

Amtliche Leitsätze:

1. Ein Nachprüfungsantrag, mit dem die Art und Weise der Einleitung oder Durchführung eines Verfahrens gerügt wird, welches der Aufgabenträger nicht als förmliches Vergabeverfahren ansieht, ist nach §§ 102, 107 Abs. 1 GWB gleichwohl eingeschränkt statthaft, soweit beanstandet wird, dass ein nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB gestaltetes Vergabeverfahren trotz entsprechender Ausschreibungspflicht nicht eingeleitet worden ist.

2. Die an Omnibusunternehmen gerichtete Aufforderung eines Aufgabenträgers des Öffentlichen Personennahverkehrs, sich an einem wettbewerblich gestalteten Verfahren auf Erteilung einer Genehmigung für die Durchführung eigenwirtschaftlicher Verkehre i. S. von § 8 Abs. 4 PBefG nach dem sog. "Wittenberger Modell" zu beteiligen, ist kein Beschaffungsvorgang i. S. einer Erteilung eines öffentlichen Auftrags i. S. von § 99 Abs. 1 GWB.

3. Im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens hat der Antragsteller keine Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB für vermeintliche Verstöße gegen beihilferechtliche Regelungen oder fachrechtliche Bestimmungen im Personenbeförderungsrecht ohne einen vergaberechtlichen Anknüpfungspunkt.

Wesentlicher Inhalt der Entscheidung:

Der LK Wittenberg schrieb im September 2013 EU-weit einen Wettbewerb um die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen i.S.d. sog. „Wittenberger Modells“ aus und legte einen Termin für den Eingang der Anträge fest. Das Antrags- und Bearbeitungsverfahren sollte nach dem PBefG und auf der Grundlage des gültigen NVP durchgeführt werden. Ergänzend stellte der LK im passwortgeschützten Bereich weitere Informationen zur Verfügung, insbesondere eine kreiseigene Finanzierungssatzung, welche nach seiner Aussage eine allgemeine Vorschrift i.S.d. Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 darstellt und die Basis für die Gewährung von der Sicherstellung eigenwirtschaftlicher Leistungen dienenden Zuschussleistungen bildet.

Der Nachprüfungsantrag, mit welchem im Wesentlichen geltend gemacht wurde, dass die Finanzierung durch den Landkreis im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem GWB oder der VO 1370/2007 zu erfolgen habe, blieb auch in der Beschwerdeinstanz ohne Erfolg. Der Antrag sei unbegründet, da der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Abgabe eigenwirtschaftlicher Genehmigungsanträge gerade kein Vergabeverfahren nach Maßgabe des § 97 GWB eingeleitet habe und auch nach funktionaler Betrachtung kein Beschaffungsvorgang i.S.d. § 99 GWB vorliege. Zudem diene das Vergabeverfahren weder der Überprüfung beihilfenrechtlicher noch genehmigungsrechtlicher Regelungen.

Wie vom OLG klargestellt sind die Nachprüfungsinstanzen nicht für die Überprüfung von Genehmigungswettbewerben zuständig, auch dann nicht, wenn diese mit einer allgemeinen Vorschrift gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1370/2007 kombiniert werden. Von der Zuständigkeit erfasst ist allerdings die Überprüfung öffentlicher Dienstleistungsaufträge i.S.d. VO 1370/2007. Aufgabenträger haben daher sicherzustellen, dass eine Finanzierungssatzung nicht tatsächlich einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.d. VO 1370/2007 beinhaltet.

Beschlusstext (gekürzt):

Gründe:

A.

Der Antragsgegner, eine Gebietskörperschaft, welche Aufgabenträger für den Öffentlichen Straßenpersonennahverkehr und zugleich Genehmigungsbehörde für Linienverkehre i.S. von § 42 PBefG in ihrem Gemeindegebiet nach § 11 Abs. 2 PBefG ist, schrieb im September 2013 EU-weit einen Wettbewerb um die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen i.S. des sog. „Wittenberger Modells“ für 32 Omnibuslinien aus. Als Schlusstermin für den Eingang von Teilnahmeanträgen wurde der 20.12.2013, 12:00 Uhr, festgesetzt. Das Antrags- und Bearbeitungsverfahren für die Erteilung der Genehmigungen sollte nach dem PBefG und auf der Grundlage des gültigen Nahverkehrsplanes des Kreistages vom 08.07.2013 (gültig bis zum 31.12. 2020) durchgeführt werden; letzterer sieht eine Zusammenfassung von Omnibuslinien zu Linienbündeln vor. Der Genehmigungszeitraum sollte am 01.01.2015 beginnen; die Laufzeiten der Genehmigungen sollten sich nach § 16 Abs. 2 PBefG richten. Der Wettbewerbsbekanntmachung war am 27.03.2013 eine EU-weite Vorinformation über das Auslaufen der bisher gültigen Linienverkehrsgenehmigungen vorausgegangen.

