



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 18/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Durchführung von [...]fahrten für den [...] ab 1. August 2017“, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Pütz auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2016 am 18. Mai 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

Bei den im Folgenden zitierten Vorschriften aus dem GWB, der VgV und der VOL/A bzw. VOL/A-EG handelt es sich um solche aus der bis zum 18. April 2016 geltenden Fassung. Soweit auf das GWB in seiner ab dem 19. April 2016 geltenden Fassung Bezug genommen wird, erfolgt dies mit dem Zusatz „n.F.“.

I.

1. Die Antragstellerin (ASt) erbringt derzeit für die Antragsgegnerin (Ag) bestimmte Chaffeurdienstleistungen für die [...] (sog. „[...]fahrten“ i.S.d. § [...]). Dieser Vertrag läuft am 31. Juli 2017 aus. Am 28. Januar 2016 informierte die Ag die ASt per E-Mail über den Beschluss des [...] vom 28. Januar 2016, dass

„als Vertragspartner für die Durchführung der [...]fahrten nach dem Auslaufen des derzeitigen Vertrages (...) mit einer Vertragslösung im Wege einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit die bundeseigene [Beigeladene (Bg)] gewonnen werden“ solle;

hierbei sollen „Qualität und Umfang der Dienstleistungen ... grundsätzlich unverändert“ bleiben. Außerdem beauftragt der [...] in diesem Beschluss, „Verhandlungen mit dem neuen Dienstleister aufzunehmen“.

Die Bg wurde 2002 gegründet. Seit 2006 sind ihre Gesellschafter der Bund mit 75,1% der Anteile und die [...] mit 24,9% der Anteile. Alleiniger Anteilseigner an der [...] ist ebenfalls der Bund. Gemäß § 2 S. 3 f. des Gesellschaftsvertrags der Bg (im Folgenden: GesV) werde

„hierdurch sowie durch die Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages ... im Sinne der vergaberechtlichen Inhouse-Kriterien sichergestellt, dass an der Gesellschaft kein privates Kapital beteiligt ist und der Bund über die Gesellschaft jederzeit eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann. Um den Inhouse-Kriterien zu entsprechen, ist die Gesellschaft zudem verpflichtet, im Wesentlichen für den Bund tätig zu werden.“

Der Gesellschaftszweck der Bg besteht in der

„Entwicklung eines übergreifenden Flottenmanagement-Systems“ und in der „Übernahme von Mobilitäts- und Flottenmanagementaufgaben für den Geschäftsbereich [...]“. „Im Rahmen des § 2“ GesV ist die Bg „auch berechtigt, derartige Leistungen gegenüber Dritten zu erbringen, soweit sichergestellt bleibt, dass die Gesellschaft im Wesentlichen für den Bund tätig wird“ (§ 3 Abs. 1 GesV).

Die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung sind entsprechend der Geschäftsanteile verteilt, Beschlüsse ergehen grundsätzlich mit einfacher Mehrheit (§ 13 Abs. 8 GesV). Der Gesellschaftsvertrag der Bg enthält des Weiteren mehrere Regelungen darüber, welche Befugnisse die Gesellschafterversammlung bzw. der Aufsichtsrat der Bg hat, insbesondere welche Geschäfte nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats getätigt werden dürfen (§§ 4 Abs. 3, 6, 8 GesV). Darüber hinaus gibt es eine Gesellschaftervereinbarung, in der u.a. geregelt ist, dass der Bund von der [...] die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile an der Bg verlangen darf, wenn die Beteiligung der [...] mit dem Inhouse-Charakter der Bg nicht mehr vereinbar ist (Call-Option, s. § 2 Abs. 1 Nr. 8 Gesellschaftervereinbarung) und dass sich die beiden Gesellschafter verpflichten, ihr Stimm- und Antragsrecht bei Gesellschafterbeschlüssen in dem Bewusstsein auszuüben, dass es sich um eine organisationsprivatisierte Inhouse-Gesellschaft des [...] handelt (vgl. § 7 der Gesellschaftervereinbarung).

Am 9. Februar 2016 rügte die ASt, dass die Ag mit der Bg keine Verhandlungen über die Durchführung der [...]fahrten ab 2017 führen dürfe, weil es sich hierbei um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag handele. Am 23. Februar 2016 wies die Ag die Rüge zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. März 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 10. März 2016 übermittelt.

a) Zur Statthaftigkeit ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt aus, dass ein Bieter trotz des Wortlauts des § 101b Abs. 1 GWB nicht abwarten müsse, dass ein vergaberechtswidriger de facto-Vertrag abgeschlossen worden sei. Es reiche vielmehr aus, wenn ein Vergabeverfahren im materiellen Sinne bereits begonnen habe. Dies sei hier der Fall, da die Ag mit Beschluss des [...] vom 28. Januar 2016 entschieden habe, die [...]fahrten nicht in Eigenleistung zu erbringen, den „neuen Dienstleister“ (die Bg) ermittelt habe und eine

Ausschreibung daher unterbleibe. Zudem habe die Ag mit der Bg bereits erste Gespräche geführt.

Die ASt meint, bei der Beauftragung der Bg mit den [...]fahrten ab 2017 handele es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag nach § 99 GWB. Ein sog. Inhouse-Geschäft liege aus folgenden Gründen nicht vor:

Zum sog. Kontrollkriterium i.S.d. Rechtsprechung des EuGH zu Inhouse-Geschäften trägt die ASt vor, dass im Fall der Bg am Leitungsorgan der Bg unmittelbar die [...] beteiligt gewesen sei, weil einer ihrer Geschäftsführer (Herr [...] bis zum 24. März 2014 gleichzeitig Geschäftsführer einer Tochter der [...], der [...] GmbH, gewesen sei. Demgegenüber komme dem Aufsichtsrat der Bg als Kontrollorgan gemäß § 8 Abs. 1 GesV kein erheblicher Einfluss auf strategische Ziele der Bg und kein Weisungsrecht zu. Außerdem verfüge die Ag nur über 75,1% der Anteil der Bg und damit über keine vollständige Kontrolle. Abgesehen davon sei hier nicht auf den Bund, sondern den [...] als Auftraggeber abzustellen, der als eigenständiges [...] die Bg mit der Durchführung einer Dienstleistung beauftragen wolle. Der [...] könne keine effektive Kontrolle über die Bg ausüben, weil er an dieser nicht direkt gesellschaftsrechtlich beteiligt sei und auch über das [...] als Gesellschafter der Bg keine Kontrolle ausübe.

Das zweite Inhouse-Kriterium setze voraus, dass die Inhouse-Einrichtung im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig werden und öffentliche Aufgaben ausführen müsse (sog. „Wesentlichkeitskriterium“). Solche öffentlichen Aufgaben seien gemäß § 108 Abs. 1 GWB n.F. nur solche Aufgaben, mit denen die Einrichtung vom kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber „betraut“ worden sei, also „Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV und damit hoheitliche Aufgaben. Aus der hoheitlichen Betätigung werde eine wirtschaftliche, wenn die Inhouse-Einrichtung im Wettbewerb zu privaten Unternehmern auftrete. Hierzu könne die Rechtsprechung zur interkommunalen Zusammenarbeit auf das Inhouse-Geschäft übertragen werden, weil beide Ausnahmetatbestände unter den Begriff der „öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit“ fielen. Hinsichtlich der Bg stellt die ASt diesbezüglich fest, dass diese nicht nur öffentliche Aufgaben ausführe, sondern auch wettbewerbliche Geschäfte, nämlich Carsharing für Jedermann und Autohandel, bei letzterem sei nicht nur der Verkauf an Dritte, sondern auch die Anschaffung der Fahrzeuge dem Drittumsatz zuzurechnen. Darüber hinaus sei die

verfahrensgegenständliche Aufgabe „[...]fahrten“ keine öffentliche Aufgabe i.S.d. Rechtsprechung des EuGH, so dass auch die mit dieser Aufgabe zu erzielenden Umsätze der Bg als Fremdgeschäft zuzurechnen seien. Schließlich müssten bei der Ermittlung des „inhouse-schädlichen“ Fremdumsatzanteils bei einer funktionalen wirtschaftlichen Betrachtung auch solche Umsätze mitberücksichtigt werden, die das beauftragte Unternehmen über wirtschaftliche, rechtliche, vertragliche und personelle Zusammenhänge durch personenverschiedene Unternehmen am Markt durch Geschäfte mit Dritten generiere. Der Bg sei daher der Umsatz der [...] zuzurechnen. Denn die Bg und die [...] hätten die gleiche Anteilseignerin, nämlich die Ag. Die ASt meint, dass die Bg ohne die personelle Ausstattung ihrer Mutter [...] nicht in der Lage sei, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erfüllen, denn die Bg verfüge über kein eigenes Personal, das den streitgegenständlichen Auftrag durchführen könne. In personeller Hinsicht sei die Bg mit der [...] über einen Geschäftsführer verflochten, der bis 2014 gleichzeitig Geschäftsführer der [...] GmbH gewesen sei. Darüber hinaus sei die Bg mit den Tochterunternehmen der [...], der [...] GmbH und der [...] GmbH in der sog. [...]gruppe zusammengeschlossen. Die Bg beschaffe für die [...]gruppe u.a. Fahrzeuge und fahrzeugbezogene Dienstleistungen in europaweiten Ausschreibungen. Die [...]gruppe verkaufe für die Bg Neu- und Gebrauchtwagen. Die Mitglieder der [...]gruppe dürften im Rahmen des Carsharing und der Autovermietung das [...] Portal „[...]“ und andere Softwarelösungen des [...] nutzen. Darüber hinaus bilde die Bg mit den Töchtern der [...] eine Einkaufsgemeinschaft, über die sie die dem Bund von den Fahrzeugherstellern eingeräumten Sonderkonditionen, insbesondere Mengenrabatte, nutze. Auch wenn die [...]gruppe nicht mit den verfahrensgegenständlichen [...]fahrten beauftragt werden solle, seien die in dieser Gruppe zusammengeschlossenen Unternehmen somit als funktional-wirtschaftliche Einheit zu sehen, da sie sich wie ein einheitliches kommerzielles Unternehmen verhielten; auf der Homepage der [...] werde die Bg sogar als „Schwestergesellschaft“ der [...] GmbH und der [...] GmbH bezeichnet. Zumindest unter Berücksichtigung des Umsatzes der [...] bzw. der Umsätze der anderen Mitglieder der [...]gruppe liege der Fremdumsatz der Bg über der maßgebenden Schwelle von 20%.

