44; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, juris PK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 168 GWB Rn. 108 f.).

22 1. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Direktvergabe bestehen nicht.

23 a) Das Oberlandesgericht hat mit Beschluss vom 3. Juli 2019 seinen Beschluss vom 8. Dezember 2016 aufgehoben, mit dem es die aufschiebende

Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin verlängert hatte, und den Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen, die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern. Der Antragsgegner war berechtigt, im Anschluss an diesen Beschluss den Zuschlag zu erteilen.

24 b) Der Antragsgegner war auch zuständige Behörde für die Direktvergabe. Er ist in seinem Kreisgebiet gemäß § 3 Abs. 1 ÖPNVG NRW Aufgabenträger für die Planung, Organisation und Ausgestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) und gemäß Absatz 2 dieser Vorschrift zuständige Behörde im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

25 Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat der Antragsgegner die Eigenschaft als zuständige Behörde für die Auftragsvergabe nicht dadurch verloren, dass er bestimmte Aufgaben wie die Bestimmung der Tarife oder Beförderungsbedingungen durch den A erfüllen lässt. Dadurch hat der Antragsgegner 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).

26 Dies steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Danach ist bei der Vergabe eines Auftrags über den öffentlichen Personenverkehr mit Bussen die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mit Ausnahme der Bestimmungen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 anwendbar (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2016 - C-292/15, VergabeR 2017, 152 Rn. 41 - Hörmann Reisen; Urteil vom 20. September 2018 - C-518/17, VergabeR 2019, 37 Rn. 46 - Stefan Rudigier). Gemäß Art. 2

Buchst. b VO 1370/2007 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, d.h. 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; Kaufmann/Linke in Linke, VO 1370/2007, 2. Aufl. Rn. 10a).

27 c) Die Unwirksamkeit der Direktvergabe ergibt sich auch nicht aus einem Verstoß gegen sonstige anwendbare Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

28 aa) Zwar könnte diese Verordnung Verpflichtungen der zuständigen Behörden begründen, die als gesetzliche Verbote i.S.v. § 134 BGB anzusehen wären, so dass ein Verstoß zur Unwirksamkeit eines Auftrags oder einer Direktvergabe führen könnte (vgl. für einen mit einer Verordnung der Europäischen Union unvereinbaren öffentlich-rechtlichen Vertrag BVerwGE 70, 41, juris Rn. 49; für Unwirksamkeit bei Verstoß gegen Transparenzvorgaben oder Direktvergabevoraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 OLG München, NZBau 2011, 701, 704, ferner Sack/Seibl in Staudinger, Neub. 2017, § 134 BGB Rn. 44; Vossler in BeckOGK, § 134 BGB Rn. 39, 39.1). Es kann indes offenbleiben, ob und inwieweit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gesetzliche Verbote i.S.d. § 134 BGB zu entnehmen sind. Der Antragsgegner hat gegen keine auf die vorliegende Direktvergabe anwendbaren Vorschriften dieser Verordnung verstoßen.

