

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011 VII-Verg 48/10

Nicht amtliche Leitsätze:

1. Für das Vorliegen eines Inhouse-Geschäfts ist der Einsatz von Subunternehmen ohne Relevanz.
2. Das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist auch dann zu bejahen, wenn die Fahrgeldeinnahmen Kosten und Gewinn zu mehr als 50 % decken. Dabei kommt es nicht darauf an, inwieweit die am Markt erwirtschafteten Einnahmen starken Schwankungen unterliegen.
3. Die Bekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 erfordert es, dass im Fall des Zusammenschlusses mehrerer Aufgabenträger zu einer Gruppe von Behörden die einzelnen Auftraggeber erkennbar sind

Wesentlicher Inhalt der Entscheidung:

Gegenstand des Verfahrens war eine sofortige Beschwerde des Antragstellers. Im Rahmen der Zulässigkeit erklärte sich das OLG trotz einer fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisung zu den Vergabekammern und -senaten für zuständig und begründete dies mit einer analogen Anwendung des § 102 GWB. In materieller Hinsicht korrigierte das OLG zunächst die im vorausgegangenen Beschluss der VK Münster vorgenommen Auslegung des Tätigkeitskriteriums bei Inhouse-Geschäften außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 1370/2007. Das OLG stellte klar, dass der Einsatz von Subunternehmern für das Vorliegen eines Inhouse-Geschäfts ohne Relevanz ist. Desweiteren legte das OLG den für die Anwendung der Vergaberegulungen der VO 1370/2007 im Bereich von Busverkehrsleistungen maßgeblichen Begriff der Dienstleistungskonzession aus. Diese sei hier gegeben, weil die Fahrgeldeinnahmen Kosten und Gewinn zu mehr als 50 % decken. Auf die Frage, inwieweit die am Markt erwirtschafteten Einnahmen starken Schwankungen unterliegen komme es nicht an. Schließlich konkretisierte das OLG die Anforderungen der Bekanntmachung nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 und machte nicht nur deutlich, dass diese zwingende Voraussetzung für eine spätere Direktvergabe sei, sondern überdies, dass für den Fall des Zusammenschlusses mehrerer Aufgabenträger zu einer Gruppe von Behörden die einzelnen Auftraggeber erkennbar sein müssten.

Beschlusstext (gekürzt):

Gründe:

A.

Die Antragsgegner, die zuständigen öffentlichen Aufgabenträger in ihrem Bereich, erwogen nach Inkrafttreten der VO (EG) 1370/2007 (zukünftig: VO), eine Vielzahl von Buslinien an die - zwischenzeitlich in Umstrukturierungsmaßnahmen befindliche - Beigeladene direkt zu vergeben. Bei der Beigeladenen handelt es sich um eine GmbH, deren Gesellschafter Gemeinden und Kreise im Münsterland sind. Die Beigeladene hat - wie andere kommunale Verkehrsunternehmen auch - einen Geschäfts- und Betriebsführungsvertrag mit der W... geschlossen; die Geschäftsführer der W... und der angeschlossenen Verkehrsunternehmen sind identisch.

Im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 veranlassten die Antragsgegner eine Bekanntmachung der beabsichtigten Direktvergabe im EU-Amtsblatt. In der Bekanntmachung wurde als öffentlicher Auftraggeber die "Regionale Nahverkehrsgemeinschaft Münsterland (RNVG)"

genannt. Als Hauptort der Dienstleistung waren die Kreise Borken, Coesfeld, Steinfurt und Warendorf angegeben, Art und Menge mit "Personenbeförderung im Linienverkehr mit Bussen, ca. 16 Mio. Nutzwagenkilometer auf 347 Linien" beschrieben. Unter dem Stichwort "Sonstige Informationen" hieß es:

Die Münsterlandkreise beabsichtigen als Gruppe zuständiger Behörden gemäß Art. 2 lit. b) Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 eine Direktvergabe an einen internen Betreiber gemäß Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Die Direktvergabe dient der Sicherstellung integrierter öffentlicher Personenbeförderungsdienste im Sinne von Art. 2 lit. m) Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Sämtliche nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) genehmigten Regional-, Stadt- und Ortsverkehre der Regionalverkehr Münsterland GmbH (RVM) werden Bestandteil der Direktvergabe. Die Direktvergabe ist mit Wirkung zum 01.01.2011 beabsichtigt. Die Münsterlandkreise kommen mit dieser Information ihrer Verpflichtung nach Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nach. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) und die Verdingungsordnungen keine Anwendung finden.

Damit die Beigeladene die Selbsterbringungsquote des Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO erreichen konnte, hat sie u.a. ein privates Busunternehmen in Lengerich gekauft, wodurch sie nach ihren Angaben mehr als 50 % der Leistung selbst erbringen kann. Im Übrigen will sie Nachunternehmer einsetzen.

Zwischenzeitlich liegt zudem ein Entwurf für einen "Öffentlichen Dienstleistungsauftrag" über die Dauer von 10 Jahren mit der Beigeladenen vor. In ihm sind Ausgleichsleistungen an die Beigeladene vorgesehen (§§ 13 ff.).

Die Antragstellerin erbringt Dienstleistungen im öffentlichen Buspersonennahverkehr. Mit Schreiben vom 09. Juni 2009 bekundete sie gegenüber dem "Kreis Coesfeld RNVG" ihr Interesse an dem Betrieb einiger Linien an und rügte, die Voraussetzungen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO lägen nicht vor.

Nach Zurückweisung der Rüge hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Sie hat geltend gemacht:

Der Vorrang sogenannter eigenwirtschaftlicher Verkehre nach § 8 Abs. 4 PBefG sei von den Antragsgegnern nicht beachtet worden. Es handele sich zudem nicht um eine In-House-Vergabe, weil die anderen an die W... angeschlossenen Verkehrsunternehmen erheblichen Einfluss auf die Beigeladene ausüben könnten. Zudem hätten andere Privatunternehmen als (Mit-)Inhaber einer Konzession nach dem PBefG Einfluss auf die Beigeladene. Des Weiteren sei Voraussetzung einer In-House-Vergabe, dass die Beigeladene die beauftragten Leistungen weit überwiegend selbst erbringe und nicht - wie hier - in erheblichem Umfang durch Nachunternehmer erbringen lasse. Im Übrigen seien nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO nicht die Abs. 2 bis 6, sondern das allgemeine Vergaberecht anzuwenden, weil es sich entgegen der Auffassung der Antragsgegner nicht um eine Dienstleistungskonzession handele. Dass die Fahrgeldeinnahmen ca. 60 % der Kosten abdeckten, reiche für eine Risikoübernahme durch die Beigeladene nicht aus. Die Vergabe sei daher im Offenen Verfahren auszuschreiben. Aber auch wenn Art. 5 Abs. 2 VO gelte, sei eine Direktvergabe jedenfalls nach nationalem Recht unzulässig, weil private Anbieter auf längere Zeit von Busverkehren ausgeschlossen würden; die Vergabe von Unteraufträgen sei kein Ausgleich, weil die Beigeladene ihre Leistungen nach Art. 5 Abs. 2 lit. e) VO zu mehr als 50 % selbst erbringen müsse und diese Quote erweitern könne. Sie bezweifle zudem, dass die Beigeladene in der Lage sei, diese Quote zu erbringen. Sie hat daher beantragt,

1. festzustellen, dass die von der Antragsgegnern im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/S 128-186984 am 08.07.2009 als Vorinformation bekannt gemachte, beabsichtigte Direktvergabe im Fall ihrer Durchführung unwirksam ist,

2. den Antragsgegnern vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens aufzugeben, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Aktenzeichen 2009/S 128-186984 am 08.07.2009 als Vorinformation bekannt gemachte Leistungsvolumen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu europaweit bekannt zu machen und im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben, soweit nichtkommerzielle Verkehre vorliegen.

Die Antragsgegner haben beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie haben den Nachprüfungsantrag für unzulässig gehalten. Es handele sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 2 VO. Für die Nachprüfung derartiger Aufträge nach Art. 5 Abs. 7 VO sei die Vergabekammer gegenwärtig nicht zuständig. Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO mit dem Verweis auf das allgemeine Vergaberecht sei demgegenüber nicht einschlägig. Es handele sich um eine In-House-Vergabe, weil die Beigeladene von den Antragsgegnern beherrscht werde; sie würden nach einer Umstrukturierung bis Ende 2010 voraussichtlich 90 % der Anteile der Beigeladenen halten. Die Beigeladene erbringe ihre Leistungen auch - bis auf abgehende Linien - ausschließlich für die Antragsgegner. Dass sie Nachunternehmer einsetze, sei unschädlich. Zudem handele es sich um eine Dienstleistungskonzession, weil die Fahrgeldeinnahmen rund 60 % der Kosten abdeckten.

