

## **OLG Rostock, Beschluss vom 04.07.2012 – 17 Verg 3/12**

### Nicht amtliche Leitsätze:

1. Art. 5 VO 1370 sieht vor, dass sich das Rechtsschutzverfahren bei Dienstleistungskonzessionen und bei In-House-Vergaben von Dienstleistungen nach Art. 5 Abs. 2 - 6 i.V.m. Abs. 7 VO 1370 richtet. Da die in Art. 5 Abs. 7 VO 1370 dem nationalen Gesetzgeber auferlegten Instrumente zur Gewährleistung einer Überprüfung der gem. Abs. 2 - 6 erfolgten Maßnahmen der Vergabestelle bisher nicht geschaffen worden sind, liegt eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die nur durch analoge Anwendung von § 102 GWB als abdrängende Zuständigkeitsregelung im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO geschlossen werden kann.
2. Bei der Selbsterbringung handelt es sich nicht um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 99 GWB bzw. der Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.
3. Geht innerhalb der Frist kein eigenwirtschaftlicher Antrag eines Unternehmens ein, darf der Aufgabenträger im Rahmen der ihm obliegenden Prognose davon ausgehen, dass kein eigenwirtschaftlicher Betrieb möglich ist und er daher den Dienst gemeinwirtschaftlich gem. § 13a PBefG vergeben darf. Die Nichteinhaltung der Frist durch einen Interessenten hat aber keine Auswirkungen auf das Bestehen des im Rahmen der vergaberechtlichen Nachprüfung erforderlichen Interesses am Erhalt des zu vergebenden Auftrags oder auf die Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB.
4. Die Frage, ob vorrangig ein eigenwirtschaftlicher Verkehr vergeben werden muss, betrifft eine durch den Aufgabenträger zu entscheidende Vorfrage, die nicht Gegenstand der vergaberechtlichen Prüfung im Rahmen von Art. 5 VO 1370 ist, sondern allenfalls im Rahmen des gewerberechtlichen Genehmigungsverfahrens im Rahmen des PBefG von Bedeutung sein kann.
5. Die Darlegung eines zumindestens drohenden Schadens setzt voraus, dass sich die gerügten Rechtsverstöße nach dem eigenen Vortrag des Antragstellers zu seinem Nachteil auswirken können. Wenn dies nicht der Fall ist, fehlt es an der erforderlichen Antragsbefugnis.
6. Die in Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 geforderten Angaben konkretisieren das allgemeine vergaberechtliche Transparenzgebot. Sie sollen es potentiellen Auftragsinteressenten ermöglichen, sich mit Blick auf die Berechtigung zur Vergabe von Unteraufträgen anhand der Vergabeunterlagen ein sachgerechtes und umfassendes Bild vom Auftrag machen zu können und danach ausgerichtete, vergleichbare Angebote abgeben zu können.

### Wesentlicher Inhalt der Entscheidung:

Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens war ein Vergabeverfahren an einen Eigenbetrieb. Der Antragsgegner hatte im EU-Amtsblatt die Vergabe von Linienverkehrsleistungen im Kreisgebiet nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007 bekanntgemacht. Nachdem die Antragstellerin hierauf Teilnahmeunterlagen an den Antragsgegner gesandt hatte, betraute dieser einen Eigenbetrieb mit der Erbringung der Verkehrsleistungen. Anschließend ließ der Antragsgegner im EU-Amtsblatt eine Berichtigung veröffentlichen, wonach nunmehr eine Selbsterbringung der Leistungen gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. VO 1370/2007 beabsichtigt sei. Das OLG hält den Nachprüfungsantrag gegen die Betrauung des Eigenbetriebs für teilweise unzulässig und teilweise unbegründet. Zwar sei die Vergabekammer auch für den Rechtsschutz bei Vergaben von Dienstleistungskonzessionen nach der VO 1370/2007 zuständig. Es fehle aber an der Antragsbefugnis, soweit sich die Antragstellerin auf eine Verletzung der Informationspflicht nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 berufe, da nicht erkennbar sei, welchen konkreten Nachteil die Antragstellerin durch eine solche Verletzung erleiden könnte. Auch bei einer vorherigen Bekanntmachung der Selbsterbringungsabsicht hätte die Antragstellerin nicht mehr tun können, als, wie erfolgt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Darüber hinaus fehle die Antragsbefugnis, soweit sich die Antragstellerin einen personenbeförderungsrechtlichen „Vorrang eigenwirtschaftlicher Genehmigungen“ geltend mache, da solche durch den Aufgabenträger zu entscheidenden gewerberechtlichen Vorfragen eines Vergabeverfahrens nicht Gegenstand des vergaberechtlichen Rechtsschutz sein könnten. Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet, da die Untervergabe in der Betrauung hinreichend geregelt sei. So reiche es im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 Ziff. e) bzw. Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370/2007 aus, dass der Eigenbetrieb für den Fall der Subvergabe auf die Einhaltung der geltenden vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet worden sei. Es habe kein Erfordernis dafür bestanden, den Umfang der Unteraufträge in der Betrauung zu regeln.