Am 28.09.2013 veröffentlichte der Antragsgegner in seinem eigenen Amtsblatt die Bekanntmachung des Auslaufens der betreffenden Linienverkehrsgenehmigungen. In beiden Bekanntmachungen, sowohl in der EU-weiten als auch in der nationalen Bekanntmachung, verwies der Antragsgegner auf im Internet zugängliche, jedoch passwortgeschützte weiterführende Informationen. Zu diesen Informationen gehörte die Satzung des Landkreises über anteilige Mitfinanzierung von Defiziten der Verkehrsunternehmen für die Erstellung von eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen des Öffentlichen Straßenpersonenverkehrs auf dem Territorium des Landkreises ... – ÖSPV-Finanzierungssatzung – vom 29.07.2013, in welcher konkrete Zuschussleistungen pro Fahrgastkilometer bzw. pro Beförderungsfall sowie der begrenzte Gesamtbetrag der Zuschussleistungen ausgewiesen sind. Die Zuschussleistungen dienen nach dem Inhalt der ÖPNV-Finanzierungssatzung zur Sicherstellung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen. Auf eine entsprechende Anfrage teilte der Antragsgegner allen Interessenten mit, dass die ÖPNV-Finanzierungssatzung eine allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 darstelle. Die Ausgleichsleistungen führten nach § 8 Abs. 4 PBefG nicht zum Verlust der Eigenwirtschaftlichkeit.

Mit Fax-Schreiben vom 23.09.2013 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass die Laufzeit der Linienverkehrsgenehmigungen nach dem Inhalt der Wettbewerbsbekanntmachung vom Inhalt der Vorinformation abweiche (statt für einen Zeitraum von zehn Jahren lediglich ein Zeitraum von sechs Jahren), ohne dass eine Berichtigung der Vorinformation stattgefunden habe. Zudem vertrat sie die Ansicht, dass die ÖPNV-Satzung nicht den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 entspreche. Schließlich rügte die Antragstellerin, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht klar definiert seien und dass Vorgaben zum Subunternehmereinsatz fehlten. Die Antragsgegnerin half diesen Rügen nicht ab und vertrat in ihrem Absageschreiben vom 30.09.2013, per Fax an die Antragstellerin am 02.10.2013 gesandt, die Auffassung, dass es sich bei dem Verfahren um ein Verwaltungsverfahren handle und daher die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar seien.

Mit Schriftsatz vom 17.10.2013 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass der Antragsgegner zur Aufhebung des Genehmigungswettbewerbs verpflichtet werden möge und ihm aufgegeben werde, die Dienstleistungen EU-weit entweder nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 8a Abs. 2 PBefG oder nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 i.V.m. § 8b PBefG auszuschreiben sowie zuvor die Vorinformation zu berichtigen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Beschluss vom 19.12.2013 als unzulässig verworfen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass sie für eine Prüfung von Rechtsverstößen außerhalb des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften nicht zuständig sei. Die Einordnung von Verkehrsleistungen in die Kategorien der eigenwirtschaftlichen oder gemeinwirtschaftlichen Verkehre stelle keine vergaberechtliche Vorschrift dar. Es bestehe auch kein unmittelbarer vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt. Für die aufgeworfenen Rechtsfragen stehe der Antragstellerin der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung.

Gegen diese ihr am 20.12.2013 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 27.12.2013 erhobene und am selben Tage vorab per Fax beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.

Die Antragstellerin ist u.a. der Meinung, dass eine Prüfung der Voraussetzungen des § 12 Abs. 6 S. 1 PBefG – der Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehrsleistungen – nicht erforderlich sei, da der Antragsgegner die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nicht beabsichtigt habe und zwischen den Beteiligten unstreitig sei, dass der Gewinner des Wettbewerbs Ausgleichsleistungen in Anspruch nehmen werde. Die Gewährung von Ausgleichsleistungen sei jedoch mit der Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verknüpft, soweit sie nicht über eine allgemeine Vorschrift zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen erfolge. Eine solche Ausnahme von der Verpflichtung zur EU-weiten Ausschreibung sei ebenso zu beurteilen, wie die in §§ 100 Abs. 2 ff., 101a bis 101c GWB aufgeführten Ausnahmen, d.h. deren Vorliegen oder Nichtvorliegen unterfalle der vergaberechtlichen Nachprüfung.

Die Antragstellerin verfolgt ihr Rechtsschutzziel mit gleichen Anträgen, wie im Verfahren vor der Vergabekammer gestellt, weiter und hat darüber hinaus beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens anzuordnen, um der Gefahr zu begegnen, dass der Antragsgegner während des Beschwerdeverfahrens die Linienverkehrsgenehmigung an einen Konkurrenten der Antragstellerin erteilt.