Im Übrigen hätten sie - die Antragsgegner - gegenwärtig noch keine angreifbare Entscheidung getroffen. Es seien lediglich vorbereitende Maßnahmen eingeleitet worden. Rechtsschutz sei erst nach der Vergabeentscheidung möglich. Diese sei noch nicht gefallen.

Zudem lägen die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. g) und lit. o)/p) GWB vor.

Schließlich sei die in Aussicht genommene Direktvergabe an die Beigeladene nach Art. 5 Abs. 2 VO rechtmäßig.

Die Beigeladene hat keine Stellungnahme abgegeben.

Die Vergabekammer hat den Anträgen der Antragstellerin stattgegeben.

Auf Grund der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt, der Erstellung eines Vertragsentwurfs sowie der verschiedenen Umstrukturierungsmaßnahmen bei der Beigeladenen habe ein Vergabeverfahren bereits begonnen, welches Gegenstand eines Nachprüfungsantrages sein könne.

Der fragliche Auftrag sei als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO in Verbindung mit der Richtlinie 2004/18/EG anzusehen. Es handele sich nicht um eine Dienstleistungskonzession, weil die Antragsgegner letztlich den überwiegenden Teil des Risikos trügen; das Risiko, dass die Fahrgeldeinnahmen zurückgingen, sei als gering einzuschätzen. Auch eine In-House-Vergabe liege nicht vor. Es könne offen bleiben, ob die Antragsgegner letztlich die Beigeladene beherrsche, jedenfalls sei die Beigeladene nicht überwiegend für die Antragsgegner tätig. Eine Marktberührung durch die Beigeladene finde nämlich auch dadurch statt, dass sie in weitem Umfang die Leistungen nicht selbst erbringe, sondern an Nachunternehmer vergebe. Infolgedessen seien die Leistungen im Offenen Verfahren auszuschreiben.

Dagegen haben die Antragsgegner sofortige Beschwerde eingelegt. Sie machen weiterhin geltend, bei dem fraglichen Auftrag handele es sich nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 GWB, sondern um eine Dienstleistungskonzession, so dass die Vergabekammer nicht zuständig sei; eine Nachprüfung gemäß Art. 5 Abs. 7 VO habe vielmehr durch die Verwaltungsgerichte zu erfolgen. Im Übrigen fehle es auch an einer nachprüfaren Vergabeentscheidung der Antragsgegner, bisher hätten sie lediglich vorbereitende Entscheidungen getroffen. Sie beantragen daher, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zu verwerfen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss unter Vertiefung ihres Vorbringens vor der Vergabekammer.

Die Beigeladene hat keine Erklärungen abgegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Vergabe- und Vergabekammerakten sowie die gewechselten Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten Bezug genommen.

B.

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegner hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Allerdings sind die von der Vergabekammer nach § 114 Abs. 2 GWB getroffenen Anordnungen anzupassen.

I. Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens

Das Vergabenachprüfungsverfahren ist zulässig.

1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Entgegen den Bedenken der Antragsgegner war die Vergabekammer zuständig. Ihre Zuständigkeit ergibt sich aus § 102 GWB, entweder in unmittelbarer oder in analoger Anwendung.

Auf die beabsichtigte Vergabe findet die VO grundsätzlich Anwendung. Die Antragsgegner beabsichtigen, einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO zu erteilen, der Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinne des Art. 2 lit. e) VO vorsieht (§§ 13 ff. des Vertrages). Ob Ausgleichsleistungen tatsächlich notwendig und sogenannte eigenwirtschaftliche Verkehre (ohne besondere Ausgleichsleistungen) möglich sind, ist keine Frage der Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens. Es kommt allein auf den Rechtscharakter des Vertrages an, den die Vergabestelle abzuschließen beabsichtigt.

An dieser Stelle kann offen bleiben, ob es sich bei dem fraglichen Auftrag um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, 3 GWB oder um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG handelt und ob die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe vorliegen. Zwar erfolgt im Falle des Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO ein Rechtsschutz nach Maßgabe der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (sowie der nationalen Umsetzungsgesetzgebung), während in den Fällen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO der Rechtsschutz in Art. 5 Abs. 7 VO geregelt ist (zur Abgrenzung zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 2 einerseits und Abs. 2 ff. andererseits s. unter II.). Das führt aber, wie noch näher auszuführen sein wird, in Deutschland zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen. Von daher bedarf keiner Entscheidung, ob ein Rechtsschutz des Art. 5 Abs. 7 VO bereits dann eingreift, wenn die Vergabestelle erklärtermaßen eine Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 vornehmen will, ob insoweit also eine formelle Anknüpfung zu erfolgen hat oder ob - wie im allgemeinen Vergaberecht - eine materielle Anknüpfung vorzunehmen ist.

a) Sollte es sich bei dem Auftragsgegenstand um einen Dienstleistungsauftrag handeln, der die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nicht erfüllt, ergibt sich die Zuständigkeit der Vergabekammer unstreitig aus § 102 GWB.

b) In den übrigen Fällen rechtfertigt sich die Zuständigkeit der Vergabekammer aus einer analogen Anwendung des § 102 GWB.

§ 102 GWB ist dann allerdings nicht unmittelbar anzuwenden, weil eine Dienstleistungskonzession nicht als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 GWB anzusehen ist und damit an sich nicht einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB unterliegt (vgl. Senat, Beschluss vom 21.07.2010 - VII-Verg 19/10, NZBau 2010, 582 = VergabeR 2010, 955). Das Gleiche gilt für eine In-House-Vergabe im Sinne der Rechtsprechung des EuGH (s. näher nachfolgend unter II.1.).

Infolge des Inkrafttretens des Art. 5 Abs. 7 VO am 03. Dezember 2009 ist jedoch für die Nachprüfung sonstiger der VO unterfallende Dienstleistungsaufträge im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO (also einschließlich Dienstleistungskonzessionen und In-House-Vergaben) eine Lücke aufgetreten, die durch eine analoge Anwendung des § 102 GWB zu schließen ist (noch offen gelassen vom Senat im Beschluss vom 21.07.2010 - VII-Verg 19/10 m.w.N.).

Eine ausdrückliche Regelung darüber, wer die Nachprüfung von Entscheidungen nach Art. 5 Abs. 7 der VO (EG) 1370/2007 vorzunehmen hat, existiert in der Bundesrepublik Deutschland noch nicht.

Den Antragsgegnern ist zuzugestehen, dass angesichts des § 40 Abs. 1 VwGO die Zuweisung von Rechtsstreitigkeiten an ein anderes Gericht nicht leichtfertig angenommen werden darf (vgl. Ehlers, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 20. Ergänzungslieferung 2010, § 40 Rdnrn. 488 ff.). Diese Vorschrift erklärt im Grundsatz für sämtliche öffentlich rechtliche Streitigkeiten die Verwaltungsgerichte für zuständig, so dass die "ausdrückliche" Zuweisung an andere Gerichte als Ausnahmenvorschrift anzusehen ist.

Dennoch liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 102 GWB und damit für eine abdrängende Zuständigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO zugunsten von Vergabekammer und -senat vor. Die analoge Anwendung einer Vorschrift setzt voraus, dass sie analogiefähig ist, das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Sachverhalt vergleichbar ist, den der Gesetzgeber in einem bestimmten Sinne geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer an denselben Grundsätzen ausgerichteten Interessenabwägung zu den gleichen Ergebnissen gekommen. (s. Sprau, in Palandt, BGB, 70. Aufl., Einl., Rdnrn. 48, 55 ff.).

Es liegt eine - durch das Inkrafttreten der VO am 03. Dezember 2009 nachträglich eingetretene - Rechtslücke vor, für deren Schließung die vergleichbare Vorschrift des § 102 GWB heranzuziehen ist.

Einer analogen Anwendung steht nicht von vornherein entgegen, dass es sich bei § 102 GWB um eine Ausnahmenvorschrift handelt. Auch Ausnahmenvorschriften sind grundsätzlich analogiefähig (vgl. Sprau, a.a.O., Einl., Rdnr. 53 m.w.N.).