### Beschlusstext (gekürzt):

#### **Gründe:**

##### **A.**

Die Antragstellerin fühlt sich in ihren Rechten verletzt, weil der Antragsgegner seinen Eigenbetrieb W... (im Folgenden: Eigenbetrieb) mit dem Betrieb von drei Buslinien in seinem Zuständigkeitsbereich betraut hat.

Die Antragstellerin betreibt in der Hansestadt W... und Umgebung Buslinienverkehre, hierunter auf Grundlage einer bis zum 31.12.2011 durch das Landesamt für Straßenbau

und Verkehr MV (im Folgenden: Landesamt) erfolgten Genehmigung die Buslinien 233, 244 und 251.

Am 24.10.2010 veröffentlichte der Antragsgegner eine Wettbewerbsbekanntmachung hinsichtlich des Betriebs der drei Linien im EU-Amtsblatt. Diese enthielt u.a. den folgenden Abschnitt:

"ABSCHNITT II:

GEGENSTAND DES WETTBEWERBS/BESCHREIBUNG DES PROJEKTS

II.1) BESCHREIBUNG

II.1.1) Bezeichnung des Wettbewerbs/Projekts durch den öffentlichen Auftraggeber/den Auftraggeber Direktvergabe von 3 Linien im sonstigen öffentlichen Personennahverkehr im Sinne Art. 7 Abs. 2 EU VO 1370/07.

II.1.2) Kurze Beschreibung

Der Landkreis N... als Aufgabenträger für den sonstigen öffentlichen Personennahverkehr beabsichtigt, 3 Linien als 1 Los mit einer jährlich durchschnittlichen Fahrplankilometerleistung (Fplkm) über 301 963 Fplkm, nach Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 5 Abs. 4 für das Gebiet Landkreis N... für die Dauer von 4 Jahre zu vergeben.

Die Fahrplankilometer der Linien teilen sich wie folgt auf:

1) Linien 233 = 90 352 Fplkm, 244 = 75 388 Fplkm und 251 = 136 223 Fplkm.

Bewerber welche die Verkehrsleistung selbst erbringen wollen (sogenannter kommerzieller Verkehr), können bis zum 31.3.2011, 10:00 Uhr ihr Interesse beim Landesamt für Straßenbau und Verkehr Mecklenburg-Vorpommern Erich-Schlesinger-Str. 3518059 Rostock DEUTSCHLAND

bekunden. Dem Antrag ist eine Tariftreueerklärung beizufügen. Später eingehende Anträge können keine Berücksichtigung finden.

Auskünfte über den Umfang der zu erbringenden Verkehrsleistung und ein Formblatt für die Tariftreueerklärung erhalten Sie beim Landkreis Nordwestmecklenburg.

Landkreis Nordwestmecklenburg Vergabestelle Herrn W...B... W...32...

G...DEUTSCHLAND Tel.: +49...Fax.: +49...e-mail: t....de "

Zum vollständigen Inhalt der Wettbewerbsbekanntmachung wird auf Bl. 92 bis 94 d.A.

Bezug genommen. Nachdem die Antragstellerin auf ihre Interessenbekundung vom

11.01.2011 von der Antragsgegnerin die erforderlichen Unterlagen erhalten hatte,

übersandte sie mit Schreiben vom 04.03.2011, zu dessen Inhalt auf Bl. 95 d.A. Bezug

genommen wird, ihre Teilnahmeunterlagen an den Antragsgegner. Gleichzeitig versandte

sie die erforderlichen Unterlagen für einen bei dem Landesamt zu stellenden

Genehmigungsantrag nach dem PBefG an den Antragsgegner mit. Der Antragsgegner

meldete sich hierauf nicht. Sachstandsanfragen der Antragstellerin vom 10. und 24.05.2011 blieben unbeantwortet.

Mit Schreiben vom 09.11.2011 beantragte die Antragstellerin eine Genehmigung für den Betrieb der drei Linien gem. § 42 i.V.m. § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG beim Landesamt.

Mit Schreiben vom 16.11.2011 betraute der Antragsgegner den seit Inkrafttreten der Kreisstrukturreform zu seinem Vermögen gehörenden Eigenbetrieb mit der Erbringung der Verkehrsleistungen auf den drei Buslinien. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben an den Antragsgegner vom 18.11.2011.

Mit Schreiben vom 22.11.2011 beantragte auch der Eigenbetrieb die Genehmigung für den Betrieb der drei Linien beim Landesamt.