- 29 bb) Nach der in diesem Verfahren ergangenen Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 nicht anwendbar auf die Direktvergabe von Verträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen (EuGH, NZBau 2019, 319 Rn. 80). Eine solche Vergabe liegt im Streitfall vor.
- 30 Soweit der Unionsgerichtshof hier den Begriff "Verträge" verwendet, benutzt er ihn als Synonym für "öffentliche Dienstleistungsaufträge". Dies wird aus dem Zusammenhang der Entscheidung deutlich und ergibt sich insbesondere aus ihren Randnummern 71 und 72, wo statt des Begriffs "öffentliche Dienstleistungsaufträge", der sich in dem dort in Bezug genommenen Art. 5 der Richtlinie 1370/2007 findet, der Begriff "Verträge" gebraucht wird.
- 31 Direktvergaben für den öffentlichen Busverkehr sind öffentliche Dienstleistungsaufträge, für die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007 gilt. Dabei erfasst der in dieser Bestimmung angeordnete Vorrang des allgemeinen Vergaberechts entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Jena (2 Verg 1/18, juris Rn. 66, 78, 80) auch Direktvergaben, die nicht durch den Abschluss eines Vertrags, sondern durch einen anderen rechtsverbindlichen Akt erfolgen, etwa durch Gesellschafterbeschluss oder - wie im Streitfall - durch gesellschaftsrechtliche Weisung. Wesensmerkmal der Direktvergabe ist gerade, dass es an einer vertragstypischen Gleichordnung von Auftraggeber und Betrautem fehlt, es handelt sich um eine Form der "Selbstvornahme" (vgl. Dreher in Immenga/Mestmäcker aaO, § 99 GWB Rn. 111).
- 32 Zwar bezeichnet Art. 2 Buchst. i Halbsatz 1 VO 1370/2007 als "öffentlichen Dienstleistungsauftrag" im Sinne dieser Verordnung 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 Personenverkehrsdiensten 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. Danach gelten nicht nur Verträge als öffentliche Dienstleistungsaufträge, sondern auch Direktvergaben, die in anderer Form rechtsverbindlich erfolgen, etwa durch gesellschaftsrechtliche Weisung. 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 indes die Vorschriften dieser das Vergabeverfahren regelnden Richtlinie nicht anwendbar sind. In diesem Sinne sieht der Gerichtshof der Europäischen Union das Bestehen eines Vertrags als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien an (EuGH, Urteil vom 19. April 2007 - C-295/05, VergabeR 2007, 487 Rn. 54 - Asemfo).

33 cc) Gemäß Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 ist der mit Busverkehrsdiensten betraute Betreiber verpflichtet, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Verpflichtung im Streitfall nicht erfüllt sein könnte.

34 Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 des durch Direktvergabe erteilten öffentlichen Dienstleistungsauftrags (Anl. AG 4) muss die Beigeladene sogar den überwiegenden Teil der Leistung selbst erbringen. Nur unter Beachtung dieser Verpflichtung darf sie sich zur Leistungserbringung anderer Verkehrsunternehmen

bedienen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 des Auftrags). Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Beigeladene diese Vorgaben tatsächlich nicht erfüllen sollte.

35 Abweichendes ergibt sich nicht aus der Auftragsbekanntmachung der Beigeladenen vom 20. September 2019 für Unteraufträge im auf acht Lose verteilten Gesamtvolumen von jährlich ca. 800.000 Vertragskilometern, die eine einjährige Mindestlaufzeit haben und sich um jeweils ein Jahr, längstens jedoch bis Ende 2027 verlängern sollen, wenn sie nicht gekündigt werden (II.2.7 der Auftragsbekanntmachung). Ungeachtet der Höchstlaufzeit von acht Jahren handelt es sich bei diesen Unteraufträgen im Hinblick auf die Verlängerungsklausel um Verträge mit unbestimmter Laufzeit. Unter Beachtung des jährlichen Kündigungsrechts kann die Beteiligte auch nach der beabsichtigten Ausschreibung von Unteraufträgen und in Einklang mit ihren vertraglichen Pflichten weiterhin den überwiegenden und damit jedenfalls einen bedeutenden Teil der Leistungen im Sinne von Art. 4 Abs. 7 VO 1370/2007 selbst erbringen.

36 d) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist der am 23. Juli 2019 abgeschlossene Vertrag nicht wegen Verstoßes gegen das für notifizierungspflichtige Beihilfen geltende Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. zur Nichtigkeitsfolge BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 40 - Flughafen Frankfurt-Hahn).

37 aa) Gemäß Art. 9 Abs. 1 VO 1370/2007 sind nach dieser Verordnung gewährte Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen beim Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und vom Notifizierungsgebot des Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit (vgl. MünchKommVergII/Berschin, 2. Aufl., VO 1370/2007, Art. 9 Rn. 1).