Die Gründe, die für die Schaffung eines gesonderten Verfahrens für die Überprüfung öffentlicher Vergaben in §§ 102 ff. GWB maßgeblich waren, gelten auch für ein Nachprüfungsverfahren nach Art. 5 Abs. 7 VO. Der Gesetzgeber hat in den §§ 102 ff. GWB ein beschleunigtes Verfahren geschaffen, welches sowohl den Interessen des um Rechtsschutz nachsuchenden Bieters als auch der Vergabestelle, welche an einer schnellen und endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihrer Vergabeentscheidung Rechnung getragen hat (BGH NJW 2008, 3222). Die durch Art. 5 Abs. 7 VO geforderten Rechtsschutzmöglichkeiten sind bewusst stark derjenigen der - in Deutschland durch §§ 102 ff. GWB umgesetzten - Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG angenähert, wie sich auch aus dem Erwägungsgrund 21 zur VO ergibt. Dieser lautet:

Ein wirksamer Rechtsschutz sollte nicht nur für Aufträge gelten, die unter die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge fallen, sondern auch für andere gemäß der vorliegenden Verordnung

abgeschlossene Verträge gelten. Es ist ein wirksames Nachprüfungsverfahren erforderlich, das mit den entsprechenden Verfahren gemäß der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge bzw. der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor vergleichbar sein sollte.

Ein derartiges Nachprüfungsverfahren bieten gegenwärtig in Deutschland nur die Vergabekammer und der Vergabesenat.

Auch aus Sachgründen (vgl. zur Bedeutung der Sachnähe s. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 49) ist eine Entscheidung über die Nachprüfung sämtlicher Vergaben von Dienstleistungsaufträgen im Sinne der VO durch die Vergabekammer geboten. Jedenfalls hinsichtlich derjenigen Aufträge, die nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO i.V.m. der Richtlinie 2004/18/EG zu vergeben sind, ist unstreitig die Zuständigkeit der Vergabekammer gegeben. Die Abgrenzung zwischen denjenigen Aufträgen, die nach der Richtlinie, und denjenigen, die nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 zu vergeben sind, ist oftmals schwierig. Hinge davon bereits die Zuständigkeit der Vergabekammer oder der Verwaltungsgerichte ab, wäre ein wirksamer Rechtsschutz erschwert, da eine Verweisung von der Vergabekammer an das Verwaltungsgericht und umgekehrt nicht in Betracht kommt. Zudem gelten dass insbesondere Art. 4 und 7 für beide Vergabearten (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 3, der nur auf die Abs. 2 bis 6 verweist).

c) Schließlich können sich die Antragsgegner nicht auf die Ausnahmvorschrift des § 100 Abs. 2 GWB berufen.

Soweit - wie sie annehmen - Art. 5 Abs. 7 VO anzuwenden ist, sind die Ausnahmvorschriften des § 100 Abs. 2 GWB von vornherein nicht einschlägig (vgl. Prieß, in Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, Art. 5 Rdnrn. 24 ff.); die VO kennt - anders als die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG - entsprechende Ausnahmen nicht.

Aber auch bei einer materiellen Anknüpfung der Zuständigkeit und der Annahme eines Dienstleistungsauftrages im Sinne des § 99 GWB greift § 100 Abs. 2 GWB nicht ein. Lit. g) ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil etwaige Rechte der Beigeladenen ihr nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung verschafft worden sind, wie dies nach der Senatsrechtsprechung (Beschluss vom 09.04.2003 - VII-Verg 66/02; s. auch Röwekamp, in GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 100 Rdnr. 45) notwendig ist, sondern allenfalls durch Verwaltungsakt aufgrund eines Gesetzes. Im Übrigen sind diese Rechte nicht ausschließlich. Soweit der Beigeladenen bisher Genehmigungen nach § 13 PBefG erteilt worden sind, gewähren sie ihr nach dieser Vorschrift lediglich bestimmte Vorrechte, sind aber nicht ausschließlich (so auch Kaufmann, a.a.O., Art. 2 Rdnr. 20; Ziekow, NVwZ 2009, 865). Nach der Rechtsprechung des BVerwG (GewArch 2010, 486) steht die Genehmigung einer weiteren Genehmigung insbesondere dann nicht entgegen, wenn dadurch eine bessere Verkehrsbedienung erreicht wird.

Lit. o) und p) sind nicht anzuwenden, weil - wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat - die Antragsgegner keine Sektorenauftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB sind (vgl. Senatsbeschluss vom 21.07.2010 - VII-Verg 19/10).

2. Nachprüfbare Entscheidung der Vergabestelle

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner haben sie bereits eine Entscheidung im Sinne des Art. 5 Abs. 7 VO getroffen, die Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann.

Sie haben gemäß Art. 7 Abs. 2 VO ihre Absicht einer Direktvergabe im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Bereits damit haben sie ein Vergabeverfahren eingeleitet.

Die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 VO kann insoweit nicht mit einer Vorinformation (vgl. Art. 38 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG; § 15 Abs. 6 ff. EG VOL/A) verglichen werden, deren Veröffentlichung einem Beschluss des OLG Naumburg zufolge (VergabeR 2010, 209) noch nicht als Beginn eines Vergabeverfahrens angesehen werden kann. Eine Vorinformation ist freiwillig und inhaltlich unverbindlich, ihre Veröffentlichung hat lediglich eine Verkürzung der Fristen in einem sodann begonnenen Vergabeverfahren zur Folge. Demgegenüber ist die Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 zwingende Voraussetzung für eine spätere Direktvergabe. Zwar dient die Veröffentlichung auch dem Zweck, potentiellen Wettbewerbern die Vorlage eines konkurrierenden Angebotes zu ermöglichen und so die Vergabestelle von der Erteilung einer In-House-Direktvergabe abzuhalten (vgl. Fehling, a.a.O., Art. 7 Rdnr. 45). Die Möglichkeit, ein Vergabeverfahren abzubrechen oder seine Bedingungen zu ändern, besteht aber auch in bereits begonnenen Vergabeverfahren nach der Richtlinie 2004/18/EG, ohne dass deswegen ein Rechtsschutz zu verweigern wäre. Im Übrigen haben die Antragsgegner das Vergabeverfahren zumindest dadurch begonnen, indem sie die Umstrukturierung der Beigeladenen ins Werk gesetzt und sich - ersichtlich in Abstimmung mit der Beigeladenen - auf einen Vertragsentwurf geeinigt haben, wobei allein noch die endgültige Zustimmung der Organe fehlte (vgl. zum Beginn eines Vergabeverfahrens auch Senat, Beschluss vom 21.07.2010 - VII-Verg 19/07). Hinzu kommt, dass die Landräte der Antragsgegner den zuständigen Gremien bereits entsprechende Beschlussempfehlungen übersandt haben. Im Übrigen besteht bei Direktvergaben die Besonderheit, dass Außenstehende nur zufällig von dem weiteren Verfahren Kenntnis erlangen (vgl. in anderem Zusammenhang Fehling, a.a.O., Art. 7 Rdnr. 109). Effektiver Rechtsschutz bei faktischen Vergabeverfahren erfordert rechtzeitigen Rechtsschutz (vgl. EuGH VergabeR 2005, 44).

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner lässt sich Rechtsschutz nicht auf einen nachträglichen Rechtsschutz nach Vertragsabschluss beschränken. Auch im allgemeinen Vergaberecht hat § 101b GWB nicht die Funktion, den Rechtsschutz auf eine nachträgliche Anfechtung eines bereits geschlossenen Vertrages zu beschränken, vielmehr ist Rechtsschutz möglichst frühzeitig zu gewähren, wobei § 101b GWB den Rechtsschutz zugunsten der Bieter in bestimmten Fallkonstellationen erweitert.

II. Begründetheit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag ist auch weitgehend begründet. Das führt allerdings zu etwas anderen Anordnungen als von der Vergabekammer getroffen (s. näher III).

Die Begründetheit des Nachprüfungsantrages ist an Art. 5 Abs. 2 VO und den die Bestimmung ergänzenden europarechtlichen und nationalen Vorschriften zu messen.

1. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer ist nicht gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO die Richtlinie 2004/18/EG anzuwenden.

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 VO werden öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO nach Maßgabe dieser VO vergeben. Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO sieht davon lediglich für "Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG" und Dienstleistungskonzessionen eine Ausnahme vor, soweit der Auftrag - wie hier - öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen betrifft.