Am 28.11.2011 beantragte der Antragsgegner eine Berichtigung der im EU-Amtsblatt erfolgten Vergabebekanntmachung vom 24.12.2010, die dort am 03.12.2011 erschien. Gegenstand der Berichtigung ist, dass der Antragsgegner nunmehr an Stelle einer Vergabe der drei Buslinien gem. Art. 5 Abs. 4 der Verordnung (EG) 1370/2007 eine Selbsterbringung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. EG (VO) 1370/2007 beabsichtige. Zum Inhalt der Bekanntmachung wird auf Bl. 100, 101 d.A. Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 30.11.2011 teilte das Landesamt der Antragstellerin sowie dem Eigenbetrieb mit, dass beide dort gestellten Anträge unzulässig seien und regte an, die Anträge erneut zu stellen. Zum Inhalt dieses Schreibens wird auf die Vergabeakte Bezug genommen.

Nachdem beide Anträge bei dem Landesamt neu gestellt waren, bewilligte das Landesamt mit Bescheid vom 23.12.2011, zu dessen Inhalt auf Bl. 109 bis 118 d.A. Bezug genommen wird, der Antragstellerin den Betrieb der drei Buslinien. Den Antrag des Eigenbetriebs lehnte das Landesamt mit demselben Bescheid ab.

Auf Aufforderung der Antragstellerin vom 09.12.2011 (Bl. 102/103 d.A.) begründete der Antragsgegner mit Schreiben vom 14.12.2011 (Bl. 105/106 d.A.) seine Entscheidung, den Eigenbetrieb mit dem Betrieb der Buslinien zu betrauen und die Vergabebekanntmachung zu berichtigen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 28.12.2011 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer und beantragte festzustellen, dass die Betrauung des Eigenbetriebs mit der Erbringung der Verkehrsleistungen gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße, die Antragstellerin in ihren Rechten verletze und unwirksam sei. Zum genauen Inhalt des Antrags wird auf Seite 11 des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen. Zur Begründung führte die Antragstellerin aus: Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergebe sich daraus, dass es sich bei dem Betrieb der Buslinien um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S. der VO (EG) 1370/2007 (im folgenden: VO 1370) handele. Hierfür sei der Rechtsschutz vor der Vergabekammer

jedenfalls in analoger Anwendung von §§ 102ff. GWB eröffnet. Die Antragstellerin sei auch antragsbefugt, weil sie ihr Interesse an der Durchführung der Linienverkehre gegenüber dem Antragsgegner mehrfach erklärt habe. Die Begründetheit des Nachprüfungsantrages ergebe sich daraus, dass (1.) die Entscheidung zur Eigenbetrauung des Eigenbetriebs mit dem Betrieb der Buslinien zu einem Zeitpunkt getroffen worden sei, zu dem die Entscheidung nicht gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht gewesen sei. Diese Verpflichtung zur Bekanntmachung bestehe auch dann, wenn der Aufgabenträger eine Entscheidung zur Selbsterbringung treffe. Außerdem seien (2.) die von der Verordnung aufgestellten Voraussetzungen für eine Eigenerbringung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 1370 nicht erfüllt. Die beabsichtigte Eigenerbringung verstoße gegen den in § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG geregelten Vorrang der eigenwirtschaftlichen Durchführung von Verkehrsleistungen. Schließlich verstoße die erfolgte Betrauung (3.) auch gegen die Anforderungen gem. Art. 5 Abs. 2 S. 2 Ziff. E) und (4.) gegen Art. 4 Abs. 7 VO 1370. Es fehle nämlich an einer Festlegung, dass der interne Betreiber den überwiegenden Teil des öffentlichen Verkehrsdienstes selber erbringe und an den gem. Art. 4 Abs. 7 VO 1370 erforderlichen Angaben in dem Betrauungsschreiben vom 16.11.2011.

Der Antragsgegner hat beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Zum genauen Inhalt des Antrages wird auf S. 11 des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen. Er hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil die Zuständigkeit der Vergabekammer nicht gegeben sei. Die Betreuung des Stadtverkehrs W... als einer Organisationseinheit des Antragsgegners ohne eigene Rechtspersönlichkeit sei eine interne Organisationsentscheidung, die allenfalls durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden könne. Es liege auch keine Direktvergabe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VO 1370 und auch kein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB vor. Des Weiteren fehle es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis, da die Betrauung des Eigenbetriebes keine Außenwirkung habe, von der die Antragstellerin betroffen sei. Schließlich habe es die Antragstellerin unterlassen, die angeblich fehlerhafte Betrauung rechtzeitig gem. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu rügen. Der Nachprüfungsantrag sei überdies unbegründet, weil die in Art. 7 Abs. 2 VO 1370 geregelte Bekanntmachungspflicht dann nicht gelte, wenn der Aufgabenträger sich für eine ausschreibungsfreie Selbsterbringung der Leistung entscheidet. Es liege auch keine de-facto-Vergabe gem. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB vor. Außerdem verstoße die Selbstvergabe nicht gegen § 8 Abs. 4 PBefG, da diese Vorschrift nicht als Prüfungsmaßstab für die Entscheidung zur Selbsterbringung heranzuziehen sei, denn die Selbstbetrauung entscheide nicht darüber, ob der Eigenbetrieb auch tatsächlich die Verkehrsdienstleistung erbringen dürfe. Dies obliege der Entscheidung des für die beantragte Linienverkehrsgenehmigung zuständigen Landesamtes.