Zu den von der Bg diesbezüglich vorgelegten Daten führt die ASt aus, dass diese nicht tätigkeitsbezogenen aufgegliedert seien, Umsatzangaben zur [...]gruppe fehlten ganz. Zudem habe die Bg nicht den Umsatz aus dem Verkauf von Fahrzeugen offengelegt, bei

denen die [...]GmbH Dienstleistungen für die Bg erbringe, für die sie von der Bg eine Vergütung erhalte. Schließlich sei nach der Rechtsprechung des EUGH und Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU der Umsatz einer Einrichtung nicht das einzige Merkmal zur Berechnung des Wesentlichkeitskriteriums. Heranzuziehen sei vielmehr ein „geeigneter tätigkeitsgestützter Wert“, z.B. die Kosten. Damit seien auch die Erträge, die die Bg aus der Veräußerung von Fahrzeugen erziele, dem Drittgeschäft zuzurechnen. Die ASt meint, dass der Gesellschaftsvertrag der Bg kein Nachweis für die Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums sei, da dieser lediglich eine Handlungsvorgabe der Gesellschafter darstelle; ob die Gesellschaft diese Vorgabe einhalte, unterliege der vergaberechtlichen Kontrolle. Die Darlegungs- und Beweislast trage derjenige, der sich auf einen Ausnahmetatbestand berufen wolle, vorliegend also die Bg.

Zudem liege kein Inhouse-Geschäft vor, wenn an der kontrollierten juristischen Person direkt privates Kapital beteiligt sei (Art. 21 Abs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F.), damit zum Schutz des freien und unverfälschten Wettbewerbs der private Wirtschaftsteilnehmer keinen unzulässigen Vorteil gegenüber anderen Wettbewerbern habe. Nach einer vergaberechtlich gebotenen funktionellen Betrachtungsweise sei daher auch eine öffentliche Kapitalbeteiligung „inhouse-schädlich“, wenn diese genauso geeignet sei, den Wettbewerb zu gefährden oder zu einem wettbewerblichen Vorteil führen würde. Dies sei bei den Tochterunternehmen der [...] der Fall, da sie auf dem Markt überwiegend gewerblich tätig seien und sich dem Wettbewerb stellten. Durch die umfassende Kooperation der [...] mit der Bg über ihre Tochtergesellschaften erhalte die [...] bzw. ihre Töchter einen messbaren Vorteil gegenüber anderen Marktteilnehmern. Schließlich legt die ASt Zeitungsartikel vor, nach denen die [...] derzeit eine Teilprivatisierung plane, indem Minderheitsanteile an zwei ihrer Auslandstöchter an Private verkauft werden sollen. In diesem Fall entfielen die Inhouse-Voraussetzungen, weil ein privates Unternehmen an der Inhouse-Einrichtung beteiligt sei.

Nach Auffassung der ASt liegt ein weiterer Vergaberechtsverstoß darin, dass die [...] GmbH als selbstständiger Marktteilnehmer und damit als Dritter durch die beabsichtigte Inhouse-Beauftragung in vergaberechtswidriger Weise besser gestellt werde, indem sie zur Durchführung bestimmter Leistungen herangezogen werde.

Des Weiteren macht die ASt geltend, dass die Ag zu Unrecht nicht geprüft habe, ob und inwieweit die [...]fahrten ab dem 1. August 2017 nicht ebenso gut oder besser von einem rein privaten Unternehmen wie der ASt erbracht werden könnten. Die Ag habe so gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit i.S.d. § 7 BHO verstoßen, der auch im Nachprüfungsverfahren zu beachten sei, nachdem der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nunmehr ausdrücklich in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB n.F. verankert sei. Darüber hinaus müsse gemäß § 65 Abs. 1 BHO u.a. ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegen, wenn er ein Unternehmen mit Aufgaben beauftragen wolle, an dem der Bund in einer Rechtsform privaten Rechts beteiligt sei. [...]

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 107 ff. GWB;
2. der Ag zu untersagen, den Auftrag der [...]fahrten ab dem 1. August 2017 ohne förmliches Vergabeverfahren an eine natürliche oder von ihr personenverschiedene, nicht unter Art. 12 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG fallende juristische Person zu vergeben,
3. hilfsweise für den Fall, dass die Ag die Bg bereits mit den [...]fahrten ab dem 1. August 2017 beauftragt hat, festzustellen, dass der zwischen der Ag und der Bg geschlossene Vertrag über die [...]fahrten ab 1. August 2017 unwirksam ist,
4. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen,
5. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
6. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
7. festzustellen, dass die Ag der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,
8. festzustellen, dass für die ASt die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Des Weiteren beantragt die ASt,

das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage vorzulegen:

- (1) Unterfallen bloße fiskalische Hilfsgeschäfte dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU?
- (2) Ist die gewählte Begrifflichkeit „betrauen“ des Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/24/EU dem Art. 106 Abs. 2 AEUV entliehen, so dass dies nur für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gelten soll?
- (3) Wenn fiskalische Hilfsgeschäfte dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/24/EU unterfallen, sind die damit erzielten Umsätze dem Eigen- oder dem Fremdgeschäft im Sinne des Art. 12 Abs. 1 lit. b) zuzurechnen?

Nach der mündlichen Verhandlung trägt die ASt u.a. vor, dass die Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf die Erhöhung des Wesentlichkeitskriteriums auf 20% keine Vorwirkung entfalte, weil die Ag bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie ein Vergabeverfahren im materiellen Sinne eingeleitet habe. Soweit die ASt in ihrem Schriftsatz vom 28. April 2016 auch auf die mündliche Verhandlung eingeht und neue Tatsachen zu den Umsatzangaben der Bg vorträgt, war dieser nicht nachgelassen und ist daher gemäß § 113 Abs. 2 GWB nicht zu berücksichtigen.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge Nummer 1, 2, und 5 einschließlich der Hilfsanträge Nummer 3 und 4 zurückzuweisen und
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag bezweifelt, dass der Nachprüfungsantrag zulässig sei, weil bisher kein Vergabeverfahren eingeleitet worden sei und damit kein Vergaberechtsverstoß vorliege. Bisher hätten keine Vertragsverhandlungen zwischen der Ag und der Bg stattgefunden, sondern es seien nur Vorgespräche geführt worden, um zu ermitteln, ob die Bg grundsätzlich bereit und in der Lage sei, die Leistung zu erbringen und wie sich der Preis hierfür errechnen würde; eine neue Leistungsbeschreibung sei noch nicht erstellt worden. Die Verhandlungen mit der Bg sollten erst mit Inkrafttreten des neuen Vergaberechts ab dem 18. April 2016 stattfinden.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil die verfahrensgegenständlichen [...]fahrten zwar ein öffentlicher Auftrag seien, der oberhalb der EU-Schwellenwerte liege. Die Ag könne diesen Vertrag jedoch ohne förmliches Vergabeverfahren als Inhouse-Geschäft

abschließen. Da die Ag die Vertragsverhandlungen mit der Bg erst nach dem 18. April 2016 aufnehmen wolle, sei die Zulässigkeit dieser Beauftragung anhand des § 108 GWB n.F. bzw. Art. 12 RL 2014/24/EU zu beurteilen. Auf jeden Fall gälte dieselbe Rechtslage aufgrund der Rechtsprechung des EuGH bereits heute, zudem entfalte die RL 2014/24/EU eine Vorwirkung bei der Auslegung des nationalen Rechts.