Damit sind nicht nur die ausdrücklich genannten Dienstleistungskonzessionen nach Art. 5 Abs. 2 ff. VO zu vergeben, sondern auch In-House-Vergaben im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Bei In-House-Vergaben handelt es sich nämlich nicht

um "Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition" in den Richtlinien. In-House-Vergaben im engeren Sinne (d.h. Vergaben eines öffentlichen Auftrages an eine eigene Dienststelle) sind bereits nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie infolge des Fehlens eines Vertrages zwischen zwei (oder mehr) rechtsfähigen Personen nicht als öffentlicher Auftrag anzusehen (vgl. UK Supreme Court, Urteil vom 09. Februar 2011 - [2011] UKSC 7 - Brent London Borough Council and others (Harrow London Borough Council) v. Risk Management Partners Limited, per Lord Hope, para 13). Der Europäische Gerichtshof hat dem aus funktionellen Gründen die In-House-Vergabe im weiteren Sinne gleichgestellt, bei der der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zwar einer anderen rechtsfähigen Person erteilt, diese aber funktional als eigene Dienststelle anzusehen ist (Lord Hope, para 13 ff. unter ausführlicher Analyse der Rechtsprechung des EuGH; vgl. auch BGH, Beschluss vom 08.02.2011 - X ZB 4/10 - Rdnr. 17: "Rechtsfortbildung im Sinne einer teleologischen Reduktion"; s. auch nachfolgend unter a). Bei einer In-House-Vergabe handelt es sich damit nicht um "Dienstleistungsaufträge" im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG, sie unterfällt folglich von vornherein nicht der Ausnahmvorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (vgl. Schmitz/Winkelhüsener EuZW 2011, 52, 55). Eine In-House-Vergabe (sowohl eine solche im engeren Sinne als auch eine solche im weiteren Sinne) ist damit nur nach Maßgabe der Art. 5 Abs. 2 ff. VO zulässig und kann - anders als im allgemeinen Vergaberecht - gemäß Art. 5 Abs. 7 VO einer Nachprüfung unterzogen werden.

Die Ausnahmvorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO ist damit bereits dann nicht anwendbar, wenn es sich bei dem fraglichen Auftrag um eine In-House-Vergabe (dazu a)) oder um eine Dienstleistungskonzession (dazu b)) handelt.

a) Der Senat kann letztlich offen lassen, ob es sich um eine In-House-Vergabe im Sinne der Rechtsprechung des EuGH handelt. Im Hinblick auf die Entscheidung der Vergabekammer und die Diskussion der Verfahrensbeteiligten merkt er dazu Folgendes an:

Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-480/06 Rdnr. 34, NZBau 2009, 527; s. auch die ausführliche Diskussion des UKSC, a.a.O.) handelt es sich um eine nicht dem Vergaberecht unterliegende In-House-Vergabe, wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigene Dienststellen, vorausgesetzt, dass diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihr oder mit anderen Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben (vgl. in diesem Sinne Teckal Rdnr. 50, und Stadt Halle und RPL Lochau, Rdnr. 49).

Ob andere Kommunen gleichfalls Einfluss auf die Beigeladene ausüben, ist nach der Rechtsprechung des EuGH unerheblich (vgl. UKSC, a.a.O., per Lord Hope paras 31 ff, per Lord Rodger paras 70 ff. m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin schließt die Rechtsform der Beigeladenen als GmbH eine Beherrschung durch die Antragsgegner auch nicht von vornherein aus (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 Verg 5/10).

Die Vergabekammer hat angenommen, es fehle an der weiteren Voraussetzung, dass die Beigeladene ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Antragsgegner (oder anderen Gebietskörperschaften) verrichte. Sie müsse vielmehr einen erheblichen Teil der Leistungen, die Gegenstand des Dienstleistungsauftrages der Antragsgegner seien, durch Nachunternehmer erbringen lassen, und werde damit umfänglich am Markt tätig.

Die von der Antragstellerin zur Stützung ihres Rechtsstandpunktes in Bezug genommene Passage aus der Entscheidung des EuGH vom 11. Januar 2005 (C-26/03)

Eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, hat die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne

gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.

zielt nicht auf die Frage ab, ob und inwieweit sich der In-House-Auftragnehmer die zur Durchführung des Auftrages notwendigen Mittel auf dem Markt beschaffen darf. Im Verfahren Carbotermo (C-340/04, NJW 2006, 2679 = NZBau 2006, 452) hat die im In-House-Wege beauftragte Einrichtung ausweislich Rdnr. 26 umfangreiche Nachunternehmerverträge geschlossen; der EuGH hat sich mit der "Schädlichkeit" dieser Aufträge nicht befasst. Der Gerichtshof hat das Erfordernis, dass die In-House-Auftragnehmer ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die auftraggebende Körperschaft bzw. die Körperschaften, die ihre Anteile innehalten, vornehmen müsse, damit begründet, dass andernfalls eine "Verfälschung des Wettbewerbs" drohe (Rdnr. 59), der In-House-Auftragnehmer "mit anderen Unternehmen im Wettbewerb treten kann" (Rdnr. 60) und es ihm dann "nicht unbedingt allein deshalb an Handlungsfreiheit" fehle (Rdnr. 61); daher müsse der In-House-Auftragnehmer "die Leistungen ... im Wesentlichen nur für diese Körperschaft" erbringen. In der Literatur wird ein Eigenleistungsgebot bzw. ein weitgehendes Untervergabeverbot nicht erörtert, vielmehr bezieht sie die Rechtsprechung des EuGH nur auf die von dem In-House-Auftragnehmer in seiner Marktstellung als Auftragnehmer erbrachten Leistungen, nicht jedoch auf seine Stellung als Nachfrager von Leistungen, die er für die Durchführung der ihm erteilten Aufträge benötigt (vgl. nur Eschenbruch, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 Rdnrn. 147 ff.; s. auch UKSC, a.a.O., per Lord Hope para 58, wo er nur auf "private customers" abstellt).

Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte zum Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. b) VO, der eine Eigenerbringungsquote vorsieht (vgl. näher unter 2.c)cc)), lassen sich dafür keine Argumente für diese Ansicht gewinnen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass Gesetzgeber mit dieser Vorschrift die Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Vergaben lediglich konkretisieren wollte. Das Gebot der Ausrichtung der Tätigkeit der Einrichtung auf die Inhaber wird - wie bereits dargelegt - damit begründet, dass andernfalls Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Wettbewerber auftreten könnten. Die Begründung des Europäischen Parlaments zur Einfügung dieser Vorschrift (EP-Dok. 16-0131/2007 end., Änderungsantrag Nr. 26) lautet wie folgt:

Keinesfalls darf Sinn und Zweck der Verordnung dadurch ausgehöhlt werden, dass interne Betreiber unter Ausschluss des Wettbewerbs den überwiegenden Teil ihrer direkt vergebenen Verkehrsleistungen an Unterauftragnehmer vergeben und sich damit zu reinen Regieebenen entwickeln. Hierdurch sind negative Auswirkungen auf bestehende Sozial- und Qualitätsstandards sowie weitere Wettbewerbsverzerrungen zwischen internen Betreibern und Dritten zu befürchten. Dem kann nur dadurch entgegen gewirkt werden, dass der interne Betreiber im Falle einer Unterauftragsvergabe verpflichtet ist, den überwiegenden Teil des Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen.

Auch wenn damit u.a. Wettbewerbsverzerrungen angesprochen werden, geht daraus nicht hervor, dass der Gesetzgeber die Vorschrift nur als Kodifizierung und Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH angesehen hat.

Der UK Supreme Court hat in seiner Entscheidung vom 09. Februar 2011 (a.a.O.) in dem Umstand, dass die beauftragte gemeinsame Einrichtung mehrerer Gemeinden für die Erfüllung des Auftrages umfangreich am Markt tätig werden musste (im konkreten Fall Abschluss von Rückversicherungsverträgen) dann keinen Hinderungsgrund für eine In-House-Vergabe gesehen, wenn die In-House-Vergabe nicht zur Umgehung des Vergaberechts genutzt werde (vgl. Lord Hope, paras 52, 59 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 06.09.2009 - C-480/06, Rdnr. 48), die

Einrichtung ihrerseits vielmehr die Aufträge wiederum ausschreibe. Lord Rodger (a.a.O., para 90) hat zu diesem Punkt bemerkt:

Of course, like any other insurance company, LAML reinsures some of its risks on the secondary reinsurance market and, in doing so, it follows the public procurement procedure ... But the overall purpose and effect of the arrangement is that primary insurance should be provided to public authorities out of the resources which they and the other public authorities provide for the purpose.

Eine Umgehung des Vergaberechts findet nicht statt, weil die Beigeladene als Sektorenauftraggeberin gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und §§ 97 ff. GWB und der SektVO zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet ist, worauf im beabsichtigten Dienstleistungsvertrag ausdrücklich hingewiesen wird.

Nähere Ausführungen dazu, auch zur Frage einer Vorlage an den EuGH, sind jedoch entbehrlich. Die Einordnung des fraglichen Auftrags als Dienstleistungsauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG scheitert aus anderen Gründen.

b) Entgegen der Auffassung der Vergabekammer handelt es sich nicht um einen Dienstleistungsauftrag, sondern um eine Dienstleistungskonzession.