Hilfsweise hat der Antragsgegner ausgeführt, dass die personenbeförderungsrechtlichen Vorschriften der Selbsterbringung deswegen nicht entgegenstünden, weil auf die im Rahmen der Bekanntmachung vom 24.12.2010 bekanntgemachte Ausschlussfrist bis zum 31.03.2011 keine kommerziellen Genehmigungsanträge durch private Verkehrsunternehmen beim Landesamt eingegangen seien. Auch ein Verstoß gegen die in Art. 5 Abs. 2 Ziff. e) VO 1370 geregelte Verpflichtung zur überwiegenden Selbsterbringung der Leistung durch den Eigenbetrieb liege nicht vor.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 05.03.2012 den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen und zur Begründung ausgeführt, der Antragstellerin fehle es an der erforderlichen Antragsbefugnis, deren Mindestvoraussetzung es sei, dass sich der Antragsteller entweder an dem der beabsichtigten Auftragsvergabe vorausgegangenem Wettbewerb beteiligt habe oder darlege, gerade daran durch den beabsichtigten Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts gehindert gewesen zu sein. Die Antragstellerin habe es unterlassen, wie in der Bekanntmachung vom 24.12.2010 verlangt, innerhalb der Ausschreibungsfrist ihr Interesse an der Bedienung der fraglichen Buslinien gegenüber dem Landesamt für Straßenbau und Verkehr zu bekunden. Die Einreichung der Antragsunterlagen beim Antragsgegner kompensiere diese Unterlassung nicht. Ihr unbedingtes Interesse an dem fraglichen Auftrag sei deshalb nicht dargetan.

Hiergegen wendet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der ergänzend zu der vor der Vergabekammer abgegebenen Begründung des Nachprüfungsantrags ausgeführt wird, dass die von der Vergabekammer zur Begründung herangezogene Ausschlussfrist in der EU-Bekanntmachung vom 24.12.2010 sich auf den Fall beziehe, dass ein Bewerber nicht an dem beabsichtigten Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 teilnehmen wolle, sondern sich ohne Beauftragung in der Lage sehe, allein aufgrund einer zu erteilenden Linienverkehrsgenehmigung die Busverkehre durchzuführen. Die Einhaltung der Frist sei dagegen für den Fall nicht maßgeblich, dass ein Bewerber an dem vom Antragsgegner beabsichtigten Verfahren teilnehmen wolle und sich gegen die Durchführung eines kommerziellen Verkehrs entschieden habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Die Entscheidung der Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Bau und Tourismus MV vom 05.03.2012, Az: 2 VK 9/11, aufzuheben;
2. festzustellen, dass die mit Schreiben vom 16. November 2011 erfolgte Betrauung des Eigenbetriebs Stadtverkehr W... mit der Erbringung von Verkehrsleistungen auf

den Buslinien 233, 244 und 251 gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt, die Antragstellerin und Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt und unwirksam ist;

3. hilfsweise, die Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Bau und Tourismus MV zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden;

4. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären und

5. dem Beschwerdegegner die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt den angefochtenen Beschluss und führt ergänzend aus, durch den am 09.11.2011 verspätet gestellten Antrag der Antragstellerin beim Landesamt sei der gem. § 8 Abs. 4 S. 1 und S. 3 PBefG bestehende gesetzliche Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit für die Verkehrsleistungen entfallen und das Initiativrecht für die Verkehrsleistungen mit Fristablauf auf den Antragsgegner übergegangen.

## **B.**

Die zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet.

### **I.**

Die am 26.03.2012 eingegangene sofortige Beschwerde gegen den der Antragstellerin am 13.03.2012 zugestellten Beschluss der Vergabekammer wurde form- und fristgerecht eingelegt. Auch ansonsten bestehen hinsichtlich ihrer Zulässigkeit keine Bedenken.

### **II.**

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet, denn der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig. Soweit er zulässig ist, ist er unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin bei der Vergabekammer ist nur teilweise zulässig.

a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag ergibt sich aus analoger Anwendung von § 102 GWB.