Das für eine zulässige Inhouse-Beauftragung erforderliche Kontrollkriterium sei vorliegend erfüllt, weil die Bg zu 75,1% im Eigentum des Bundes stehe und die übrigen 24,9% der Anteile von der [...] gehalten würden, deren alleiniger Anteilseigner ebenfalls der Bund sei. Gemäß § 2 GesV sei an der Bg kein privates Kapital beteiligt und der Bund könne über sie jederzeit eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Dieses Kontrollrecht werde durch weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der Bg abgesichert (§ 6 Abs. 1 bis 3, § 8, § 10, § 13 Abs. 7, 8 GesV), wonach der Mehrheitsgesellschafter Bund direkten beherrschenden Einfluss bei der Bg ausübe und der Geschäftsführung direkte Weisungen erteilen könne. Abzustellen sei insoweit auf den Bund als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU, § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. und nicht auf den [...], der bei der beabsichtigten Inhouse-Beauftragung den Bund nur vertrete und als [...] kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. Vergaberechts sei. Auch wenn einer der Geschäftsführer der Bg früher zugleich Geschäftsführer der [...] GmbH gewesen sei, komme es darauf an, wer aktuell die Kontrolle über die Bg ausübe. Wenn nur öffentliche oder sogar hoheitliche Aufgaben im Wege der Inhouse-Beauftragung an privatrechtlich organisierte Unternehmen übertragen werden dürften, liefe dieses Rechtsinstitut leer. Denn das Vergaberecht komme gerade nicht bei hoheitlichen Aufgaben zur Anwendung, die in der Regel ohnehin nicht durch private Anbieter erfüllt werden könnten, sondern bei fiskalischen Beschaffungsgeschäften. Daher sei auch der Begriff „betraut“ in Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU so zu verstehen, dass die beauftragte Person bestimmte Aufgaben übernommen habe, ohne dass dem notwendigerweise ein bilateraler Vertrag aus einem förmlichen Vergabeverfahren zugrunde liege, sondern z.B. eine gemeindliche Satzung, mit der Aufgaben der Abfallentsorgung übertragen würden. Etwas anderes gelte gemäß Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU nur für die interkommunale Zusammenarbeit. Abgesehen hiervon sei die Bereitstellung eines Fahrdienstes vorliegend eine öffentliche Aufgabe, da sie aufgrund [...] erfolge.

Das Wesentlichkeitskriterium sei ebenfalls erfüllt, weil die Bg ihre Leistungen im Wesentlichen für den Bund erbringe, was auch der Handelsregisterauszug und § 2 Abs. 5 GesV belegten. Wie Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU zeige, sei diesbezüglich vorrangig auf die Jahresumsätze abzustellen, und nur dann, wenn diese nicht vorlägen, „alternativ“ auf andere Werte. „Inhouse-schädlich“ seien daher nur die Umsätze der Bg aus dem Carsharing, das auch Privaten angeboten werde. Diese Beträge beliefen sich jedoch auf weniger als 1% des Gesamtumsatzes der Bg. Mit den Geschäftsbereichen „Autoverkauf“ und „Leistungen für ausländische [...] und internationale Organisationen“ erziele die Bg keine nennenswerten Umsätze. Doch selbst wenn die Bg mit dem Weiterverkauf der Fahrzeuge Gewinne erwirtschaften sollte, würde es sich hierbei nicht um Tätigkeiten für Dritte, sondern für den Bund handeln, weil der Bund als Mehrheitsgesellschafter Nutznießer des so erwirtschafteten Finanzierungsbeitrags sei. Die Umsätze der [...], ihrer Tochterunternehmen wie die [...] oder der [...]gruppe seien im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums nicht zu berücksichtigen. Denn Vertragspartner der Ag solle nicht der [...] oder die [...]gruppe werden, sondern allein die Bg. Es käme daher allein darauf an, ob in der Person der Bg die Inhouse-Voraussetzungen vorlägen. Auch Art. 12 Abs. 1 RL 2014/24/EU und § 108 Abs. 1 GWB n.F. knüpften an die kontrollierte und zu beauftragende juristische Person an und nicht an eine irgendwie kooperierende wirtschaftliche Einheit. Aus Gründen der Rechtssicherheit könne diese eindeutige Regelung nicht anders ausgelegt werden. Etwas anderes käme allenfalls bei solchen Mutter-Tochter-Beziehungen in Betracht, für die u.a. ein gemeinsamer konsolidierter Abschluss vorliege. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor, denn alle Mitglieder der [...]gruppe seien rechtlich selbständige Unternehmen ohne miteinander konsolidierten Jahresabschluss.

Schließlich sei an der Bg kein privates, sondern nur staatliches Kapital beteiligt, weil die [...] vollständig in Bundeseigentum stehe. Hierbei sei unbeachtlich, dass sich die [...] auf dem Markt beteilige. Wenn eine Inhousebeauftragung stets dann nicht zulässig sei, wenn der Wettbewerb beeinträchtigt wäre, läge nie ein Inhousegeschäft vor, wenn der betreffende Auftrag grundsätzlich an ein privates Unternehmen vergeben werden könnte. Auch bei der Eigenausführung durch den öffentlichen Auftraggeber selbst, werde die betreffende Leistung dem Wettbewerb entzogen.

Soweit sich die ASt auf eine Verletzung von § 65 Abs. 1 BHO berufe, sei diese Bestimmung nicht drittschützend. Dasselbe gelte für die Frage, ob die Inhouse-Beauftragung der Bg

gegen den [...] verstoße und ob diese Beauftragung wirtschaftlicher und sparsamer sei als die aktuelle Vertragslage. Abgesehen davon habe die Ag die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit anderer Alternativen geprüft und verneint.

c) Mit Beschluss vom 22. März 2016 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt, insbesondere deren Anträge 1 bis 4, zurückzuweisen,
2. eine weitergehende Akteneinsicht der ASt zu versagen,
3. den Antrag der ASt auf Verfahrensaussetzung und Vorlage an den EuGH zurückzuweisen,
4. festzustellen, dass die Zuziehung der Bevollmächtigten der Bg notwendig war,
5. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen.

Auf die entsprechenden Fragen der Vergabekammer trägt die Bg vor, dass sie im Wesentlichen für die Ag tätig sei, hierzu sei sie gemäß § 2 und § 3 Abs. 1 GesV verpflichtet. Die Bg sei als Mobilitätsmanager der [...] von der Ag beauftragt, ein wirtschaftliches und kundenorientiertes Mobilitätskonzept zu entwickeln und umzusetzen. Kern ihres Geschäftsmodells sei die Vermietung von Fahrzeugen mit und ohne Chauffeur für Bedarfe zwischen wenigen Stunden und mehreren Jahren. Zum Leistungsangebot der Bg zählten auch [...]fahrten für [...], die jedoch mit einem Volumen von 2014: rund 1.300 € und 2015: rund 78.700 € kaum ins Gewicht fielen. Die Bg verfüge über ca. 28.400 handelsübliche Fahrzeuge, die nach Erreichen des sog. wirtschaftlichen Ersatzzeitpunkts verkauft würden, wobei sich die Bg gegen eine Vergütung der [...] GmbH bedienen könne. Die Verkaufserlöse flössen unmittelbar der Bg zu.

Die Bg legt in Tabellenform Daten über ihre Gesamtumsätze vor, die in Umsätze mit der „[...] im Bereich Mobilitätsdienstleistungen“, „Dritte im Bereich Mobilitätsdienstleistungen“, „Erlöse mit Dritten (nicht Mobilitätsdienstleistung)“ und „[...] oder konzernverbundene Unternehmen“ aufgegliedert sind. Unter „Drittgeschäft“ versteht die Bg hierbei alle Tätigkeiten für alle anderen Auftraggeber außer der [...]. Als „Drittgeschäft“ besonders aufgeführt sind in dieser Tabelle Leistungen für die [...] GmbH ([...]), deren alleinige Anteilseignerin seit Februar 2013 die Ag ist. Zudem erbringe die Bg „Drittgeschäfte“ u.a. für

die [...] GmbH, die ebenfalls eine 100%ige Tochter der Ag sei, das Bundesamt für [...] als Behörde der Ag, an die [...] mbH, die seit Juli 2015 ebenfalls 100%ige Tochter der Ag sei, sowie an [...] und an Privatkunden im Bereich Carsharing. Nach den Angaben der Bg für das Jahr 2014 betrug

- ihr Gesamtumsatz: 406,9 Mio. €,
- darin enthalten 94,2% im Bereich Mobilitätsdienstleistungen für die [...],
- davon 0,5% (= 2,2 Mio. €) im sog. „Drittgeschäft Mobilitätsdienstleistung“ (davon 1,7 Mio. € gegenüber der [...] GmbH),
- 5,3% vom Gesamtumsatz (= 21,4 Mio. €) betrafen Erlöse mit Dritten im Bereich „Nicht-Mobilitätsdienstleistung“ (davon Fahrzeugverkauf 19,3 Mio. €) und
- 0% gegenüber der [...] oder konzernverbundenen Unternehmen.