- 38 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. Anders als die Antragstellerin meint, sind Direktvergaben von Verkehrsdienstleistungen mit Bussen, die dem Betreiber Ausgleichsleistungen gemäß der VO 1370/2007 gewähren, danach notifizierungsfrei. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind auf Aufträge für den öffentlichen Personenverkehr mit Bussen, die - wie hier - keine Dienstleistungskonzessionen sind, nur Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 nicht anzuwenden, während die übrigen Vorschriften dieser Verordnung anwendbar bleiben (EuGH, VergabeR 2017, 152 Rn. 41 - Hörmann Reisen; VergabeR 2019, 37 Rn. 46 - Stefan Rudigier).
- 39 Die hier in Rede stehende Direktvergabe ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007. Gemäß Art. 2 Buchst. h VO 1370/2007 ist "Direktvergabe" die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne vorheriges wettbewerbliches Vergabeverfahren. Wie oben dargelegt (Rn. 32), kann nach Art. 2 Buchst. i der Verordnung ein "öffentlicher Dienstleistungsauftrag" 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. Dies umfasst eine Betrauung im Wege gesellschaftsrechtlicher Weisung.
- 40 Der Umstand, dass der Antragsgegner der Beigeladenen Ausgleichszahlungen und ausschließliche Rechte gewährt, kann deshalb nicht schon als solcher dazu führen, die Direktvergabe als notifizierungspflichtige Beihilfe anzusehen.

41 bb) Soweit die Antragstellerin einen Gewinnabführungsvertrag zwischen
der N und der Beigeladenen, eine Einzahlung in die Kapitalrücklage der Bei-
geladenen durch die K und eine zwischen der K und der Beigeladenen
abgeschlossene Kontokorrentvereinbarung als nicht notifizierte Beihilfen bean-
standet, handelt es sich dabei nach ihrem Vortrag um vor der Direktvergabe
begründete, gesonderte Rechtsverhältnisse. Selbst wenn diese wegen Versto-
ßes gegen das Notifizierungsgebot nichtig wären, berührte dies die Wirksamkeit
der davon rechtlich unabhängigen Direktvergabe nicht.

42 2. Nach Eintritt der Erledigung durch wirksame Direktvergabe sind die
Anträge 1 bis 3 der Antragstellerin unzulässig geworden.

43 Dabei kann hier dahinstehen, ob Art. 5 Abs. 7 VO 1370/2007 im Hinblick
auf die Formulierung "Interesse daran hatte" einen Primärrechtsschutz auch
gegen erfolgte Direktvergaben ermöglichen soll (in diesem Sinne offenbar OLG
Düsseldorf, NZBau 2011, 244, juris Rn. 62). Jedenfalls könnte dies nur für Di-
rektvergaben i.S.d. Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370/2007 gelten. Dazu zählt die in
Rede stehende Direktvergabe nicht (vgl. oben Rn. 29).

44 II. Das Oberlandesgericht hat die hilfsweise gestellten Anträge zu 4 und
5 zutreffend als im Vergabenachprüfungsverfahren gemäß §§ 102, 104 Abs. 2
GWB aF unstatthaft angesehen. Etwaige Verstöße gegen beihilferechtliche
Vorschriften können im Vergabenachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht
werden. Da die auf Beihilferecht gestützten Ansprüche im Beschwerdeverfah-
ren nicht angefallen sind und nicht in zulässiger Weise in das Beschwerdever-
fahren eingeführt werden konnten, ist die von der Antragstellerin hilfsweise be-
gehrte Rechtswegverweisung ebenfalls unstatthaft.

45 III. Der auf Feststellung einer Rechtsverletzung der Antragstellerin durch die Direktvergabe gerichtete Fortsetzungsfeststellungsantrag zu 6 ist zulässig (vgl. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB aF), jedoch unbegründet. Die Direktvergabe war rechtmäßig.

46 1. Unerheblich ist, dass der Antragsgegner in der Bekanntmachung vom 16. August 2019 den vergebenen Auftrag als "Direktvergabe ... gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007" bezeichnet hat. Zwar ist Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 im Streitfall nicht anwendbar, weil keine Dienstleistungskonzession vorliegt (vgl. EuGH, VergabeR 2019, 497 Rn. 80). Für die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe kommt es indes jedenfalls dann auf die materielle Rechtslage und nicht auf das unzutreffende Zitat der Rechtsgrundlage an, wenn die Falschbezeichnung als solche zu keiner Rechtsverletzung des Antragstellers führen kann. So liegt es hier.