Die Antragstellerin begehrt die Nachprüfung der am 16.11.2011 durch den Antragsgegner ausgesprochenen Betrauung des Eigenbetriebs mit der Durchführung des Linienbetriebs der Buslinien 233, 244 und 251. Diese Betrauung ist am Maßstab des Art. 5 VO 1370 sowie ggf. der weiteren einschlägigen Vorschriften der VO zu messen.

aa) Die Betrauung an den keine eigene Rechtspersönlichkeit darstellenden Eigenbetrieb ist als Vergabe einer Dienstleistungskonzession in Form einer "In-House-Vergabe" einzuordnen.

Eine Dienstleistungskonzession liegt nach der Legaldefinition in den Vergaberechtsrichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG in Abgrenzung zu einem Dienstleistungsauftrag bei Verträgen vor, "die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung des Preises besteht". Das bedeutet, dass eine Konzession insbesondere dann vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht zur Verwertung der Dienstleistung besteht und der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko übernimmt (Losch/Wittig in VergabeR 2011, 561 ff./567). So ist es hier. Gemäß Ziff. 4. der Betrauungserklärung vom 16.11.2011 stehen die Fahrgeldeinnahmen dem Eigenbetrieb zu, der ansonsten keine Ausgleichsleistungen vom Antragsgegner erhält.

Eine In-House-Vergabe liegt vor, wenn der Aufgabenträger die Dienstleistung entweder an eine eigene Dienststelle vergibt ("In-House-Vergabe im engeren Sinne") oder den Auftrag an eine andere rechtsfähige Person vergibt, diese aber funktional als eigene Dienststelle anzusehen ist, weil der Auftraggeber sie (z.B. gesellschaftsrechtlich) beherrscht ("In-House-Vergabe im weiteren Sinne", vgl. OLG Düsseldorf v. 02.03.2011, VergabeR 2011, 244 ff., Tz. 62; Losch/Wittig a.a.O. S. 569). Da der Eigenbetrieb keine eigenständige Rechtspersönlichkeit darstellt, stellt das Betrauungsschreiben vom 16.11.2011 eine "In-House-Vergabe im engeren Sinne" dar.



bb) Art. 5 VO 1370 sieht vor, dass sich das Rechtsschutzverfahren bei Dienstleistungskonzessionen und bei In-House-Vergaben von Dienstleistungen nach Art. 5 Abs. 2 - 6 i.V.m. Abs. 7 VO 1370 richtet. Das führt zu einer Zuständigkeit der Vergabekammern auf Grundlage einer analogen Heranziehung von § 102 GWB. Da nämlich die in Art. 5 Abs. 7 VO 1370 dem nationalen Gesetzgeber auferlegten Instrumente zur Gewährleistung einer Überprüfung der gem. Abs. 2 - 6 erfolgten Maßnahmen der Vergabestelle bisher nicht geschaffen worden sind, liegt eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die nur durch analoge Anwendung von § 102 GWB als abdrängende Zuständigkeitsregelung im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO geschlossen werden kann (OLG Düsseldorf a.a.O. Tz. 31 - 46; OLG München v. 22.06.2011, VergabeR 2011, 848 ff., Tz. 54 - 56; beide zit. nach juris; a.A.: Losch/Wittig a.a.O. S. 565). Der Senat schließt sich hierzu der Auffassung der Oberlandesgerichte Düsseldorf und München an. Deshalb bedarf es entgegen der Annahme des Antragsgegners für die Zuständigkeit der Vergabekammer keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung.

cc) Der Antragsgegner beruft sich ohne Erfolg darauf, dass es vorliegend - anders als bei OLG Düsseldorf und OLG München a.a.O. - nicht um die Vergabe der Konzession an ein beherrschtes Unternehmen (In-House-Vergabe im weiteren Sinne), sondern um die Betrauung eines Eigenbetriebs (In-House-Vergabe im engeren Sinne) und damit eine von vorneherein vom Vergaberecht freie Selbsterbringung der Leistung gehe.

Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO unterscheidet zwischen der Selbsterbringung der Verkehrsdienste durch den Aufgabenträger (1. Alt.) und der direkten Vergabe des Auftrags an eine rechtlich getrennte, aber durch den Aufgabenträger kontrollierte Einheit (2. Alt.). Die hier vorliegende Selbstbetrauung unterfällt dem Regime des Art. 5 Abs. 2 - 6 und damit auch der Rechtswegzuweisung in Art. 5 Abs. 7 VO. Der Wortlaut von Abs. 7, der die Mitgliedsstaaten zur Sicherstellung der Überprüfung der gemäß den Absätzen 2 - 6 getroffenen Entscheidungen auffordert, ist insoweit eindeutig, denn auch die Entscheidung zur Selbsterbringung gem. Abs. 2 S. 1, 1. Alt. ist eine Entscheidung gemäß der Absätze 2 - 6.