Zur Abgrenzung hat der Senat zuletzt in seinem Beschluss vom 21.07.2010 (VII-Verg 19/10, NZBau 2010, 582 = VergabeR 2010, 955) Stellung genommen; darauf wird verwiesen.

Unter Zugrundelegung der dort genannten Kriterien ist der fragliche Dienstleistungsauftrag als Dienstleistungskonzession im vergaberechtlichen Sinne einzustufen.

Es ist nicht von einem Brutto-Vertrag auszugehen. Der Beigeladenen wird keine bestimmte Gesamteinnahme zugesichert, wobei Fehlbeträge zu regulären Einnahmen (insbesondere Fahrgeldeinnahmen) durch Ausgleichsbeträge abgedeckt werden. Vielmehr wird ihr ein der Höhe nach begrenzter Ausgleichsbetrag zugesichert, der infolge höherer Fahrgeldeinnahmen als der Schätzung zugrundegelegt gesenkt wird.

Im Jahre 2009 standen Fahrgeldeinnahmen in Höhe von ca. 33,5 Mio. € Gesamtkosten von etwa 47 Mio. € gegenüber. Der Vertrag geht von Fahrgeldeinnahmen von ca. 30 Mio. € aus. Auch wenn man zusätzlich einen angemessenen abzudeckenden Unternehmensgewinn berücksichtigt und in Erwägung zieht, dass die Fahrgeldeinnahmen zwecks Berechnung der höchst möglichen Ausgleichsleistungen konservativ berechnet worden sind, decken die Fahrgeldeinnahmen Kosten + Gewinn zu mehr als 60 % ab. Auch im denkbar schlechtesten Fall, in dem die Beigeladene wegen geringer Fahrgeldeinnahmen zur Ausschöpfung des Höchstbetrages der Ausgleichsmaßnahmen gezwungen wäre, würden die Fahrgeldeinnahmen mehr als 50 % der Kosten (zzgl. angemessenem Gewinn) decken. Der Senat ist damals von einem Schwellenwert von etwa 50 % ausgegangen, bei dem ein Dienstleistungsauftrag zu einer Dienstleistungskonzession wird.

Der Argumentation der Vergabekammer, dennoch von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen, weil das Risiko des Auftragnehmers in anderer Hinsicht vermindert sei, folgt der Senat nicht.

Soweit sie darauf abgestellt hat, dass für die Zukunft kaum von erheblichen Schwankungen bei den Fahrgeldeinnahmen auszugehen sei, ist dies nach der Rechtsprechung des EuGH unerheblich. Der Auftragnehmer trägt das Risiko der Fahrgeldeinnahmen. Dass dieses Risiko aus außerhalb des Auftrages liegenden Umständen verringert ist, ist irrelevant (Urteil vom 19.10.2009 - C-206/08 - Eurawasser, dort zum Anschluss- und Benutzungszwang).

Sollten die Fahrgeldeinnahmen zurückgehen, kann der Auftragnehmer darauf nur in ganz bestimmtem Umfang reagieren. Nach § 5 Abs. 1 des Vertrages darf der Auftragnehmer das Leistungsangebot um nicht mehr als 2 % ohne Zustimmung des betroffenen Mitglieds der Gruppe ändern. Nach § 21 Abs. 4 PBefG kann der Unternehmer die Änderung der Betriebspflicht (vgl. zum Fahrplan §§ 40, 41 PBefG) beantragen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Dennoch bleibt es das Risiko des Auftragnehmers, genügend Einnahmen zu erzielen. Die Argumentation der Antragstellerin, die Beigeladene werde das Risiko auf ihre Subunternehmer weiterwälzen, ist irrelevant, weil auch die Frage, ob und inwieweit dies der Beigeladenen gelingt, Teil des Risikos ist.

Auch bei einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 08.02.2011 (X ZB 4/10 - Rdnrn. 32 ff.) liegt eine Dienstleistungskonzession vor. Die Beigeladene soll lediglich "Zuschüsse" (a.a.O., Rdnr. 39) erhalten. Nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 VO i.V.m. dem Anhang sind die Ausgleichsleistungen auf das notwendige Maß zu beschränken. Die Wirtschaftsführung der Beigeladenen, insbesondere die Höhe der notwendigen Ausgleichsleistungen, wird - anders als in dem dem Bundesgerichtshof vorliegenden Fall (Rdnr. 42) - von den Antragsgegnern überprüft und gegebenenfalls abgesenkt.

Es sind auch die Antragsgegner, die der Beigeladenen das von ihr zu nutzende Recht einräumen. Auch wenn zu dem Vertrag über den fraglichen Dienstleistungsauftrag noch eine Konzession nach dem PBefG hinzutreten muss, die von einer anderen Behörde erteilt wird, so sind nach Art. 2 lit. i) VO Vertrag und Konzession insoweit als Einheit anzusehen.

2. Europarechtliche Anforderungen

Die geplante Direktvergabe entspricht den Anforderungen der VO nicht in vollem Umfang.

Die VO ist am 03. Dezember 2009 in Kraft getreten (Art. 12 VO) und ist damit unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 UA 2 AEUV). Nach Art. 8 Abs. 2 UA 1 S. 2 können zwar während des Übergangszeitraums bis zum 31. Dezember 2019 Maßnahmen zur schrittweisen Einführung des Art. 5 VO getroffen werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift ist es aber Sache des Mitgliedsstaates, derartige Maßnahmen zu treffen; ordnet der Mitgliedsstaat Maßnahmen zur schrittweisen Einführung des Art. 5 VO nicht an, so gilt Art. 5 ab dem 03. Dezember 2009 uneingeschränkt (Kaufmann, a.a.O., Art. 8 Rdnr. 11). Ohne eine entsprechende nationale Rechtsvorschrift kann die zuständige Behörde nicht von sich aus Art. 5 VO unbeachtet lassen. Die VO unterscheidet zwischen dem Mitgliedsstaat und der zuständigen Behörde. Die Bundesrepublik Deutschland hat bisher keine Vorschriften über die nur schrittweise Einführung der VO erlassen, so dass die VO uneingeschränkt anzuwenden ist. Soweit die Antragsgegner im Schriftsatz vom 14. Februar 2011 nunmehr meinen, Art. 5 VO sei während des Übergangszeitraums nicht zwingend und brauche daher in dieser Zeit nicht angewendet zu werden, verkennen sie, dass die VO (anders als eine Richtlinie, bei der eine unmittelbare Wirkung nur bei unbedingten und zwingenden Vorschriften in Betracht kommt, vgl. Schroeder, in Streinz, EUV/EGV, Art. 249 EGV Rdnr. 109; Ruffert, in Callies/Ruffert, EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 249 EGV Rdnr. 76; Grabitz in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., Art. 249 EGV Rdnr. 162) im Mitgliedsstaat unmittelbar anzuwenden ist und nach Art. 8 Abs. 2 UA 1 S. 2 VO nur der Mitgliedsstaat selbst, nicht aber die zuständige Behörde von Art. 5 VO abweichende Regelungen treffen darf. Die von den Antragsgegnern zitierten gegenteiligen Stimmen (Linke NZBau 2010, 207, 208; Heiß, VerwArch 2009, 113, 139) gehen auf diesen Punkt nicht ein, so dass der Senat in diesem Punkt keinen Anlass für eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sieht.

a) Der Vertragsentwurf genügt den Anforderungen des Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO. Nach dieser Vorschrift sind in dem Dienstleistungsauftrag und allgemeinen Vorschriften die vom Auftragnehmer zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen klar zu definieren.

Der Vertragsentwurf ist in dieser Hinsicht allerdings sehr zurückhaltend. § 3 des Vertrages in Verbindung mit Anhang 1 nennt die fraglichen Linien, Anhang 2 gibt die Qualitätsstandards für Busse, Personal und Auskünfte vor. Bedienungshäufigkeit oder Fahrpläne werden nicht geregelt. In § 4 des Vertrages erfolgt lediglich eine Regelung, derzufolge die grundlegenden Entscheidungen u.a. zum Verkehrsangebot in der Entscheidungsgewalt des betroffenen Kreistages verbleiben; wie dies im Verhältnis zur Beigeladenen umgesetzt wird, ist unklar. Aus dem PBefG (einer allgemeinen Vorschrift i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO) folgt lediglich eine Betriebspflicht des Unternehmers hinsichtlich des genehmigten Fahrplans, der Fahrplan selbst ist aber Gegenstand der Genehmigung nach dem PBefG, also eines Verwaltungsakts.