Diese Umsätze, deren Verhältnisse für die Geschäftsjahre 2013 und 2015 ähnlich sind, hat die Bg aus ihrer Debitorenbuchhaltung ermittelt. Laut der Gewinn- und Verlustrechnung der Bg 2014 betragen ihre Umsatzerlöse 2014 ca. 273 Mio. €. Dass dieser Wert von den in der Debitorenbuchhaltung genannten Umsatzdaten abweiche, erklärt die Bg erstens damit, dass die Debitorenbuchhaltung anders als die Gewinn- und Verlustrechnung stets Bruttowerte enthalte. Zweitens werde der bilanzielle Umsatzerlös der Bg durch vertraglich vereinbarte Rückzahlungen der Bg an die Ag geschmälert. Wie die Bg hierzu erläuternd ausführt, erfolge die Abrechnung der für die Ag erbrachten Mobilitätsleistungen auf Basis der sog. Selbstkostenerstattung im Sinne des öffentlichen Preisrechts. Hiernach gebe die Ag zunächst nach einer vorkalkulatorischen Preisprüfung die von der Bg kalkulierten Kosten einschließlich einer vereinbarten kalkulatorischen Gewinnmarge frei. Nach Testierung des Jahresabschlusses durch den Wirtschaftsprüfer und Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung der Bg erfolge durch die Ag jährlich eine nachkalkulatorische Preisprüfung. Hierbei würden die tatsächlichen Leistungen und Kosten eines Geschäftsjahrs der Bg auf Basis der „Leitsätze für die Preisermittlung auf Grundlage von Selbstkosten“ (Anlage zur VO PR Nr. 30/53) bewertet. Eine Differenz zwischen der von der Ag an die Bg geleisteten Vergütung und der im Rahmen der Preisprüfung festgestellten Ist-Kosten der Bg zzgl. des kalkulatorischen Gewinns müsse die Bg an die Ag zurückerstatten. Die voraussichtliche Höhe dieses Differenzbetrags stelle die Bg als Rückstellung in die Bilanz als Vorsorge für die zukünftige Zahlung an die Ag ein. Drittens, so die Bg, wirkten sich Überzahlungen aufgrund einer vereinbarten Kraftstoffpauschale erlösschmälernd aus. Die Abrechnung von Kraftstoffaufwendungen mit dem Kunden [...] erfolge im Wesentlichen auf Basis von Kraftstoffpauschalen, die monatlich abgerechnet und nach Beendigung eines

Einzelabrufs auf Basis der gefahrenen Ist-Kilometer abgerechnet werden. Zudem schmälerten Abzüge aufgrund der sog. Minderkilometerabrechnung die Umsatzerlöse der Bg. Denn die [...] könne für den Abruf von Mobilitätsleistungen der Bg eine Laufleistung pro Jahr festlegen. Wenn diese maximale Laufleistung nicht erreicht werde, erhalte die [...] für jeden nicht gefahrenen Kilometer eine fixierte Pauschale. Diese Erlösschmälerungen seien in den Anhängen zu den Jahresabschlüssen der Bg sowie in den Erläuterungen zur Gewinn- und Verlustrechnung zum Bericht des Wirtschaftsprüfers enthalten.

Zur von der ASt angesprochenen [...]gruppe führt die Bg aus, dass es sich hierbei nicht um einen über eine Kooperationsvereinbarung oder anderweitig institutionalisierten Unternehmensverbund handele. Die Mitglieder dieser Gruppe seien selbstständige Gesellschaften, deren Jahresabschlüsse nicht miteinander konsolidiert werden. Es existierten lediglich einzelne Vertragsbeziehungen der Bg zu der [...] GmbH und der [...] GmbH. So habe die Bg mit der [...] GmbH Rahmenverträge mit Dritten zur Beschaffung von Fahrzeugen und fahrzeugbezogenen Dienstleistungen zur Deckung des jeweils eigenen Bedarfs abgeschlossen, beide Unternehmen träten hier als eigenständiger Besteller und Rechnungsempfänger auf. Die Bg bestätigt, dass die [...]gruppe ihre Fahrzeugbedarfe bündele, weil ihr die Fahrzeughersteller wie anderen ehemaligen Bundesbehörden auch beim Fahrzeugkauf Sonderkonditionen, insbesondere Mengenrabatte, einräumten. Beim Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen erbringe die [...] GmbH gegen eine Vergütung Dienstleistungen für die Bg, indem sie den Verkauf der Fahrzeuge im Namen der Bg organisiere. Aus der Aufbauphase der Bg gebe es eine rahmenvertragliche Regelung mit der [...] GmbH zur Überlassung von Fahrzeugen, die jedoch seit mehreren Jahren nicht mehr angewendet werde, da die Bg die benötigten Fahrzeuge inzwischen selbst von privaten Dritten beschaffe. Außerdem bestehe aus der Aufbauphase der Bg eine Managementvereinbarung mit der [...] GmbH, wonach Personal der [...] GmbH Aufgaben für die Bg wahrnehme. Da die Bg mittlerweile selbst über hinreichende Personalressourcen verfüge, werde diese Vereinbarung ebenfalls nicht mehr angewendet. Für die Betreuung von Privatkunden beim Carsharing nutze die Bg Softwarelösungen der [...] GmbH, zudem könne ein Carsharing-Kunde auf die Carsharing-Flotte des jeweils anderen Unternehmens zugreifen, wenn eigene Fahrzeuge nicht verfügbar seien. Die Umsätze für die Nutzung von Fahrzeugen der Bg durch Kooperationspartner betrügen 2013: 11.371 €, 2014: 37.834 € und 2015: 76.451 €. Die Umsätze im Bereich Carsharing zur privaten Nutzung betrügen

2013: rund 31.000 €, 2014: rund 94.000 € und 2015: rund 375.000 €. Die Bg führt aus, dass sie keine Angaben zu den Gesamtumsätzen der [...]gruppe machen könne, sie wisse nicht einmal, ob die Umsätze der einzelnen Unternehmen überhaupt irgendwo kumuliert erfasst werden würden.

Zur Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe trägt die Bg Folgendes vor:

Auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag sei unmittelbar § 108 Abs. 1 GWB n.F. anwendbar, denn bei einer Direktvergabe sei die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also nach dem 18. April 2016, maßgeblich. Doch selbst wenn das neue GWB noch nicht anwendbar sei, entfalte Art. 12 RL 2014/24/EU eine Vorwirkung, dass das nationale Recht entsprechend richtlinienkonform und -freundlich auszulegen sei. Für die Erfüllung des „Kontrollkriteriums“ i.S.d. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. sei an die Gebietskörperschaft Bundesrepublik Deutschland anzuknüpfen. Diese könne nicht in einzelne Organe oder Teile wie „[...]“ oder „[...]“ aufgespaltet werden, letztere könnten gar nicht Inhaber von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen sein. Aufgrund seiner Beteiligungsverhältnisse übe vorliegend der Bund die Kontrolle über die Bg „wie über eine eigene Dienststelle“ aus (75,1% der Geschäftsanteile halte der Bund unmittelbar und 24,9% der Geschäftsanteile mittelbar über die [...], die eine 100%ige Tochter des Bundes sei).

Darüber hinaus werde die Bg im Wesentlichen für die Ag tätig. Bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre erziele die Bg durchschnittlich 93,9% ihres Gesamtumsatzes direkt mit der Ag bzw. sogar noch mehr, wenn man die Leistungsbeziehungen der Bg mit den von der Ag kontrollierten Personen berücksichtige wie der [...] GmbH, der [...] und dem Bundesamt für [...]. Die Tätigkeiten der Bg im Zusammenhang mit Auslandseinsätzen der [...] oder Einsätzen der [...] kämen ebenfalls aufgrund von Aufträgen des Bundes zustande. Anders als die ASt meine, seien die Erlöse aus dem Fahrzeugverkauf nicht den Fremdotsätzen zuzurechnen, weil auch diese Erlöse aufgrund einer Vergabeentscheidung der Ag erzielt würden. Der Abverkauf der Fahrzeuge sei eine reine Verwertung von Anlagevermögen. Wie sich aus § 108 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 7 GWB n.F. ergebe, die auf die Tätigkeiten oder Gesamtumsätze der „juristischen Person“ abstellten, seien zur Berechnung des „inhouse-schädlichen“ Fremdotsatzes ausschließlich die Umsätze der Bg zu berücksichtigen, jedoch nicht die Umsätze anderer Personen. Die punktuelle Kooperation der Bg mit einzelnen Unternehmen der [...]gruppe, vor allem beim Ein- und Verkauf des Betriebsmittels

„Fahrzeuge“, diene der Bg lediglich zur Deckung ihres eigenen Beschaffungsbedarfs. Ein sog. „Anschaffungsumsatz“, den die ASt dem Drittgeschäft zurechnen wolle, existiere nicht. In der mündlichen Verhandlung trägt die Bg vor, dass sie den verfahrensgegenständlichen Auftrag selbst und ohne Rückgriff auf Ressourcen der Mitglieder der [...]gruppe ausführen werde, sie plane, zusätzlich qualifiziertes Personal einzustellen.

Schließlich sei an der Bg kein privates Kapital direkt beteiligt i.S.d. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F., denn die Bg befände sich zu 100% in Bundesvermögen. Die Beteiligungsverhältnisse und die Beherrschung der Bg durch die Ag stellten sicher, dass die Bg ausnahmslos die Interessen der Ag, also öffentliche Interessen, verfolge. Gesellschaftsvertraglich gewährleiste insbesondere § 4 Abs. 3 GesV, dass es auch zukünftig zu keiner privaten Kapitalbeteiligung an der Bg komme. Denn nach dieser Regelung bedürften Verfügungen über Geschäftsanteile der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, wobei der Bund berechtigt ist, der [...] die Zustimmung zur Verfügung über ihre Geschäftsanteile zu verweigern. Die Ag könne zudem jederzeit die Geschäftsanteile der [...] wieder übernehmen, sogar äußerst kurzfristig, wenn die „Inhouse-Fähigkeit“ der Bg in Frage stehen sollte (§ 2 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 8 Gesellschaftervereinbarung). Anders als es die ASt vortrage, bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine unmittelbar bevorstehende Teilprivatisierung der [...].