Das gilt unbeschadet des Umstandes, dass es sich bei der Selbsterbringung nicht um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 99 GWB bzw. der Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG handelt. Denn daraus ergibt sich nur, dass es sich nicht um einen Dienstleistungsauftrag gem. Art. 5 Abs. 1 VO handelt. Der hier relevante Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 VO 1370 regelt gerade die darüberhinausgehenden und bisher vergaberechtsfreien Fälle der In-House-Vergabe im engeren Sinne, so dass auch diese Fälle - soweit sie der Sache nach unter das Regime des Art. 5 VO 1370 fallen - der Überprüfung durch die Vergabekammer gem. § 102 GWB analog unterliegen (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O. Tz. 62).

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist nur teilweise gem. § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

aa) Die Antragsbefugnis ist (nur) gegeben, soweit die Antragstellerin eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 Ziff. e) und von Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 geltend macht. Insoweit macht sie eine Nichtbeachtung von vergaberechtlichen Vorschriften und eine Verletzung ihrer Rechte gem. § 97 Abs. 7 GWB (analog) geltend.

Die Antragstellerin hat auch ein Interesse am Auftrag. Ausreichend ist ein tatsächliches wirtschaftliches Interesse am Auftrag (Reidt/Stickler/Glahs, 3. Aufl., § 107 GWB Rz. 22). Ein solches wirtschaftliches Interesse hat die Antragstellerin schon dadurch hinreichend deutlich gemacht, dass sie am 04.03.2011 die ihr zuvor zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen einschließlich der Vordrucke für die Genehmigung nach dem PBefG an den Antragsgegner übersandt hat. Das Interesse an dem Erhalt des Auftrags ist überdies durch den am 09.11.2011 beim Landesamt für Straßenbau und Verkehr gestellten Antrag auf Erteilung der Verkehrsgenehmigung bzw. dessen erneute Stellung am 05.12.2011 dokumentiert.

Das Interesse wird nicht dadurch beseitigt, dass die Antragstellerin nicht entsprechend der EU-Bekanntmachung vom 24.12.2010 bis zum 31.03.2011 ihr Interesse gegenüber dem Landesamt für Straßenbau und Verkehr bekundet hat. Die diesbezüglich in der Bekanntmachung gesetzte Ausschlussfrist hatte zum Hintergrund,

dass der Antragsgegner sich entsprechend der Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 29.10.2009, NVwZ-RR 2010, 559 ff., zit. nach juris) zum Zeitpunkt der ursprünglichen Veröffentlichung die Möglichkeit offen lassen wollte, den Auftrag zur gegebenen Zeit gemeinwirtschaftlich auf Grundlage einer Genehmigung gem. § 13a PBefG vergeben zu können.

Geht innerhalb der Frist kein eigenwirtschaftlicher Antrag eines Unternehmens ein, darf der Aufgabenträger im Rahmen der ihm obliegenden Prognose davon ausgehen, dass kein eigenwirtschaftlicher Betrieb möglich ist und er daher den Dienst gemeinwirtschaftlich gem. § 13a PBefG vergeben darf (BVerwG a.a.O. Tz. 23). Die Nichteinhaltung der Frist durch einen Interessenten hat aber keine Auswirkungen auf das Bestehen des im Rahmen der vergaberechtlichen Nachprüfung erforderlichen Interesses am Erhalt des zu vergebenden Auftrags oder auf die Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB.

bb) Die Antragsbefugnis fehlt, soweit die Antragsstellerin eine Verletzung des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre gem. § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG geltend gemacht. Insoweit beruft sie sich nicht auf eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften.

Ein (unterstellter) Verstoß gegen § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG wäre keine im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 7 VO 1370 zu prüfende Verletzung von Rechten der Antragstellerin. Die Frage, ob vorrangig ein eigenwirtschaftlicher Verkehr vergeben werden muss, betrifft eine durch den Aufgabenträger zu entscheidende Vorfrage, die nicht Gegenstand der vergaberechtlichen Prüfung im Rahmen von Art. 5 VO 1370 ist, sondern allenfalls im Rahmen des gewerberechtlichen Genehmigungsverfahrens im Rahmen des PBefG von Bedeutung sein kann (OLG Düsseldorf a.a.O. Tz. 122 - 125; Thüringer OLG v. 23.12.2011, Az.: 9 Verg 3/11, zit. nach ibr-online). Damit ist die Frage der Überprüfungszuständigkeit der Vergabekammern entzogen.

cc) Die Antragsbefugnis fehlt auch, soweit sich die Antragstellerin auf eine Verletzung der Informationspflicht gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 beruft.

Insoweit bedarf es vorliegend keiner Entscheidung darüber, ob ein Verstoß des Antragsgegners gegen Art. 7 Abs. 2 VO 1370 von vorneherein ausgeschlossen werden kann, weil die Vorschrift auf die hier vorliegende Vergabe an einen Eigenbetrieb nicht anwendbar wäre.