Der Antragsgegner hat die Zurückweisung des Eilrechtsschutzantrags begehrt. Er meint, dass eine Anordnung nach § 118 Abs. 1 GWB schon deshalb nicht in Betracht komme, weil er – der Antragsgegner – kein Vergabeverfahren durchführe. Hilfsweise beruft er sich auf s.E. fehlende Erfolgsaussichten des Rechtsmittels.

B.

Der Antrag der Antragstellerin im Eilrechtsschutz ist nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB zulässig, er hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen überwiegen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung des vom Antragsgegner eingeleiteten Verfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile (§ 118 Abs. 2 GWB). Der Senat misst der sofortigen Beschwerde keine Erfolgsaussicht bei. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist überwiegend unzulässig und im Übrigen unbegründet.

I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist allerdings zulässig. Sie wurde frist- und formgerecht (§ 117 Abs. 1 bis 3 GWB) beim zuständigen Gericht (§ 116 Abs. 3 S. 1 GWB) eingelegt. Die Antragstellerin ist durch die angefochtene Entscheidung formell und materiell beschwert.

II. Das Rechtsmittel hat nach dem bisherigen Sach- und Streitstand keine Aussicht auf Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur insoweit zulässig, als er (inzi- dent) auf eine Prüfung des Vorliegens der objektiven Voraussetzungen der §§ 98 bis 100c GWB gerichtet ist. Im Übrigen ist er unzulässig. Der vom Antragsgegner betriebene Wettbewerb um die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen ist kein öffentlicher Auftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB.

1. Allerdings ist der Zugang der Antragstellerin zum vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer bzw. vor dem Vergabesenat eingeschränkt eröffnet.

a) Die Antragstellerin rügt mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht die Art und Weise der Einleitung oder Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens. Der Nachprüfungsantrag ist gleichwohl nach § 102 GWB teilweise statthaft, soweit beanstandet wird, dass ein nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB gestaltetes Vergabeverfahren bislang nicht stattgefunden hat. Das gebietet die unionsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts (vgl. BGH, Beschluss v. 01.02.2005, X ZB 27/04 „Altpapierverwertung II“, BGHZ 162, 116; Beschluss v. 01.12.2008, X ZB 31/08 „Rettungsdienstleistungen I“, BGHZ 179, 84). Eine Entscheidung eines Auftraggebers, welche der Nachprüfung zugänglich ist, liegt bereits dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber i.S. von § 98 GWB beschließt, kein förmliches Vergabeverfahren einzuleiten, weil der abzuschließende Vertrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts bzw. des diese um-

setzenden nationalen Rechts fällt (vgl. nur EuGH, Urteil v. 11.01.2005, C-26/03 „Stadt Halle u. RPL GmbH ./ ARGE TREA Leuna“, VergabeR 2005, 44).

b) Für die Nachprüfung dieser Rüge ist die Antragstellerin antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB, was auch der Antragsgegner nicht in Frage gestellt hat. Eine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist nicht ersichtlich oder vorgetragen; die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt worden.

2. Die Rüge des vergaberechtswidrigen Absehens von der Einleitung und Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens ist jedoch unbegründet. Die Voraussetzungen für eine EU-weite Ausschreibungspflicht liegen objektiv nicht vor, insbesondere fehlt es an der Erteilung eines öffentlichen Auftrags.

a) In formeller Hinsicht hat der Antragsgegner dazu aufgefordert, dass Omnibusverkehrsunternehmen sich an einem Verfahren auf Erteilung einer Genehmigung für die Durchführung eigenwirtschaftlicher Linienverkehre i.S. von § 8 Abs. 4 PBefG durch Einreichung eines entsprechenden Genehmigungsantrages beteiligen. Damit hat er ausdrücklich kein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB eingeleitet, sondern ein Verwaltungsverfahren zur Erteilung einer Genehmigung. Für das Genehmigungsverfahren hat er zwar einen wettbewerblichen Rahmen gewählt, hier das sog. „Wittenberger Modell“, bei welchem Verkehrsunternehmen aufgefordert werden, ihren hinsichtlich der Leistungen im Einzelnen selbst gestalteten Genehmigungsantrag auf der Grundlage des Nahverkehrsplans (Linienführung und Linienbündelung) zu entwerfen, und in dem der Auftraggeber Anreize zur Antragstellung dadurch setzt, dass er über eine kommunale Fördersatzung leistungsbezogene Zuwendungen gewährt, welche die Kosten allein nicht decken. Die wettbewerbliche Gestaltung des Genehmigungsverfahrens berührt aber dessen Charakter als ein Verwaltungsverfahren mit dem Ziel des Erlasses eines Verwaltungsakts – der Linienverkehrsgenehmigung – nicht.