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 26. April 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Soweit die Verfahrensbeteiligten nach der mündlichen Verhandlungen in nicht nachgelassenen Schriftsätzen neue Tatsachen vorgetragen haben, werden diese im Hinblick auf die den Beteiligten obliegende Verfahrensförderungspflicht, § 113 Abs. 2 GWB, bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. November 2003, VII-Verg 22/03; und vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06).

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 17. Mai 2016 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 19. Mai 2016 einschließlich verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Die Ag darf den verfahrensgegenständlichen Auftrag an die Bg im Wege einer vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe erteilen.

Das Nachprüfungsverfahren richtet sich gemäß § 186 Abs. 2 GWB nach der bis zum 18. April 2016 geltenden Fassung des GWB. Bei Auftragsvergaben ohne geregeltes Vergabeverfahren wie hier ist diesbezüglich auf die nach außen erkennbar gewordene Umsetzung eines internen Beschaffungsbeschlusses eines öffentlichen Auftraggebers abzustellen; Voraussetzung ist, dass der öffentliche Auftraggeber über das Stadium bloßer Vorbereitungshandlungen oder Vorstudien des Marktes hinaus organisatorische und planerische Maßnahmen ergriffen hat, um einen konkreten Auftragnehmer zu ermitteln (OLG Celle, Beschluss vom 30. Oktober 2014, 13 Verg 8/14; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10 m.w.N.). Dies ist hier durch das Schreiben der Ag an die ASt am 28. Januar 2016 geschehen, in dem die Ag die ASt über den Beschluss [...] vom 28. Januar 2016 informiert hat, in der sowohl der vorgesehene zukünftige Vertragspartner, der Umfang des von diesem zu erbringenden Auftrags („Qualität und Umfang der Dienstleistung bleiben grundsätzlich unverändert“) sowie die verbindliche Entscheidung, dass mit der Bg entsprechende Verhandlungen aufzunehmen sind, bereits festgelegt waren. Dass dieser Vertrag erst nach dem Inkrafttreten des aktuellen GWB abgeschlossen werden soll, steht der Anwendbarkeit des bisherigen Vergaberechts nicht entgegen, weil gemäß § 186 Abs. 2 GWB für die Frage, unter welches Recht eine Auftragsvergabe fällt, auf jeden Fall – also auch bei nicht förmlichen Vergaben wie hier – auf den Beginn, nicht jedoch den Abschluss dieses Verfahrens abzustellen ist. Dies gilt gemäß § 186 Abs. 2 GWB ausdrücklich auch für sich an eine solche Auftragsvergabe „anschließende Nachprüfungsverfahren“.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Vor allem ersucht die ASt keinen vorläufigen Rechtsschutz, für dessen Gewährung der Vergaberechtsweg nicht eröffnet wäre. Denn das von der ASt beanstandete Verfahren hat bereits durch die Mitteilung der Ag an die ASt vom 28. Januar 2016 begonnen, dass aufgrund des Beschlusses [...] Vertragsverhandlungen über

die zukünftigen [...]fahrten ausschließlich mit der Bg aufgenommen würden (s.o.). Um effektiven Vergaberechtsschutz zu gewährleisten, ist gerade die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers – wie hier –, kein förmliches Vergabeverfahren einzuleiten, von den Nachprüfungsinstanzen überprüfbar (vgl. nur EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03).

Auch sonst bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Vor allem ist die ASt antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Denn sie trägt vor, durch die Entscheidung der Ag, die [...]fahrten anders als bisher nicht förmlich zu vergeben, sondern zukünftig von der Bg durchführen zu lassen, an der Abgabe eines eigenen Angebots gehindert zu sein. In einem solchen Fall dokumentiert ein Unternehmen sein Auftragsinteresse i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB hinreichend durch seinen Nachprüfungsantrag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11, und vom 14. Januar 2009, VII-Verg 59/08). Des Weiteren macht die ASt, indem sie sich dagegen wendet, sich nicht an der Vergabe dieses Auftrags in einem förmlichen, wettbewerblichen Vergabeverfahren beteiligen zu können, geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 GWB verletzt zu sein. Durch die behauptete Rechtsverletzung droht ihr auch ein Schaden zu entstehen, da die ASt sich am Vergabewettbewerb hätte beteiligen können und bei ordnungsgemäßer Vergabe eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie hier einem potentiellen Bieter mitteilt, keine Angebote einholen, sondern einen Auftrag vergaberechtsfrei erteilen zu wollen, trifft das betreffende Unternehmen keine Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10).

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, weil die Ag den verfahrensgegenständlichen Auftrag ohne förmliches Vergabeverfahren an die Bg erteilen darf (dazu unter a)). Auch die weiteren von der ASt vorgetragenen Vergaberechtsverstöße verhelfen ihrem Nachprüfungsantrag nicht zum Erfolg (dazu unter b)), dasselbe gilt für die Hilfsanträge der ASt (dazu unter c)).
 - a) Bei der Bg handelt es sich um eine Einrichtung, an die die Ag Aufträge „inhouse“, also vergaberechtsfrei, vergeben darf. Zwar ist der ASt zuzugeben, dass es insoweit nicht auf die entsprechende Formulierung in § 2 GesV ankommt, nach der es sich bei der Bg um eine Inhouse-Einrichtung handelt. Entscheidend ist vielmehr, dass hier ausweislich der von der Bg vorgelegten und durch ihre durch unabhängige Wirtschaftsprüfer testierten Jahresabschlüsse belegten Daten die materiellen Voraussetzungen für eine Inhouse-

Vergabe vorliegen. Denn die Ag übt über die Bg eine ähnliche Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststelle (dazu unter aa)), die Bg ist im Wesentlichen für die Ag tätig (dazu unter bb)) und an der Bg ist auch kein privates Kapital beteiligt (dazu unter cc)).

Zwar ist das vorliegende Verfahren nach dem Ende Januar 2016 geltenden Recht zu entscheiden, jedoch kommt der RL 2014/24/EU, die bei Beginn des Vergabeverfahrens bereits in Kraft, aber erst zum 18. April 2016 umzusetzen war, für die Auslegung des nationalen Vergaberechts unter bestimmten Voraussetzungen eine sog. Vorwirkung zu. Diese Wirkung (effet utile) des höherrangigen EU-Vergaberechts wäre beeinträchtigt, wenn ein Mitgliedstaat sein nationales Vergaberecht so auslegen und anwenden würde, dass das mit der Neuregelung verfolgte Ziel, die Dienstleistungsfreiheit EU-weit einheitlich zu gewährleisten und die nationalen Beschaffungsmärkte für den unverfälschten Bieterwettbewerb zu öffnen, gefährdet wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 28. Januar 2015, VII-Verg 31/14 m.z.N.; und vom 19. November 2014, VII-Verg 30/14). Da die Neukodifizierung (u.a.) der Inhouse-Vergabe in Art. 12 RL 2014/24/EU den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum gewährt, sind somit die unbestimmten, auch in der ständigen deutschen Vergaberechtspraxis anerkannten Rechtsbegriffe, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag vergaberechtsfrei im Wege eines Inhouse-Geschäfts abgeschlossen werden darf, richtlinienkonform auszulegen. Abgesehen hiervon kodifiziert Art. 12 RL 2014/24/EU ohnehin weitestgehend die bisherige ständige Rechtsprechung des EuGH, so dass sich die Rechtslage insoweit nicht wesentlich geändert hat. Auf etwaige Besonderheiten in der neuen Rechtslage, insbesondere im Zusammenhang mit dem sog. Wesentlichkeitskriterium, wird unten näher eingegangen.

aa) Eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe setzt zunächst voraus, dass der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person, die den Auftrag erhalten soll (hier die Bg), eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Art. 12 Abs. 1 lit. a) und Art. 12 Abs. 1 Satz 2 RL 2014/24/EU entspricht insoweit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (Urteile vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03; und vom 18. November 1999, Rs. C-107/98). „Kontrollierende Stelle“ in Bezug auf die Bg ist hier die Ag, also die Bundesrepublik Deutschland. Nur diese ist ein öffentlicher Auftraggeber (hier: i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB), da durch den verfahrensgegenständlichen Vertrag der Bund als Gebietskörperschaft berechtigt und verpflichtet wird. Der [...] handelt dementsprechend aufgrund des bei ihm bestehenden Beschaffungsbedarfs ausschließlich als Vergabestelle und Vertreter des Bundes.