47 Abweichendes ergibt sich auch nicht im Hinblick auf das Transparenz-erfordernis des Art. 7 Abs. 2 Buchst. b VO 1370/2007. Nach dieser Vorschrift hat die zuständige Behörde spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder der Direktvergabe über die Art des geplanten Vergabeverfahrens zu informieren. Zweck dieser Vorabveröffentlichung ist es, den Verkehrsunternehmen die Prüfung zu ermöglichen, ob sie am Auftrag interessiert sind und gegebenenfalls durch ein "Initiativangebot" auf die Ankündigung einer Direktvergabe reagieren wollen (vgl. Linke in Fehling/Linke aaO Art. 7 Rn. 37 f.). Wortlaut und Zweck des Art. 7 Abs. 2 Buchst. b VO 1370/2007 erfordern daher lediglich die Angabe, ob eine Direktvergabe oder ein wettbewerbliches Verfahren beabsichtigt ist, nicht jedoch zwingend schon die zutreffende Angabe, ob die Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 oder nach allgemeinen Inhouse-Grundsätzen erfolgen wird. Dies gilt im Streitfall um-

so mehr, als hier zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorabinformation noch höchstrichterlich ungeklärt war, auf welcher Rechtsgrundlage eine Direktvergabe im öffentlichen Busverkehr erfolgen konnte.

48 Dabei kann insoweit dahinstehen, welche Anforderungen an die Dokumentation der Voraussetzungen einer Direktvergabe in der Vergabeakte der Behörde zu stellen sind (vgl. dazu den von der Antragstellerin vorgelegten Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019, Verg 16/19). Unabhängig davon, dass ein mangelhafter Inhalt der Dokumentation in der Vergabeakte nicht geltend gemacht worden ist, ist auch nicht ersichtlich, inwieweit dadurch gegebenenfalls Rechte der Antragstellerin hätten beeinträchtigt werden können. Nach der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung am 15. März 2016 konnte die Antragstellerin in ihrem bereits am 24. Mai 2016 gegen die beabsichtigte Direktvergabe eingeleiteten Nachprüfungsverfahren ihre Rechte umfassend wahren.

49 2. Die Direktvergabe durch den Antragsgegner erfüllt die Voraussetzungen einer zulässigen Inhouse-Vergabe nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union im Anschluss an das Urteil Teckal (EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98, NZBau 2000, 90 Rn. 50) entwickelten Grundsätzen. Die spätere Kodifikation dieser Grundsätze in den Vergaberichtlinien der Union und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist zeitlich auf die am 15. März 2016 eingeleitete Vergabe noch nicht anwendbar.

50 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist eine Direktvergabe nach den sogenannten Inhouse-Grundsätzen zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und diese Ein-

richtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben (vgl. EuGH, NZBau 2000, 90 Rn. 50 - Teckal; Urteil vom 11. Januar 2005 - C-26/03, VergabeR 2005, 44 Rn. 48 und 49 - Stadt Halle und RPL Lochau, sowie wohl zuletzt in der im vorliegenden Verfahren eingeholten Vorabentscheidung vom 21. März 2019 - C-266/17 und C-267/17, VergabeR 2019, 497 Rn. 76).

51 Bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Die Prüfung muss zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben wird, einer Kontrolle unterworfen ist, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (vgl. EuGH, VergR 2006, 478 Rn. 36 - Carbotermo, mwN). Dabei kommt einer Kapitalbeteiligung zwar indizielle Bedeutung zu, sie ist jedoch nicht entscheidend, vielmehr sind maßgeblich die in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Leitungsbefugnisse (vgl. EuGH, VergR 2006, 478 Rn. 37 f. - Carbotermo).

52 b) Die nach Wegfall der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde infolge des Beschlusses des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 2019 erfolgte Direktvergabe durch den Antragsgegner war nach diesen Grundsätzen zulässig.