Art. 2 lit. i) VO lässt es jedoch zu, dass bestimmte notwendige Regelungen durch eine Einzelfallentscheidung der zuständigen Behörde erfolgen können.

b) Des Weiteren führt auch ein etwaiger Verstoß der Antragsgegner gegen Art. 7 Abs. 2 VO in diesem Falle nicht zu einer mit Nachteilen verbundenen Rechtsverletzung der Antragstellerin.

Nach Art. 7 Abs. 2 VO hat ein Jahr vor der beabsichtigten Direktvergabe eine Bekanntmachung im EU-Amtsblatt zu erfolgen. Diese hat nach lit. a) Name und Anschrift der zuständigen Behörde zu enthalten. Auftraggeber sind die Kreise Borken, Coesfeld, Steinfurt und Warendorf als Gruppe, die in der Bekanntmachung als solche nicht genannt werden. Ob die als solche nicht allgemein bekannte - wenn auch im Amtsblatt der für den Regierungsbezirk Münster vom 01. September 2006 (Anlage Bf 16) bekannt gegebene - "Regionale Nahverkehrsgemeinschaft Münsterland (RNVG)" als Bezeichnung ausreicht, ist fraglich. Ergänzend wird in der Bekanntmachung auf nicht näher bezeichnete "Münsterlandkreise" Bezug genommen. Auch daraus lässt sich nicht abschließend erkennen, welche Kreise dies sein sollen. Allenfalls aus dem angegebenen Hauptort der Dienstleistungen (Kreise Borken, Coesfeld, Steinfurt und Warendorf) könnten Rückschlüsse gezogen werden.

Einer näheren Erörterung dazu, ob die Auftraggeber insbesondere auch für ausländische Interessenten hinreichend beschrieben sind, bedarf es jedoch nicht. Durch die möglicherweise unzureichenden Angaben wurde die Antragstellerin nicht daran gehindert, rechtzeitig Rügen vorzubringen, ihr Interesse für bestimmte Linien anzuzeigen sowie einen Nachprüfungsantrag einzureichen.

c) Art. 5 Abs. 2 VO

Jedoch ist den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 VO nicht in vollem Umfang Genüge getan.

aa) Dabei kann offen bleiben, ob die Antragsgegner über die Beigeladene eine Kontrolle im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 1, 2 lit. a) VO ausüben.

bb) Jedenfalls liegen die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. b) VO nicht vor.

Nach dieser Vorschrift darf ein interner Betreiber bei einer Direktvergabe (abgesehen von abgehenden Diensten) nur im Gebiet der Auftraggeber tätig werden. Das ist letztlich nicht der Fall.

(1) Allerdings erfüllt die Beigeladene selbst unstreitig die Anforderungen.

(2) Die Vorschrift erweitert dieses Erfordernis aber auf "jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringen Einfluss ausübt." Ob die Tätigkeit der W...(W...) schädlich ist, ist unklar (dazu 2.1), bedarf im Hinblick auf andere Gesellschaften (dazu 2.2) jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

(2.1) Die Beigeladene übt einen Einfluss zunächst auf die W... (W...) aus. Die Beigeladene ist gegenwärtig zu 57,14 % (so die Anlage Bf 8/5; der Schriftsatz der Antragsgegner vom 26.01.2011 geht - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Anlage - von lediglich 47,14 % aus, was am Ergebnis nichts ändert) Inhaberin der Anteile an der W....

In rechtlicher Hinsicht ist nicht geklärt, ob die W... "ihre öffentlichen Verkehrsdienste ausführt". Die W... ist bisher lediglich als Geschäfts- und Betriebsführungsgesellschaft namens und für Rechnung der Beigeladenen sowie anderer Verkehrsgesellschaften tätig, betreibt aber im eigenen Namen keine öffentlichen Verkehrsdienste. Wittig/Schimanek (NZBau 2008, 222, 227) verstehen unter Berufung auf das Wort "ihre" unter dem Ausführen öffentlicher Personenverkehrsdienste nur die Durchführung von Personenverkehrsdiensten mit gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung im Sinne des Art. 2 lit. e) VO im eigenen Namen und aufgrund einer eigenen Konzession, insbesondere also nicht die Tätigkeit als Nachunternehmer. Die Antragsgegner meinen, eine derartige enge Auslegung ergebe sich auch aus dem folgenden Halbsatz, der nur das Anerbieten der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im eigenen Namen betreffe (ebenso Heiß, VerwArch 2009, 113, 134 unter Berufung auf Erwägungsgrund 19, der lediglich den letzten Halbsatz anspricht). Ob diese Auslegung zutrifft, kann offen angesichts der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

(2.2) Eine Direktvergabe an die Beigeladene ist jedenfalls deswegen ausgeschlossen, weil sie "auch nur geringfügigen Einfluss" auf die R... (R...) und die V... (V...) ausübt, die unstreitig im eigenen Namen öffentliche Personenverkehrsdienste ausführen.

Die Beigeladene ist zu 57,14 % Inhaberin der W..., die R... hält 28,57 % und die V... 14,28 %. Nach dem bisherigen Gesellschaftsvertrag der W... (§ 2 Abs. 2) besteht ihr Auftrag W... in der Geschäfts- und Betriebsführung für die Beigeladene, die R... und die V... (sowie die L... GmbH). Auch der Gesellschaftsvertrag vom 22. Dezember 2010 (Anlage Bf 21) sieht in § 2 Abs. 1 S. 2 vor, dass die W... "als Servicegesellschaft insbesondere die Geschäftsbesorgung für kaufmännische und betriebliche Managementaufgaben für die Verkehrsunternehmen ... mit allen Rechten und Pflichten im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und Anordnungen der Aufsichtsbehörden sowie im Namen und auf Rechnung eines jeden Unternehmens [übernimmt]". Nach § 9 Abs. 2 Nr. 9 des bisherigen Gesellschaftsvertrages der W... bestellt und beruft der Aufsichtsrat die Geschäftsführer der Gesellschaft ab, "wobei Identität zwischen diesen und den Geschäftsführern der angeschlossenen Verkehrsbetriebe nach Möglichkeit zu wahren ist". Dem Gesellschaftsvertrag vom 22. Dezember 2010 (§ 11) zufolge werden die Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung mit einer

9/10 Mehrheit bestimmt. Auch wenn eine Klausel über die Identität der Geschäftsführer im zukünftig geltenden Gesellschaftsvertrag fehlen wird, wird sich in der Praxis voraussichtlich kaum etwas ändern. Wie auch in der Vergangenheit sind gegenwärtig die Geschäftsführer aller Gesellschaften (sowie die Prokuristen) identisch. Der Sinn und Zweck der Gründung der W..., nämlich die Kostenersparnis durch die Einstellung gemeinsamen Leistungspersonals (vgl. zum Umfang der Vortrag im nicht nachgelassenen Schriftsatz der Antragsgegner vom 14. Februar 2011), ist auch nur so erreichbar. Angesichts der Geschäfts- und Betriebsführung durch die W... wäre ein "isolierter" Geschäftsführer etwa der R... zudem wenig sinnvoll. Bei der W... und den angeschlossenen Gesellschaften handelt es sich zwar - soweit feststellbar - nicht um einen Gleichordnungskonzern im Sinne des § 18 Abs. 2 AktG, denn die strategischen Entscheidungen werden für das jeweilige Unternehmen jeweils von dem Unternehmen bzw. ihren Anteilseignern gesondert getroffen. Jedoch handelt es sich bei der W... nicht um eine rein formelle Hülle, in der die nebeneinander bestehenden Verwaltungen der angeschlossenen Unternehmen nur formal zusammengefasst werden. Vielmehr erfolgt die operationelle Tätigkeit der angeschlossenen Unternehmen zu einem erheblichen Teil gemeinsam mit einem gemeinsamen, für sämtliche angeschlossenen Unternehmen zuständigen Management.

Dies bedeutet, dass die Beigeladene - über die W... - Einfluss auch auf das Leitungspersonal der R... und der V... hat. Das gemeinsame Leitungspersonal wird nämlich im Rahmen der W... bestimmt. Infolge der Beteiligungsverhältnisse kann das Leistungspersonal der W... - und damit auch der R... und der V... - nicht gegen den Willen der Beigeladenen bestellt werden. Das gilt sowohl für den bisherigen Gesellschaftsvertrag als auch für den Gesellschaftsvertrag vom 22. Dezember 2010. Auch wenn die Geschäftsführer der W... (und der der R.../V...) jeweils auf Anweisung der betreffenden angeschlossenen Gesellschaft handeln, so ändert dies nichts daran, dass die Bestellung der Geschäftsführer nicht ohne das Einverständnis der Beigeladenen erfolgen kann und dass die tägliche Arbeit zu einem erheblichen Teil eigenständig von der W... für die angeschlossenen Unternehmen erfolgt. Außerdem findet im Rahmen der W... (gemeinsame Geschäftsführer, Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung der W...) zwangsläufig eine Abstimmung der Geschäftspolitik zwischen der Beigeladenen einerseits und der R... und der V... auf der anderen Seite statt, wobei die Belange der Beigeladenen wegen ihres großen Anteils nicht ignoriert werden können.