Denn die Antragstellerin hat jedenfalls nicht gem. § 107 Abs. 2 S. 2 GWB dargelegt, dass ihr durch die behauptete Nichtbeachtung der Jahresfrist in Art. 7 Abs. 2 VO 1370 ein Schaden entstanden ist oder droht.

Es ist nicht erkennbar, welchen konkreten Nachteil die Antragstellerin durch eine Verletzung der Informationspflicht erleiden könnte. Die Frist soll es ihrem Sinn und Zweck nach den Interessenten an einer Vergabe ermöglichen, rechtzeitig einen Antrag zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu stellen (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften vom 21.12.2011, BT-DrS 17/8233, Begründung zu § 8a PBefG-E, S. 14 oben). Einen solchen Antrag hat die Antragstellerin am 04.03.2011 gestellt. Selbst wenn der Antragsgegner seinen später gefassten Entschluss, doch keine Vergabe gem. Art. 5 Abs. 4 VO 1370 durchzuführen und die Leistung stattdessen selbst zu erbringen, erneut gem. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 hätte bekannt machen müssen, wäre nicht erkennbar, inwieweit dies die Chancen der Antragstellerin, den Auftrag zu bekommen, auf den sie sich schon beworben hatte, erhöht hätte. Denn sie hätte auf eine entsprechende rechtzeitige Bekanntmachung hin lediglich das tun können, was sie jetzt auch getan hat, nämlich ein Nachprüfungsverfahren mit der Begründung in die Wege zu leiten, dass die beabsichtigte Selbsterbringung in der Sache nicht den vergaberechtlichen Vorschriften entspricht. Hieran ist sie durch die unterlassene Vorabinformation des Antragsgegners aber nicht gehindert worden.

Die Darlegung eines zumindestens drohenden Schadens setzt voraus, dass sich die gerügten Rechtsverstöße nach dem eigenen Vortrag des Antragstellers zu seinem Nachteil auswirken können. Wenn dies nicht der Fall ist, fehlt es an der erforderlichen Antragsbefugnis (Reidt/Stickler/Glahs, 3. Aufl., § 107 GWB Rz. 35 m.w.N.). So ist es hier.

c) Die Antragstellerin ist mit ihrem - verbleibenden, s.o. b) aa) - Monitum nicht gem. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert. Die Bekanntmachung des Antragsgegners vom 24.12.2010 enthält keine Frist zur Angebotsabgabe im Sinne der Vorschrift (s. o. b) aa)).

Ebenso wenig ist die Antragstellerin gem. § 101b Abs. 2 GWB präkludiert. Von der angegriffenen Betrauung des Eigenbetriebs vom 16.11.2011 und der am 03.12.2011 im EU-Amtsblatt veröffentlichten Absicht, nicht an der ursprünglich angekündigten Vergabe gem. Art. 5 Abs. 4 VO 1370 festzuhalten, hat die Antragstellerin erst mit Schreiben des Antragsgegners vom 06.12.2011 erfahren. Mit dem Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer am 28.12.2011 sind sowohl die Fristen gem. § 101b Abs. 2 S. 1 wie auch gem. Abs. 2 S. 2 GWB eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist - soweit er zulässig ist - unbegründet.

Die einzig von der Antragstellerin zulässig gerügten Verstöße gegen Art. 5 Abs. 2 S. 2 Ziff. e) und Art. 4 Abs. 7 VO 1370 liegen nicht vor.

a) Ein Verstoß des Eigenbetriebs gegen die in Art. 5 Abs. 2 Ziff. e) VO 1370 geregelte Verpflichtung, den überwiegenden Teil des ihm durch den Antragsgegner zugewiesenen Verkehrsdienstes selber zu erbringen, liegt nicht vor. Der Eigenbetrieb ist in Ziff. 7. des Betrauungsschreibens vom 16.11.2011 für den Fall der Vergabe von Unteraufträgen ausdrücklich auf die Einhaltung der geltenden vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet worden. Zu diesen Vorschriften gehört auch die Regelung in Art. 5 Abs. 2 S. 2 Ziff. e) VO 1370. Dafür, dass der Eigenbetrieb gegen die Regelung verstößt oder beabsichtigt, dies zu tun, ist von der Antragstellerin nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich.

b) Der Antragsgegner hat auch nicht gegen die in Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 geregelte Verpflichtung zur transparenten Angabe, ob und in welchem Umfang eine Vergabe von Unteraufträgen in Frage kommt, verstoßen. Die Antragstellerin beruft sich ohne Erfolg darauf, dass dem Betrauungsschreiben vom 16.11.2011 die in der Vorschrift genannten Angaben fehlen.