53 aa) Die Anteile an der Beigeladenen, einer GmbH, werden zu 98 % von der N GmbH (N) und zu 2 % von der K. GmbH (K) gehalten. An der N ist die K wiederum mit 16,66 % beteiligt, wäh-

rend die übrigen Anteile von der Stadt V. sowie unmittelbar und mittelbar von der Stadt M. gehalten werden. An der K ist der Antragsgegner mit 50,25 % beteiligt. Nach der Satzung der N besteht eine Stimmbindung der übrigen Gesellschafter zugunsten der K in allen Angelegenheiten, die die Beigeladene betreffen. Das Stimmrecht ist so auszuüben, wie es der Gesellschafter K vorgibt.

54 bb) Diese Konstruktion reicht aus, zugunsten der Antragsgegnerin eine vergleichbare Kontrolle über die Beigeladene wie über eine eigene Dienststelle zu begründen.

55 (1) Die Zwischenschaltung einer Holding (hier der N) zwischen dem öffentlichen Auftraggeber (hier dem Antragsgegner) und der beauftragten Einrichtung (hier der Beigeladenen) schließt eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle nicht aus, sondern kann lediglich, je nach den Umständen, die Einflussmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers schwächen (vgl. EuGH, VergR 2006, 478 Rn. 39 - Carbotermo). Eine solche Schwächung liegt hier indes nicht vor.

56 (2) Im Streitfall wurde sowohl für die Beigeladene, wie auch für die N und die K die Gesellschaftsform der GmbH gewählt, die den Gesellschaftern umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten gibt (vgl. § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG). Dabei kommt der durch Gesellschaftsvertrag der K in Form der Stimmrechtsbindung hinsichtlich der Beigeladenen eingeräumten Steuerungsmöglichkeit entscheidende Bedeutung zu. Durch diese auf Gesetz und Gesellschaftsvertrag beruhenden Steuerungsmöglichkeiten wird gewährleistet, dass die K die Beigeladene vergleichbar einer eigenen Dienststelle kontrollieren

kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 - X ZB 10/01, BGHZ 148, 55, juris Rn. 34).

57 (3) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bestehen gegen die Wirksamkeit der Stimmrechtsbindung keine Bedenken im Hinblick auf § 113 GO NRW. Nach dieser Bestimmung haben die Vertreter der Gemeinde in Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen und dergleichen von juristischen Personen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, die Interessen der Gemeinde zu verfolgen; sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Die gesellschaftsvertragliche Stimmbindung in der N zugunsten der K konnte nur in Übereinstimmung mit der Beschlusslage in den Gemeinden V. und M. sowie bei der Antragsgegnerin eingegangen werden. Es ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass es an dieser Voraussetzung fehlt.

58 (4) Bedenken hinsichtlich der Erfüllung des Kontrollkriteriums ergeben sich auch nicht daraus, dass der Antragsgegner an der K lediglich eine Beteiligung von 50,25 % hält.

59 Die Vergabekammer hat nicht festgestellt, dass an der K eine private Beteiligung besteht; die Antragstellerin macht dafür auch nichts geltend. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass sich der Antragsgegner bei einer Kapitalbeteiligung von 50,25 % an der K mittels des gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechts wie bei einer eigenen Dienststelle durchsetzen kann. Im Übrigen kann bei Einschaltung einer von mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam gehaltenen Einrichtung (hier der K GmbH) nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die "Kontrolle wie über die eigene Dienststelle" von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt

werden, ohne dass es notwendig wäre, dass diese Kontrolle von jeder von ihnen einzeln ausgeübt wird (EuGH, Urteil vom 29. November 2012 - C-182/11 und C-183/11, VergR 2013, 202 Rn. 28 - Econord; zur Bejahung des Kontrollkriteriums bei geringer Beteiligungshöhe - dort 1 % - vgl. EuGH, VergabeR 2007, 487 Rn. 57 bis 61 - Asemfo).