Der Bund kontrolliert die Bg „wie eine eigene Dienststelle“. Maßgeblich hierfür ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen (hier: der Bg) ausübt. Art. 12 Abs. 1 S. 2 RL 2014/24/EU kodifiziert insoweit lediglich die bisherige Rechtsprechung des EuGH (Urteile vom 10. September 2009, Rs. C-573/07 m.w.N.; und vom 15. November 2008, Rs. C-324/07). Im vorliegenden Fall manifestiert sich der ausschlaggebende Einfluss des Bundes in zahlreichen Regelungen des Gesellschaftsvertrags der Bg, zu denen im Folgenden näher ausgeführt wird. Gemäß § 6 Abs. 1 bis 3 GesV werden die Geschäftsführer der Bg durch die Gesellschafterversammlung, in der die Ag mit 75,1% der Geschäftsanteile die deutliche Mehrheit hat, bestellt, angestellt und ggf. abberufen, die Gesellschafter dürfen der Geschäftsführung Weisungen erteilen, insbesondere kann der Gesellschafter Bund geschäftsleitende Weisungen erteilen und Richtlinien für die Geschäftspolitik aufstellen. Bestimmte, für die Gesellschaft der Bg besonders bedeutende Geschäfte dürfen nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden, nämlich u.a. der Abschluss, die Änderung oder Aufhebung von Unternehmensverträgen, die Bestellung von Prokuristen sowie die Erteilung und der Widerruf von Generalvollmachten, Änderungen in der Zusammensetzung der ersten Führungsebene unterhalb der Geschäftsführung, der Abschluss oder die Änderung von Verträgen zwischen der Bg und ihren Gesellschaftern (wozu auch die für die Ag auszuführenden, verfahrensgegenständlichen [...]fahrten zählen dürften) und die endgültige Festlegung des jährlichen Geschäftsplans und der Mehrjahresplanung (s. § 8 Abs. 3 Nr. 3, 7, 12, 15 und 18 GesV, § 8 Abs. 5 GesV i.V.m. § 14 und Anlage 2 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Bg). Darüber hinaus hat der Bund über den Aufsichtsrat der Bg erhebliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten auf dieses Unternehmen. Von den insgesamt sechs Aufsichtsratsmitgliedern wird eines vom [...], drei weitere vom Bund entsandt oder abberufen. Die drei Mitglieder darf der Bund der [...] bindend vorgeschlagen (s. hierzu § 10 Abs. 1 GesV). Laut den Jahresabschlüssen 2014 und 2015 der Bg ist es derzeit sogar so, dass alle vier Aufsichtsratsmitglieder aus einem Bundesministerium stammen (die zwei weiteren sind Arbeitnehmervertreter). Dem Aufsichtsrat obliegt u.a. das Recht, endgültig über die Aufnahme neuer Geschäftszweige oder die Aufgabe vorhandener Tätigkeitsbereiche sowie grundlegende Änderungen in der Unternehmens- und Konzernorganisation zu

entscheiden; diese Maßnahmen sind von der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig (§ 8 Abs. 1 GesV). Über diese kraft Gesellschaftsvertrags bestehenden Befugnisse stehen aufgrund der geltenden Mehrheitsverhältnisse somit dem Bund innerhalb der Bg so erhebliche Einflussmöglichkeiten auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Bg zu, dass die Bg wie eine eigene Dienststelle des Bundes im o.g. Sinne anzusehen ist. Aufgrund seiner erheblichen Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung und durch seine personelle Dominanz im Aufsichtsrat braucht der Bund vorliegend auch nicht Alleingesellschafter zu sein, um die ihm zustehenden Befugnisse erfolgreich durchsetzen zu können. Anders als die ASt meint, verlangt daher auch Art. 12 RL 2014/24/EU oder die bisherige Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe keine vollständige Kontrolle über die Inhouse-Einrichtung – erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr der „ausschlaggebende Einfluss“ des öffentlichen Auftraggebers (s.o.), der hier seitens des Bundes gegenüber der Bg gegeben ist.

Vor diesem Hintergrund kommen den Geschäftsführern nur vergleichsweise geringe Einflussmöglichkeiten auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Bg zu. Nur im o.g. Rahmen, also ggf. nur mit vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats und im Rahmen deren Weisungen (vor allem des Gesellschafters Bund) können diese ihre Tätigkeit ausüben (vgl. § 6 GesV). Soweit die ASt diesbezüglich auf den Geschäftsführer [...] abstellt, trifft es zwar zu, dass dieser früher von der [...] GmbH gestellt wurde. Seit dem 1. Januar 2015 ist dieser Geschäftsführer jedoch ausschließlich für die Bg tätig (s. Jahresabschluss der Bg 2014, [...]). Auch über diesen Geschäftsführer kann daher – soweit man der Geschäftsführung der Bg überhaupt ausschlaggebende Einflussmöglichkeiten zubilligen würde (quod non) – spätestens seit Ende 2014 keine andere Person neben dem Bund Einfluss auf die Bg ausüben und nur darauf kommt es für die aktuelle Auftragsvergabe auch an. Entgegenstehende Erkenntnisse hat auch die ASt nicht vorgetragen.

- bb) Auch das zweite Inhouse-Kriterium, dass die kontrollierte Person wesentlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss („Wesentlichkeitskriterium“), ist im Fall der Bg erfüllt.

Da hier die Bundesrepublik Deutschland der Auftraggeber ist (s.o. unter 2a)aa)), sind alle Tätigkeiten der Bg als („inhouse-unschädliches“) Eigengeschäft anzusehen, die für dem Bunde zuzurechnende Stellen erbracht werden, also für andere Ministerien, wie hier vor allem das [...], und für die[...] GmbH, die [...] GmbH und die [...] mbH) oder für Bundesbehörden, -anstalten oder -ämter, wie das Bundesamt für [...]. Des Weiteren zählen hierzu die Leistungen, die die Bg laut ihrem (bestätigten, aber noch nicht veröffentlichten) Jahresabschluss 2015 im Rahmen der [...] oder der [...] erbringt, weil diese Aufträge ihr ebenfalls über den Bund/das [...] erteilt werden.

Unter Berufung auf Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU meint die ASt, dass in Abweichung von der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums nur solche Tätigkeiten berücksichtigt werden dürften, die hoheitlicher Natur seien; die ASt bezieht sich diesbezüglich auf die neue Formulierung „betraut“ in Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU (am Ende). Die bisherige Rechtsprechung hatte diesbezüglich lediglich die Voraussetzung aufgestellt, dass die zu beauftragende Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diejenige Körperschaft verrichten muss, die ihre Anteile innehat, aber nur im untergeordneten Maße für andere Wirtschaftsteilnehmer. Maßgeblich war also, inwieweit die betreffende Einrichtung für den öffentlichen Auftraggeber tätig wird, der sie kontrolliert (vgl. EuGH, Urteile vom 10. September 2009, Rs. C-573/07 m.w.N.; und vom 11. Mai 2006, Rs. C-340/04). Ob diese Tätigkeit dem hoheitlichen oder fiskalischen Bereich zuzuordnen war, spielte keine Rolle. Wenn Inhouse-Aufträge zukünftig nur noch an solche Einrichtungen erteilt werden dürften, deren wesentliche Tätigkeit (laut Art. 12 RL 2014/24/EU zu mehr als 80%) bisher den hoheitlichen (nicht fiskalischen) Bereich betrifft, würde dies den Kreis der „inhouse-berechtigten“ Einrichtungen erheblich einschränken. Dass dies gesetzgeberisch so gewollt war, ist der Richtlinie 2014/24/EU nicht zu entnehmen (vgl. insbesondere die Erwägungsgründe 31 ff. der RL 2014/24/EU). Auch die Begründung zum Entwurf der deutschen Umsetzungsnorm (§ 108 GWB n.F.) sagt zu einer solchen erheblichen Verringerung des bisher für zulässig erachteten Anwendungsbereichs des Inhouse-Regimes nichts; im Gegenteil wird hier auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen, dass es bei diesem Tatbestandsmerkmal (nur) darauf ankomme, dass „die beauftragte juristische Person im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss“ (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 80), ohne dass insoweit zwischen hoheitlichen und fiskalischen Aufgaben differenziert wird. Die Auffassung der ASt, dass jede Tätigkeit „inhouse-

schädlich“ sei, die – weil nicht hoheitlich – auch von Privaten erbracht werden kann, hätte zur Folge, dass eine Vielzahl von derzeit üblichen Inhouse-Vergaben (etwa die Sammlung und Behandlung von Abfällen) nicht mehr durchgeführt werden dürften. Allein die Tatsache, dass wegen der Inhouse-Vergabe ein Auftrag dem Vergabewettbewerb entzogen und ein privates Unternehmen keine Chance hat, diesen Auftrag zu erhalten, führt jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit der Inhouse-Vergabe. Auch der EuGH prüft deren Voraussetzungen unabhängig davon, ob durch die Inhouse-Vergabe an eine bestimmte Einrichtung ein privates Unternehmen zunächst diskriminiert wird und stellt dann ggf. fest, dass bei Erfüllung der Inhouse-Kriterien die allgemeinen EU-Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz nicht gelten (vgl. nur EuGH, Urteile vom 13. Juni 2013, Rs. C-386/11; und vom 13. Oktober 2005, Rs. C-458/03 m.w.N.). Wenn die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe zudem nie vorlägen, wenn diese Einrichtung im Wettbewerb mit Privaten tätig wird, würde zudem das zweite Inhouse-Kriterium sinnlos sein, wonach die Inhouse-Einrichtung zumindest in unwesentlichem Umfang auch für Private, also auf privaten Märkten, tätig werden darf (und dennoch eine Inhouse-Einrichtung bleibt).