b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt auch bei funktionaler Betrachtung, d.h. in materieller Hinsicht, in dem eröffneten Verfahren kein Beschaffungsvorgang i.S. der (beabsichtigten) Erteilung eines öffentlichen Auftrags gemäß § 99 Abs. 1 GWB. Hierfür fehlt es jedenfalls an dem Merkmal der Entgeltlichkeit der Leistungserbringung des Genehmigungsadressaten. Zwar erfasst dieses Merkmal nach dem maßgeblichen „weiten“ Entgeltbegriff jede Art von Vergütung, welche einen geldwerten Vorteil bedeutet; es ist unerheblich, ob der Auftragnehmer hieraus einen Gewinn erzielt (vgl. Eschenbruch in:

Kulartz/ Kus/ Portz, a.a.O., § 99 Rn. 187 ff, u.a. unter Verweis auf OLG Naumburg, Beschluss v. 03.11.2005, 1 Verg 9/05 „Nachbarlandkreis“, VergabeR 2006, 88 m.w.N.). Durch die Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Linienverkehrs verpflichtet sich der öffentliche Auftraggeber jedoch weder zur Zahlung einer unmittelbaren Vergütung – die Vergütung der Leistungen des Verkehrsunternehmens erfolgt durch den Fahrgast in Form eines Beförderungsentgelts – noch sonst zu einer geldwerten Gegenleistung für die Leistung des Unternehmens. Soweit er mit seiner ÖSPV-Finanzierungssatzung eine Anspruchsgrundlage für sämtliche Verkehrsunternehmen geschaffen hat, welche Öffentliche Straßenpersonennahverkehrsleistungen im Landkreis erbringen, um finanzielle Zuschüsse für Beförderungsleistungen zu erhalten, erfolgt die Gewährung dieser Zuwendungen nicht in einem einheitlichen, durch die Genehmigung begründeten Leistungsaustauschverhältnis. Die Zuwendungen stehen nicht in einem Gegenleistungsverhältnis zur Verkehrsleistung.

3. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht statthaft. Die Antragstellerin hat im Rahmen des Verfahrens vor der Vergabekammer gemäß § 102 GWB keine Antragsbefugnis für vermeintliche Verstöße gegen beihilferechtliche Regelungen, insbesondere gegen Art. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007, oder gegen fachrechtliche Bestimmungen im Personenbeförderungsrecht. Denn das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren ist auf die Überprüfung von Vergaberechtsverstößen beschränkt; die Antragstellerin kann nach § 107 Abs. 2 GWB nur die Verletzung subjektiver Rechte im Vergabeverfahren i.S. von § 97 Abs. 7 GWB geltend machen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011, VII-Verg 48/10, VergabeR 2011, 301; Thüringer OLG, Beschluss v. 23.12.2011, 9 Verg 3/11, VergabeR 2012, 461; OLG Rostock, Beschluss v. 04.07.2012, 17 Verg 3/12, zitiert nach juris; jeweils für die Rüge der Verletzung des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre nach § 8 Abs. 4 PBefG). Ob die ÖSPV-Finanzierungssatzung eine „allgemeine Vorschrift“ i.S. von Art. 2 lit. I) VO (EG) Nr. 1370/2007 ist und ggf. den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung entspricht oder ob die Art und Weise der Einleitung und Durchführung des vorliegenden Genehmigungsverfahrens für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen den hierfür geltenden Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf Informations- und Auskunftsansprüche der Interessenten, gerecht wird, ist dem gegenüber weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand einer vergaberechtlichen Vorschrift, welche dem Schutz der Bieter, Bewerber bzw. Interessenten eines Vergabeverfahrens zu dienen bestimmt ist. Selbst ein – unterstellter – Verstoß der vorgenannten Satzung gegen das Beihilferecht, wie ihn die Antragstellerin geltend macht, berührte zwar u.U. die Vereinbarkeit der Zuschüsse des Antragsgegners

an die leistungsausführenden Verkehrsunternehmen mit dem EU-Binnenmarkt, wäre aber nicht als eine Verletzung von subjektiven Rechten der Antragstellerin im förmlichen Vergabeverfahren anzusehen. Auch nach der Darstellung der Antragstellerin findet derzeit kein Vergabeverfahren statt; die Einleitung und Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens wäre erst die – in der Zukunft liegende – Konsequenz daraus, dass der Antragsgegner für den Fall des Ausbleibens von Anträgen auf Genehmigung von eigenwirtschaftlichen Linienverkehrsleistungen mangels rechtlich zulässiger Ausgleichsleistungen (u.U.) gehalten wäre, auf eine Betrauung von Verkehrsunternehmen mit gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen zurückzugreifen und für die Auswahl des zu betrauenden Unternehmens die Vorgaben des Vergaberechts einzuhalten.

(...)