Die Angabe, dass die Vergabe von Unteraufträgen in Frage kommt, ist in Ziff. 7. des Schreibens enthalten. Darauf kommt es aber letztlich genauso

wenig an, wie auf die Frage, ob dem Schreiben auch hinreichend transparent entnommen werden kann, in welchem Umfang Unteraufträge in Frage kommen. Denn jedenfalls dann, wenn - wie hier - der Aufgabenträger den öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Rahmen einer In-House-Vergabe im engeren Sinne an einen Eigenbetrieb vergibt, ist die in Art. 4 Abs. 7 VO 1370 geforderte Angabe entbehrlich.

Die in Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 geforderten Angaben konkretisieren das allgemeine vergaberechtliche Transparenzgebot. Sie sollen es potentiellen Auftragsinteressenten ermöglichen, sich mit Blick auf die Berechtigung zur Vergabe von Unteraufträgen anhand der Vergabeunterlagen ein sachgerechtes und umfassendes Bild vom Auftrag machen zu können und danach ausgerichtete, vergleichbare Angebote abgeben zu können (Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Kommentar zur VO (EG) 1370/2007, 1. Aufl., Art. 4 Rz. 89). Bereits aus dieser Zielrichtung ergibt sich, dass die geforderte Transparenz erst in dem Moment Bedeutung erlangt, wenn ein Interessent sich damit auseinandersetzen kann, ob und wie er sich auf einen zu vergebenden, ihn interessierenden Auftrag bewirbt. Dieser Moment ist noch nicht erreicht, wenn der Aufgabenträger sich dazu entschlossen hat, die Verkehrsdienstleistung grundsätzlich durch einen Eigenbetrieb selber zu erbringen, gleichzeitig jedoch die Möglichkeit zur Vergabe von Unteraufträgen zu eröffnen. Denn beide Entscheidungen kann der Aufgabenträger im Rahmen der ihm zustehenden freien Entscheidungsbefugnis treffen, ohne dass er hierzu öffentliche Vergabe- oder ähnliche Verfahren durchführen muss (Kaufmann pp. a.a.O. Art. 5 Rz. 69, 70 bzw. Art. 4 Rz. 77). Erst dann, wenn die Unteraufträge - entsprechend der hierfür anzuwendenden vergaberechtlichen Vorschriften - vergeben werden sollen, besteht für potentielle Bewerber überhaupt die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und ein daraus folgendes Interesse, sich über Art und Umfang des (dann) ausgeschriebenen (Teil-)Auftrags informieren zu können.

Ebenso spricht gegen eine verpflichtende Aufnahme der in Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 genannten Angaben in ein Eigenbetrauungsschreiben, dass die inhaltlichen Erfordernisse, die an solche Schreiben zu stellen sind, sich an der Zielrichtung und an dem Adressatenkreis der Schreiben orientieren müssen. Eigenbetrauungsschreiben stellen Verwaltungsinterna dar, die nicht zum Ziel haben, externe Interessenten zu informieren oder diesen im Regelfall überhaupt zugänglich gemacht zu werden. Die fehlende

Außenwirkung macht es entbehrlich, die Angaben zu möglichen Unteraufträgen zwingend aufzunehmen.

Mit Blick darauf, dass es auch in Fällen von Direktvergaben im Sinne von Art. 2 Ziff. h) VO 1370 an einem wettbewerblichen Verfahren fehlt, ist außerdem anerkannt, dass Art. 4 Abs. 7 in diesen Fällen nicht anwendbar ist (Kaufmann pp. a.a.O. Art. 4 Rz. 76). Dies muss genauso gelten, wenn eine Direktvergabe - wie hier - begrifflich nur deswegen nicht vorliegt, weil der betraute Eigenbetrieb nicht im Sinne der VO 1370 von dem Aufgabenträger "rechtlich getrennt" ist.

Dem steht schließlich auch nicht der Wortlaut von Art. 4 Abs. 7 S. 1 VO 1370 entgegen, nach dem sich die Bekanntgabepflichten auf die "Unterlagen der ... Öffentlichen Dienstleistungsaufträge" beziehen. Denn auch wenn es sich bei dem Betrauungsschreiben vom 16.11.2011 um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 2 Ziff. i) letzter Spiegelstrich VO 1370 handelt, ist der Wortlaut - genau wie bei Vorliegen einer Direktvergabe - im oben dargestellten Sinne einschränkend auszulegen.

Nach alledem kommt es für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde nicht auf den im nach der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz des Antragsgegners vom 22.06.2012 enthaltenen neuen Vortrag an, nach dem das Betrauungsschreiben mit weiterem Schreiben an den Eigenbetrieb vom 19.06.2012 mit Blick auf Art. 4 Abs. 7 VO 1370 nunmehr ergänzt worden ist. Der Schriftsatz gebietet daher keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

(...)