Der Einfluss der Beigeladenen auf die R... und die V... mag damit nicht erheblich sein. Das ist aber auch nicht erforderlich. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 lit. b) VO betont ausdrücklich, dass auch ein "geringfügiger Einfluss" ausreicht. Der Schwellenwert ist damit denkbar niedrig. In lit. a) wird "Einfluss" auch als rein tatsächlicher Einfluss definiert. Pünder (a.a.O., Art. 5 Rdnr. 128 zum Verhältnis zu Schwestergesellschaften der Einheit) meint dementsprechend, bereits eine gemeinsame Buchhaltung und personelle Verflechtungen sowie die Erbringung von Managementleistungen seien schädlich (s. auch Rdnr. 126).

Entgegen der Auffassung der Antragsgegner spricht auch Sinn und Zweck der Vorschrift für dieses Ergebnis. Die durch eine Direktvergabe geschaffene "Monopolstellung" und dadurch

verbesserte Marktstellung der Beigeladenen wirkt sich durch die gemeinsame Geschäfts- und Betriebsführung - auch wenn sie nur "Serviceleistungen" betreffen mag - und die dadurch erzielte die nicht unerhebliche Kosteneinsparung auch bei der R... und der V... aus. Vor diesem Hintergrund sieht der Senat auch in diesem Punkt keinen Anlass für eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV.

cc) Selbsterbringungsquote

Danach kann offen bleiben, ob die Beigeladene die in Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. e) VO vorgeschriebene Selbsterbringungsquote erbringt und welcher Zeitpunkt für die Berechnung maßgeblich ist. Im Hinblick auf die Erörterungen im Termin vom 02. Februar 2011 weist der Senat darauf hin, dass einiges dafür spricht, dass die Antragsgegner mit einer Berechnung anhand der Platzkilometer einen sachgerechten Maßstab gefunden haben.

d) Art. 6 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Anhang VO

Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob in einem Vergabenachprüfungsverfahren der Frage nachzugehen ist, ob der Auftraggeber die Höhe der Ausgleichsleistungen nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 i.V.m. dem Anhang zur VO ordnungsgemäß berechnet hat.

Der Senat weist lediglich darauf hin, dass diese Frage - zumindest auch - von der Genehmigungsbehörde nach §§ 13 ff. PBefG zu prüfen sein dürfte. Andernfalls hinge die gerade bei Direktvergaben besonders notwendige Überprüfung von dem Zufall ab, ob ein Dritter einen Nachprüfungsantrag einreicht oder nicht.

3. Nationalrechtliche Anforderungen

Darüber hinaus sind auch nationalrechtliche Anforderungen an eine Direktvergabe nicht vollständig erfüllt.

Art. 5 Abs. 2 VO zählt die Voraussetzungen einer Direktvergabe nicht abschließend auf, sondern lässt durch die Formulierung "sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist" weitergehende Anforderungen des nationalen Rechts zu.

a) Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre

Der Senat muss nicht entscheiden, ob der von der Antragstellerin geltend gemachte Vorrang sogenannter eigenwirtschaftlicher Verkehre vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren nach Inkrafttreten der VO noch besteht.

aa) Nach der Rechtsprechung des BVerwG (zuletzt NVwZ-RR 2010, 559) lässt sich aus § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG der Vorrang eigenwirtschaftlicher/kommerzieller Verkehre vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren ableiten. Dieser Vorrang ist grundsätzlich verfahrensrechtlich dadurch abzusichern, dass sich die zuständige Behörde vor der Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehre - z.B. durch Ausschreibung - darüber vergewissert, ob ein Interessent für eine eigenwirtschaftliche Bedienung vorhanden ist.

Es ist unklar, ob dieser Vorrang nach dem Inkrafttreten der VO noch besteht. Das BVerwG (a.a.O.) hat diese Frage offen gelassen. Vor dem Hintergrund, dass die VO nur Verkehre unter Gewährung ausschließlicher Rechte und/oder Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfasst, jedoch anders als im früheren Rechtszustand jedwede öffentlichen Ausgleichsleistungen eine eigenwirtschaftliche Betätigung ausschließen, wird darüber diskutiert, ob daneben noch eigenwirtschaftliche Verkehre denkbar sind (vgl. Kaufmann, a.a.O.,

Art. 5 Rdnrn. 135 ff; Roling DVBl. 2010, 1213, 1218 ff., jeweils m.w.N.).

bb) Der Senat braucht diese Frage - ebenso wie die Frage, ob im konkreten Fall kommerzielle Verkehre, d.h. Verkehre ohne öffentliche Ausgleichsleistungen (von Ausgleichsleistungen nach Art. 5 Abs. 3 VO möglicherweise ausgenommen, eine nationale Ausnahmvorschrift existiert bisher nicht) überhaupt realistisch sind - nicht zu beantworten.

Die Entscheidung, einen Vertrag über öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO anstelle eines eigenwirtschaftlichen Auftrages zu vergeben, fällt vor dem Beginn des Vergabeverfahrens. Sollte § 8 Abs. 4 PBefG - in an die VO angepasster Form - fortbestehen, so hat die zuständige Behörde vorab zu entscheiden, ob sie kommerzielle oder gemeinwirtschaftliche Verkehre vergeben will. Nur die Frage, in welcher Form der Vertrag über gemeinwirtschaftliche Verkehre geschlossen werden kann, wird durch die VO, insbesondere Art. 5, geregelt. Art. 5 Abs. 7, welcher den Rechtsschutz betrifft, bezieht sich auch nur auf diese "nachgelagerte" Stufe. Dementsprechend ist diese Frage nicht Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens.

b) § 13a PBefG

Ob § 13a PBefG der beabsichtigten Direktvergabe entgegen steht, bedarf ebenfalls keiner Entscheidung.

Nach § 13a PBefG i.V.m. der Verordnung zur Anwendung des § 13a PBefG (BGBl. I. 1995, S. 1705) dürfen gemeinwirtschaftliche Verkehre im Allgemeinen nur dann genehmigt werden, wenn sie vorher nach der VOL/A ausgeschrieben worden sind.

Ob und inwieweit diese Vorschriften nach Inkrafttreten der VO noch anwendbar sind, ist bisher ungeklärt. Die Abgrenzung zwischen gemeinwirtschaftlichen und kommerziellen Verkehren nach dem noch geltenden PBefG und der VO 1191/69, auf die § 13a PBefG ausdrücklich verweist, einerseits und der jetzt geltenden VO andererseits ist infolge der andersartigen Qualifikation von Ausgleichszahlungen (vgl. zuletzt BVerwG, NVwZ-RR 2010, 559) unterschiedlich. Was nach dem früheren Rechtszustand als kommerzieller Verkehr angesehen wurde (vgl. § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG), ist nunmehr vielfach als gemeinwirtschaftlich einzustufen (vgl. Pünder, a.a.O., Art. 5 Rdnrn. 135 ff.). Gemeinwirtschaftliche Verkehre waren nach früherem Rechtszustand sehr selten, während sie nach der VO die Regel sein werden

Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen für eine dynamische Auslegung des § 13a PBefG und damit seine Anwendung auf sämtliche gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Sinne der VO. Sie soll nämlich gewährleisten, dass Ausgleichsleistungen nur in einem möglichst geringen Umfang gewährt werden müssen, was durch eine wettbewerbliche Ausschreibung im Allgemeinen am ehesten erreicht werden kann.

Andererseits würde es bei einer solchen Auslegung zu einer vom Gesetzgeber ursprünglich so nicht gewollten Ausweitung des Geltungsbereichs des § 13a PBefG kommen, wenn nach der Terminologie des jetzigen EU-Rechts als gemeinwirtschaftlich angesehene Verkehre der nationalstaatlichen Vorschrift unterlegt würden, welche von einer sehr viel engeren Begrifflichkeit ausging.

c) Art. 12 Abs. 1 GG

Der Senat lässt des Weiteren offen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen eine In-House-Direktvergabe das Grundrecht eines privaten Wettbewerbers nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzen kann.