Diesen Schlussfolgerungen steht auch die Rechtsprechung, auf die sich die ASt zum Beleg ihrer Argumentation beruft, nicht entgegen. Diese betraf die sog. interkommunale Zusammenarbeit, also Verträge zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern zur Erbringung einer im öffentlichen Interesse liegenden öffentlichen Dienstleistung. Solche Vereinbarungen hat der EuGH neben den Fällen der Inhouse-Vergabe stets ausdrücklich als zweite Ausnahmegruppe vom EU-Vergaberecht gesehen („zwei Arten von Aufträgen [fallen] ..., obwohl sie von öffentlichen Einrichtungen vergeben werden, nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union“, vgl. EuGH, Urteile vom 13. Juni 2013, Rs. C-386/11; vom 19. Dezember 2012, Rs. C-159/11). Dass diese Unterscheidung von zwei unterschiedlichen Fallgruppen nicht aufgegeben werden sollte, ergibt sich nunmehr aus Art. 12 Abs. 1 bis 3 RL 2014/24/EU, § 108 Abs. 1 bis 5 GWB n.F. einerseits (zur Inhouse-Vergabe) und der weiteren Regelung in Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU, § 108 Abs. 6 GWB n.F. andererseits (zur interkommunalen Zusammenarbeit). Der ASt mag zugestanden werden, dass die Fälle der interkommunalen Zusammenarbeit ebenso wie die der Inhouse-Vergabe zur selben Rechtsfolge führen, nämlich dass das EU-Vergaberecht nicht anwendbar ist. Beide Fallgruppen sind nunmehr zudem in derselben Norm geregelt (Art. 12 RL 2014/24/EU bzw. § 108 GWB n.F.) und werden beide unter der

Überschrift „Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“ bzw. „Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“ zusammengefasst. Dennoch handelt es sich hierbei aber (weiterhin) um zwei eigenständige Fallgruppen, die dementsprechend unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen unterliegen, die nicht ohne Weiteres auf die jeweils andere Fallgruppe übertragen werden können. Dementsprechend stellen auch nur die Regelungen über die interkommunale Zusammenarbeit die Voraussetzungen auf, dass eine „öffentliche Dienstleistung“ zur Erreichung „öffentlicher Interessen“ erbracht wird (s. Art. 12 Abs. 4 lit. a), b) RL 2014/24/EU, § 108 Abs. 6 Nr. 1, 2 GWB n.F.), jedoch nicht die Vorschriften über die Inhouse-Vergabe.

„Inhouse-schädliche“ Fremdgeschäfte der Bg sind folglich nur jene Tätigkeiten, die nicht für den Bund, sondern für Dritte (Private) erbracht werden. Hierbei handelt es sich um das Carsharing, soweit dies Privatpersonen oder Angehörigen der [...] außerhalb deren dienstlicher Stellung zugutekommt, also [...] für private Zwecke und der [...]. Die Umsätze der Bg aus solchen Carsharing-Tätigkeiten betragen 2015: ca. 375.000 €. Des Weiteren fallen hierunter die Entgelte, die die Bg aus der Überlassung ihrer Fahrzeuge an die übrigen Mitglieder der [...]gruppe erhält. Dies waren 2015: ca. 76.500 €. Die Umsätze der Bg aus Fremdgeschäften betragen 2015 damit ca. 451.500 €.

Da der Umsatz der Bg für das Jahr 2015 ca. 283 Mio. € beträgt (s. noch nicht veröffentlichter Jahresabschluss 2015) liegt der Anteil aus den o.g. Fremdgeschäften hieran 2015 somit bei ca. 0,16%.

Dieses Verhältnis stellt sich für die Jahre 2013 und 2014 noch geringer dar. Für 2013 gilt:

privates Carsharing: ca. 31.000 €,

Fahrzeugüberlassung: ca. 11.400 €,

also Anteil dieser „Fremdgeschäfte“ am Gesamtumsatz 2013 (ca. 284 Mio. €) ca. 0,01%;

für 2014 gilt:

privates Carsharing: ca. 94.000 €,

Fahrzeugüberlassung: ca. 37.800 €,

also Anteil dieser Fremdgeschäfte am Gesamtumsatz 2014 (ca. 273 Mio. €) ca. 0,05%.

Demgegenüber ist der Verkauf der von der Bg zuvor genutzten Fahrzeuge nicht als Umsatz aus Fremdgeschäften zu berücksichtigen, denn hierbei handelt es sich um keinen Umsatz im betriebswirtschaftlichen Sinne. Der Betriebszweck der Bg besteht gemäß § 3 Abs. 1 GesV in der Erbringung von Mobilitätsdienstleistungen. Der Verkauf der zuvor genutzten, nunmehr zur weiteren ordnungsgemäßen Erbringung ihrer Mobilitätsdienstleistungen zu ersetzenden Fahrzeuge dient also nicht diesem Betriebszweck, sondern ist – so auch in den Jahresabschlüssen der Bg ausgewiesen – ein außerordentlicher betrieblicher Vorgang (Veräußerung von Anlagegegenständen), die deshalb in der Gewinn- und Verlustrechnung der Bg nicht unter die „Umsatzerlöse“ fallen, sondern als „sonstige betriebliche Erträge“ geführt werden. Etwas anderes würde dann gelten, wenn die unternehmerische Tätigkeit der betreffenden Einrichtung – anders als im Fall der Bg – im Kern aus solchen Handelsgeschäften bestünde. Unabhängig davon sind die Erträge aus Fahrzeugverkäufen in den letzten Jahren bei der Bg so gering (2013: 17,5 Mio. €, 2014: 19,3 Mio. € und 2015: 19,9 Mio. €), dass sie am o.g. Ergebnis nichts ändern. Der Anteil der Fremdgeschäfte am Gesamtumsatz der Bg betrage 2013 dann ca. 6,2%, 2014 ca. 7,1% und 2015 ca. 7,2%.

Um „Umsatz“ im betriebswirtschaftlichen Sinn handelt es sich ebenfalls nicht bei den Sonderkonditionen, insbesondere Mengenrabatten, die die Bg laut ihrer Aussage als „Bundesbehörde“ genießt. Hierbei handelt es sich lediglich um geldwerte Vorteile, jedoch nicht um „Umsatz“, den die Bg mit ihrem Betriebszweck, Mobilitätsdienstleistungen zu erbringen, erzielt.

Des Weiteren sind der Bg keine Umsätze anderer Unternehmen der [...]gruppe oder sogar der [...] zuzurechnen. Die Bg nimmt zwar Fahrzeugbeschaffungsausschreibungen für diese Gruppe vor, überlässt dieser ggf. eigene Fahrzeuge gegen Entgelt (s.o.) oder nutzt die Autohäuser des [...], um ihre nicht mehr benötigten Fahrzeuge an Dritte zu verkaufen. Dennoch handelt es sich bei sämtlichen Beteiligten um unabhängige, eigenständige Unternehmen. Auch die ASt geht davon aus, dass die Tätigkeit anderer Unternehmen nur dann bei der Bestimmung des Fremdgeschäftsanteils einer Inhouse-Einrichtung zu berücksichtigen sind, wenn diese Unternehmen wirtschaftlich, rechtlich, vertraglich und personell miteinander verbunden und aufeinander angewiesen sind (so auch OLG Celle, Beschluss vom 29. Oktober

2009, 13 Verg 8/09). Dies ist hier nicht der Fall. Die Bg verfügt selbst über eine ausreichende Zahl von Fahrzeugen und Personal (s. z.B. laut ihrem Jahresabschluss 2014 insgesamt über ca. 26.700 neue Fahrzeuge (davon 96 für das Carsharing für Private) und ca. 375 Mitarbeiter). Ca. 800 Mitarbeiter der Bg wurden gerade im verfahrensgegenständlichen Bereich Chaffeurdienstleistungen von der [...] beigestellt, also von der Ag und nicht von Unternehmen der [...]gruppe. Selbst wenn es für die Bestimmung des Fremdgeschäftsanteils nicht allein auf die „während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags“ erbrachten Tätigkeiten ankäme (vgl. Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU), sondern auch auf den an die Inhouse-Gesellschaft erst zu vergebenden Auftrag, änderte sich an der wirtschaftlichen, organisatorischen und personellen Unabhängigkeit der o.g. Unternehmen nichts, wenn die Bg ab August 2017 die verfahrensgegenständlichen Chaffeurdienstleistungen erbringen sollte. Denn anders als die ASt vermutet, will die Bg hierzu nicht auf Personal, Fahrzeuge oder IT-Ausrüstung der [...]gruppe zurückgreifen, sondern auf ihr eigenes Equipment bzw. ggf. neues Personal einstellen. Angesichts der besonderen Eignungsanforderungen der Ag, die diese bisher in den Vorgängeraufträgen aufgestellt hat und die laut Beschluss [...] „grundsätzlich unverändert“ beibehalten werden sollen, ist zudem noch nicht einmal erkennbar, dass das Personal der [...]gruppe für Chaffeurdienstleistungen überhaupt ohne Weiteres einsetzbar wäre, selbst wenn die Bg hierauf zurückgreifen wollte.

Die ASt sieht einen weiteren Vergaberechtsverstoß darin, dass die [...] GmbH durch die beabsichtigte Inhouse-Beauftragung besser gestellt werde als andere dritte Unternehmen, indem sie von der Bg angeblich zur Durchführung bestimmter Leistungen herangezogen werde. Unabhängig davon, dass die ASt nichts dazu ausgeführt hat, welche Vergabevorschriften außerhalb der Inhouse-Voraussetzungen hier tangiert sein könnten, trifft nach dem soeben Gesagten bereits die Ausgangsvermutung der ASt nicht zu, dass die Bg den verfahrensgegenständlichen Auftrag nicht mit eigenen Mitteln ausführen, sondern auf irgendein Unternehmen der [...]gruppe zurückgreifen wird.