60 c) Die Beigeladene ist auch im Wesentlichen (wenn nicht ausschließlich) für den Antragsgegner tätig. Zwar erzielt sie ihre Einnahmen im Wesentlichen durch von Dritten entrichtetes Fahrgeld. Bezugsmaßstab des Wesentlichkeitskriteriums sind indes die Tätigkeiten, mit denen die fragliche Einrichtung im Wege der Direktvergabe betraut wurde (vgl. jetzt § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Der Unionsgerichtshof hat klargestellt, dass für das Wesentlichkeitskriterium alle Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die das Unternehmen aufgrund der Direktvergabe seitens des öffentlichen Auftraggebers verrichtet, unabhängig davon, wer das betreffende Unternehmen dafür vergütet, sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen, die von der Einrichtung erbracht werden (EuGH, VergR 2006, 478 Rn. 67, 62 - Carbotermo).

61 d) Auch wenn die Direktvergabe bei Busdiensten nach allgemeinen In-house-Grundsätzen erfolgt, bleiben entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über den finanziellen Ausgleich anwendbar. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung ist in diesem Fall allein das Sondervergaberecht des Art. 5 Abs. 2 bis 6 ausgeschlossen (vgl. EuGH, VergabeR 2017, 152 Rn. 41 - Hörmann Reisen; VergabeR 2019, 37 Rn. 46 - Stefan Rudigier). Zwar dürfen gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 ausschließliche Rechte und Ausgleichsleistungen nur durch öffentliche Dienstleistungsaufträge gewährt werden. Nach der hier maßgeblichen Definition in Art. 2 Buchst. i

VO 1370/2007 gelten Inhouse-Vergaben aber ausdrücklich als öffentliche Aufträge im Sinne der Verordnung. Darüber hinaus sind Inhouse-Vergaben auch nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/24 ausdrücklich öffentliche Aufträge, die jedoch nicht in den Anwendungsbereich dieser Vergaberichtlinie fallen.

62 3. War die Direktvergabe somit zulässig, ist der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

63 D. Die Anschlussbeschwerde des Antragsgegners hat Erfolg.

64 I. Die Anschlussbeschwerde ist ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten Direktvergabe zulässig. Durch den insoweit angegriffenen Beschluss der Vergabekammer wird der Antragsgegner weiterhin dazu verpflichtet, das Rechtsverhältnis der Direktvergabe im Verhältnis zur Beigeladenen in bestimmter Weise zu regeln.

65 II. Die Anschlussbeschwerde ist auch begründet. Abgesehen davon, dass der Nachprüfungsantrag ohnehin unzulässig geworden ist, war der Antragsgegner, wie ausgeführt, nicht verpflichtet, bei der in Rede stehenden Direktvergabe die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 Buchst. e VO 1370/2007 sicherzustellen.

66 E. Eine (weitere) Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich gemäß den vorstehenden Ausführungen keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nach der

bereits ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs (insbesondere EuGH, VergabeR 2017, 152 - Hörmann Reisen; VergabeR 2019, 37 Rn. 46 - Stefan Rudigier, VergabeR 2019, 497) nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

67 F. Zu einer Änderung der Kostenentscheidung der Vergabekammer besteht kein Anlass. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht gemäß § 120 Abs. 2 GWB aF auf einer entsprechenden Anwendung von § 78 GWB.

68 Für die Festsetzung des Gegenstandswerts kommt es auf den Zeitpunkt der den jeweiligen Streitgegenstand betreffenden Antragstellung an, die den Rechtszug einleitet (§ 40 GKG). Für den Wert des Beschwerdeverfahrens ist damit der Wert bei Einlegung der sofortigen Beschwerde maßgeblich. Für diesen Zeitpunkt hat der Antragsgegner unter Zugrundelegung des maßgeblichen

69 Vierjahreszeitraums (vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 2 VGV aF) einen Bruttoauftragswert von 97.818.000 € angegeben. Die Antragstellerin ist dem nicht mehr entgegengetreten. Dieser Betrag ist nach § 50 Abs. 2 GKG für die Bestimmung des Streitwerts auf 5 % der Bruttoauftragssumme zu begrenzen.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanzen:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 03.07.2019 - VII-Verg 51/16 -