In der Literatur (vgl. nur Pünder, a.a.O., Art. 5 Rdnrn. 137 ff.; Schmitz/Winkelhüsener, EuZW 2011, 52 m.w.N.) wird diskutiert, unter welchen Umständen durch eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO die Grundrechte eines privaten Wettbewerbers verletzt sein können. Nach der bisherigen Rechtsprechung schützt Art. 12 Abs. 1 GG gegen eine Konkurrenz des Staates nur dann, wenn dadurch eine privatwirtschaftliche Betätigung in unerträglicher Weise eingeschränkt wird, insbesondere bei der Gefahr der Bildung eines öffentlichen Monopols. Im Rahmen einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 wird dies vor allem dann diskutiert, wenn eine Gruppe von Behörden flächendeckend für ein größeres Gebiet eine Direktvergabe vornehmen will, wobei allerdings die Auswirkungen durch Unterauftragsvergaben an private Dritte wieder abgemildert sein können.

Der Senat bemerkt dazu lediglich, dass es zunächst Sache des Gesetzgebers ist zu bestimmen, welche Tätigkeiten der Staat durchführen kann und welche nicht.

d) § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW

Die geplante Direktvergabe an die Beigeladene verstößt gegen § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW.

Diese Vorschrift lautet wie folgt:

Unter Berücksichtigung der Verkehrsnachfrage und zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit ist allen Verkehrsunternehmen des ÖPNV die Möglichkeit einzuräumen, zu vergleichbaren Bedingungen an der Ausgestaltung des ÖPNV beteiligt zu werden.

Den Antragsgegnern ist zuzugeben, dass die Bestimmung sehr allgemein gehalten ist. Aber auch wenn man sie als bloße Vorgabe, Zielfestsetzung, Grundsatz oder Leitlinie ansieht (vgl. LTDrs. 11/7847 vom 12.12.1994 S. 31), schließt dies eine Justiziabilität nicht aus (vgl. nur OVG NRW BauR 2010, 572 zu § 26 LEPRO). Die Vorschrift verlangt ausdrücklich eine Möglichkeit sämtlicher Verkehrsunternehmen, zu vergleichbaren Bedingungen beteiligt zu werden. Auch wenn eine vollständige Chancengleichheit damit nicht gewährleistet wird, sondern nur eine "vergleichbare", so ist damit eine Vergabe nicht vereinbar, die Drittunternehmen in weitem Umfang von der Möglichkeit der Erlangung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne der VO auszuschließt. Auch nach Schätzung der Antragsgegner sind von der geplanten Direktvergabe etwa die Hälfte der öffentlichen Busverkehrsdienstleistungen in deren Gebiet erfasst. Damit ist eine "vergleichbare Möglichkeit" der Beteiligung Privater nicht mehr gegeben. Der Verweis auf Subunternehmerverträge - auch wenn diese nach der SektVO in geregelter Verfahren zu vergeben sind - reicht nicht aus, weil diese einen wesentlich anderen Inhalt als die öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO haben. Die Unternehmerinitiative der Bieter ist bei der Beteiligung an einer Vergabe von Nachunternehmerverträgen von vornherein erheblich begrenzter.

Der Hinweis der Antragsgegner darauf, die Beigeladene sei im Augenblick (Mit-) Inhaberin der Konzessionen für sämtliche der in der Bekanntgabe genannten Linien, durch die Direktvergabe werde privaten Wettbewerbern daher keine Chance genommen, trifft nicht zu. Der fragliche Dienstleistungsvertrag soll eine Dauer von 10 Jahren haben und damit die Geltungsdauer der Konzessionen überdauern (vgl. § 16 Abs. 3 PBefG). Die Bevorzugung des bisherigen Konzessionsinhabers bei der Konzessionierung nach § 13 Abs. 3 PBefG ist bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Sinne der VO mit EU-Recht nicht vereinbar. Die Vergabe von

Dienstleistungsaufträgen kann allein nach Maßgabe des Art. 5 VO erfolgen, welche eine Bevorzugung bisheriger Auftragnehmer nicht kennt. Die für die Konzession zuständige Behörde kann den nach Maßgabe der VO geschlossenen Vertrag nach Maßgabe des Art. 2 lit. i) VO lediglich "komplettieren", sie ist jedoch gehindert, unabhängig von einem derartigen Vertrag eigenständig einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne der VO durch Verwaltungsakt unter Missachtung des Art. 5 VO zu erteilen. Der Beigeladenen steht damit bei Auslaufen der Konzession keine Vorhand zu.

e) § 53 Abs. 1 KrO i.V.m. § 107 GemeindeO NRW

Ob die geplante Direktvergabe mit § 53 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. § 107 GemO NRW vereinbar ist, bedarf danach keiner Entscheidung mehr. Die Antragstellerin greift die Zulässigkeit einer Direktvergabe nach dieser Vorschrift nur mit dem Bemerkten an, § 107 Abs. 1 Nr. 3 GemO sei verfassungswidrig (vgl. Pünder, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 145), weil der Gemeinde gemeinschädliches Verhalten erlaubt werde. Die übrigen Voraussetzungen des § 107 GemO NRW liegen ersichtlich vor (vgl. OVG Münster (NVwZ 2008, 1031) Eine etwaige Verfassungswidrigkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 3 GemO hätte keine weitergehenden Folgen als § 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW.

III. Folgen

Da die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nicht vorliegen, ist nach Art. 5 Abs. 3 VO auszuschreiben. Die Voraussetzungen des Abs. 4 liegen angesichts des Auftragswertes ersichtlich nicht vor. Unter Berücksichtigung der Zeitdauer des beabsichtigten Vertrages kann auch die Ausnahmevorschrift des Abs. 5 nicht in Anspruch genommen werden.

Art. 5 Abs. 3 fordert ein wettbewerbliches Vergabeverfahren. Voranzugehen hat nach Art. 7 Abs. 2 VO eine Ankündigung im EU-Amtsblatt, und zwar ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Art. 5 Abs. 3 S. 2 VO gibt zum weiteren Verfahrensablauf lediglich allgemeine Grundzüge in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu binnenmarktrelevanten Vergaben, die nicht den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG unterliegen, vor (vgl. Prieß, a.a.O., Art. 5 Rdnrn. 153 ff.). Es muss sichergestellt sein, dass jeder potentielle Bieter von dem Verfahren Kenntnis erlangen kann (Prieß, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 161). Eine Bekanntmachung der Einleitung selbst im EU-Amtsblatt ist nicht vorgeschrieben (Prieß, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 166), allerdings muss eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung erfolgen. Ob Art. 5 Abs. 3 eine ergänzende nationale Regelung zulässt, ist fraglich. Art. 5 Abs. 3 hat sich im Wesentlichen auf eine Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen beschränkt (Prieß, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 153) und wollte im Verhältnis zur Richtlinie 2004/18/EG mehr Flexibilität gewähren (Prieß, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 160). Nach der gegenwärtigen Rechtslage besteht demnach kein Anlass, die EG-VOL/A mit ihren Veröffentlichungspflichten analog anzuwenden.

Insofern sind die Anordnungen der Vergabekammer abzuändern, die noch von der Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG und der nationalen Umsetzungsgesetzgebung ausgegangen ist.

Für eine Erklärung der beabsichtigten Direktvergabe als unwirksam - wie von der Vergabekammer ausgesprochen - besteht kein Anlass, da diese bisher noch nicht stattgefunden hat. Der Senat hat den entsprechenden Antrag der Antragstellerin hilfsweise als solchen nach § 123 S. 3 GWB verstanden und dementsprechend tenoriert.

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass die Beigeladene sich auch an einem Verfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO beteiligen kann. Weder die VO noch das nationale Recht stehen dem entgegen. Die Einleitungsbemerkung in Art. 5 Abs. 3 VO ("Dritter, die keine internen Betreiber sind") schließt die Beigeladene nicht aus. Zum einen erfüllt die Beigeladene nicht alle Voraussetzungen eines internen Betreibers nach Art. 5 Abs. 2 VO (vgl. oben unter II.2.), zum anderen soll diese Klausel lediglich betonen, dass an einen Dritten, der nicht interner Betreiber ist, nur auf wettbewerblicher Grundlage ein Dienstleistungsauftrag erteilt werden kann. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, interne Betreiber von der Beteiligung

an einem wettbewerblichen Verfahren auszuschließen, solche ergeben sich auch nicht aus den Erwägungsgründen. Auch das nationale Recht steht dem nicht entgegen. Selbst wenn § 107 Abs. 1 Nr. 3 GemO NRW verfassungswidrig sein sollte, kann ein Zuschlag an interne Betreiber erfolgen, wenn sie nach den Zuschlagskriterien ein leistungsfähigeres Angebot als andere Bieter abgegeben haben und damit auch die Voraussetzungen der allgemeinen Subsidiaritätsklausel des § 107 Abs. 1 GemO erfüllt sind.

(...)