Da der Anteil der Fremdgeschäfte der Bg an ihrem Gesamtumsatz in den letzten drei Jahren zwischen ca. 0,1 und 0,16% lag (bzw. bei Berücksichtigung der Fahrzeugverkäufe höchstens bei ca. 7,2%), kommt es nicht darauf an, ob für die Frage, ob eine Inhouse-Einrichtung im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig

war, auf die neue Rechtslage nach Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU abzustellen ist (mindestens 20%) oder auf die bisherige Rechtsprechung, die einen Fremdgeschäftsanteil i.H.v. ca. 10% als „inhouse-schädlich“ angesehen hat (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, 1 Verg 5/10; OLG Celle, Beschlüsse vom 17. Dezember 2014, 13 Verg 3/13; und vom 29. Oktober 2009, 13 Verg 8/09).

Die von der Bg mitgeteilten Daten sind verwertbar. Sie beruhen auf von unabhängigen Wirtschaftsprüfern testierten Jahresabschlüssen 2013 bis 2015 sowie der Debitorenbuchhaltung, in der die Bg ihre Geschäftsvorfälle nach Kunden aufgelistet hat. Für den Jahresabschluss 2015 liegt zwar noch nicht der erforderliche Gesellschafterbeschluss sowie die Veröffentlichung im Bundesanzeiger vor. Im Vergleich zu den Vorjahren enthält dieser jedoch keine Auffälligkeiten, die gegen die Richtigkeit dieser vorläufigen Fassung sprechen könnten. Etwaige Zweifel an der Richtigkeit dieser Daten, weil die Umsatzangaben in den Jahresabschlüssen von denen aus der Debitorenbuchhaltung jährlich um ca. 130 Mio. € abweichen, hat die Bg nachvollziehbar mit der nur in den Zahlen der Debitorenbuchhaltung enthaltenen Umsatzsteuer sowie mit mehreren zusätzlichen Effekten erklärt, die sich erlösschmälernd auswirken (Preisprüfungsrisiken, zu viel vereinnahmte Kraftstoffpauschalen, Minderkilometerabrechnung). Dass die letztgenannten Effekte bei der Bg tatsächlich und auch in der von der Bg angegebenen Höhe vorliegen (zwischen 34 und 51 Mio. €), ist wiederum durch Anhang der Jahresabschlüsse der Bg (unter „Rückstellungen“ und „Aufgliederung der Umsatzerlöse“) belegt. Weitere Aspekte, die gegen die dieser Entscheidung zugrunde gelegten Zahlen sprechen könnten, hat auch die ASt nicht vorgetragen.

Anders als die ASt meint, kann für die hier getroffenen Feststellungen auf die Umsätze der Bg abgestellt werden, andere Werte, wie z.B. die Kosten, sind zusätzlich nicht zu berücksichtigen. Dies zeigt Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU, der diesbezüglich ausdrücklich vom Gesamtumsatz „oder“ geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Werten, wie z.B. Kosten, ausgeht. Da hier ein aussagekräftiger Berechnungsansatz – nämlich hinreichend belegte Umsatzangaben – vorliegt, ist die zweite Alternative des Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU nicht näher zu betrachten.

- cc) An der Bg besteht drittens keine direkte private Kapitalbeteiligung, die auch bei einer Minderheitsbeteiligung Privater dazu führen würde, dass die Bg nicht „inhouse-

tauglich“ wäre. Denn die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht auf anderen (mit privaten Interessen zusammenhängenden) Überlegungen als die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele des öffentlichen Auftraggebers (so EuGH, Urteile vom 19. Juni 2014, Rs. C-574/12, und vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03) bzw. das am Kapital der Inhouse-Einrichtung beteiligte private Unternehmen würde sich sonst einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen (so: 32. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU und EuGH, Urteile vom 19. Juni 2014 und vom 11. Januar 2005, jeweils aaO.; vom 22. Dezember 2010, Rs. C-215/09, und vom 15. Oktober 2009, Rs. C-196/08). Einer der beiden Gesellschafter der Bg ist zwar die [...] mit einem Anteil von 24,9%. Außerdem weist die ASt zutreffend darauf hin, dass die [...] in ihrem Tätigkeitsbereich im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht. Bei der Beteiligung der [...] an der Bg handelt es sich jedoch nicht um eine private Beteiligung i.S.d. o.g. Rechtsprechung bzw. des Art. 12 Abs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU, weil sich die [...] zu 100% in Bundeseigentum befindet. Wie nämlich der 32. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU zeigt, ist mit diesem Tatbestandsmerkmal das Kapital eines „privaten Wirtschaftsteilnehmers“ gemeint; der EuGH hat diesbezüglich die Formulierungen „privates Unternehmen“ (s. Urteile vom 15. Oktober 2009, vom 11. Januar 2005, jeweils aaO. und vom 6. April 2006, Rs. C-410/04), „privatwirtschaftliche Einrichtungen“ (s. Urteil vom 19. Juni 2014, aaO.) oder „Privatpersonen“ verwendet (s. Urteil vom 10. September 2009, Rs. C-573/07). „Inhouse-schädlich“ ist also nicht die Kapitalbeteiligung eines im Staatsbesitz befindlichen Unternehmens, auch wenn dieses privatwirtschaftlich tätig ist. Genauso verhält es sich im nationalen Vergaberecht gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. und der entsprechenden Begründung zum Entwurf dieser Norm (BT-Drs. 18/6281, S. 80). Eine andere Auslegung des Begriffs „privater Wirtschaftsteilnehmer“ würde über die bisherige Rechtsprechung sowie den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU sowie § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. hinausgehen. Dasselbe gilt für andere Sprachfassungen des 32. Erwägungsgrunds der RL 2014/24/EU („private economic operator“ bzw. „opérateur économique privé“).

Dass die [...] bzw. [...] demnächst zumindest teilweise an Private veräußert werden sollen, ist rein spekulativ und derzeit jedenfalls noch nicht hinreichend konkret. Ob Private am Kapital einer Inhouse-Einrichtung beteiligt sind, ist jedoch grundsätzlich im Zeitpunkt der Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zu beurteilen, spätere Änderungen sind – um Umgehungen zu vermeiden – ausnahmsweise nur dann zu berücksichtigen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine konkrete Aussicht auf eine

baldige Öffnung der Gesellschaft für privates Kapital besteht (EuGH, Urteil vom 10. September 2009, Rs. C-573/07 m.z.N.). Dies ist hier nicht der Fall, denn die ASt beruft sich lediglich auf unbestätigte Zeitungsberichte. Sollte sich nach einer Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Bg an den Beteiligungsverhältnissen an der [...] etwas ändern, sieht § 2 Abs. 1 Nr. 8 der Gesellschaftervereinbarung aufgrund des dann drohenden Wegfalls der Inhouse-Voraussetzungen im Übrigen ausdrücklich eine Call-Option zugunsten des Anteilseigners Bund vor, so dass die Bg aufgrund eines Rückerwerbs der Anteile der [...] zu 100% in öffentlichem Anteilsbesitz wäre.

- b) Auch die weiteren von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße (gegen § 65 BHO, den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit i.S.d. § 7 BHO sowie den Beschluss [...]) führen nicht zum Erfolg ihres Nachprüfungsantrags. Denn die beiden erstgenannten Regelungen und Grundsätze dienen ausschließlich dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, insbesondere zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen Beschaffung und ordentlichen Verwendung der Haushaltsmittel. Die Frage der Verbindlichkeit bzw. Abänderbarkeit der Beschlüsse des [...] stellt reines Innenrecht des [...] dar. Ein privates Unternehmen wie die ASt kann sich daher auf diese Regelungen auch im Nachprüfungsverfahren nicht berufen.
- c) Da die Hilfsanträge der ASt voraussetzen, dass eine Inhouse-Vergabe an die Bg rechtswidrig ist, führen diese ebenfalls nicht zum Erfolg des Nachprüfungsantrags.
3. Eine Vorlage an den EuGH ist vorliegend nicht angezeigt. Zwar ist die Vergabekammer zu einer solchen Vorlage einerseits berechtigt (s. EuGH, Urteil vom 18. September 2014, Rs. C-549/13), andererseits aber nicht verpflichtet, da sie nicht als letzte Instanz über einen Nachprüfungsantrag entscheidet (s. Art. 267 Abs. 2 AEUV). Abgesehen davon, dass ein Vorabentscheidungsersuchen und die hierzu erforderliche Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens das Beschleunigungsgebot tangiert (§ 113 Abs. 1 GWB), hält die Vergabekammer eine Entscheidung des EuGH über die von der ASt formulierten Vorlagefragen für den Erlass ihrer Entscheidung im Übrigen nicht für erforderlich (s. dazu, dass die Erforderlichkeit der Vorlage allein von der vorlageberechtigten Stelle zu beurteilen ist, nur EuGH, Urteile vom 2. Juni 2005, Rs. C-15/04, Rn. 25 m.w.N.; und vom 16. Juli 1992, Rs. C-67/91, Rn. 25). Denn die Entscheidung der Vergabekammer stützt sich u.a. auf EU-Recht und

lässt dies gerade nicht unangewendet. In einem solchen Fall ist nicht einmal ein letztinstanzliches Gericht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet (s. nur EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. C-283/81, Rn. 13 ff. m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2006, 1 BvR 2085/03).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, da sie ihren Antrag darauf stützt, dass der verfahrensgegenständliche Vertrag nicht mit der Bg abgeschlossen werden dürfe. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13; und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Bg war notwendig. Durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern hierüber hinausgehende Rechtsfragen zur Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann