


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Betriebsführung AZV
Entscheidungsdatum:	03.06.2022
Aktenzeichen:	7 Verg 1/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2022:0603.7VERG1.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 108 Abs 1 Nr 1 GWB, § 108 Abs 3 Alt 2 GWB, § 108 Abs 4 GWB
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 3. Juni 2022 – 7 Verg 1/22 –, juris

Betriebsführung AZV

Leitsatz

Die Ausschreibungsfreiheit eines Vertrages nach § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB (sog. Schwester-Schwester-Vergabe) ist davon abhängig, dass die beiden vertragsschließenden juristischen Personen von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden. An einer solchen Identität des kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers fehlt es, wenn zwar die zu betrauende Einrichtung von dem öffentlichen Auftraggeber i.S.v. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB kontrolliert wird, aber die beauftragende juristische Person von diesem öffentlichen Auftraggeber nur gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 108 Abs. 4 GWB kontrolliert wird.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 24. Februar 2022, 2 VK LSA 10/21

Tenor

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 24. Februar 2022 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin zu tragen. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf eine Gebührenstufe bis zu 155.000,00 € festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines vom Antragsgegner mit der Beigeladenen direkt und ohne ein wettbewerbliches Verfahren geschlossenen Dienstleistungsvertrages.

- 2 Der Antragsgegner ist ein Abwasserzweckverband in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in der Stadt W. . Verbandsmitglieder sind neben der Stadt W. (*künftig: die Stadt W.*) vier weitere Städte, davon drei jeweils nur mit einzelnen Ortschaften, und eine Gemeinde mit vier Ortschaften. Der Antragsgegner ist in seinem Zweckverbandsgebiet für die Beseitigung des Schmutz- und des Niederschlagswassers zuständig.
- 3 Das Hauptorgan des Antragsgegners ist die Verbandsversammlung (§ 6 Abs. 1 Verbandsatzung). Sie setzt sich aus den von den Verbandsmitgliedern gewählten Vertretern zusammen; dabei haben die Verbandsmitglieder je angefangene 5.000 Einwohner eine Stimme (§ 6 Abs. 2 und Abs. 3 Verbandssatzung). Die Verbandsversammlung legt die Grundsätze für die Verwaltung des Zweckverbandes fest und entscheidet über alle Angelegenheiten des Zweckverbandes, soweit nicht die Verbandsgeschäftsführerin kraft Gesetzes bzw. kraft Übertragung durch Satzung oder Beschluss der Verbandsversammlung zuständig ist (§ 7 Abs. 1 Verbandssatzung). In § 7 Abs. 2 Verbandssatzung sind wesentliche, wegen ihrer besonderen Bedeutung für den Zweckverband der Verbandsversammlung vorbehalten Entscheidungen aufgeführt. Die Verbandsversammlung ist berechtigt, jede Angelegenheit an sich zu ziehen und sie ist Dienstvorgesetzte der Verbandsgeschäftsführerin.
- 4 Nach § 9 Abs. 1 Verbandssatzung ist die Verbandsversammlung beschlussfähig, wenn nach ordnungsgemäßer Ladung mehr als die Hälfte der Verbandsmitglieder und mehr als die Hälfte der satzungsmäßigen Stimmen vertreten sind, oder dann, wenn alle Verbandsvertreter der Verbandsmitglieder anwesend sind und keiner eine Verletzung der Vorschriften über die Einberufung rügt. Ist jedoch eine Angelegenheit wegen Beschlussunfähigkeit zurückgestellt worden und wird die Verbandsversammlung zur Verhandlung über den gleichen Gegenstand unter Hinweis auf diese Rechtsfolge zum zweiten Mal einberufen, so ist sie ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Verbandsmitglieder und Stimmen beschlussfähig (vgl. § 9 Abs. 2 Verbandssatzung). Beschlüsse der Verbandsversammlung werden mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst; bei Stimmengleichheit gilt der Antrag als abgelehnt (§ 10 Abs. 2 Verbandssatzung). Anderes gilt lediglich für Beschlüsse nach § 7 Abs. 2 Verbandssatzung; insoweit ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit der satzungsmäßigen Stimmenzahl der Verbandsversammlung und eine Mehrheit der Verbandsmitglieder erforderlich (§ 10 Abs. 3 Verbandssatzung).
- 5 Der Verband hat nach §§ 5, 16 Abs. 1 Verbandsversammlung eine hauptamtliche Verbandsgeschäftsführerin, welche den Zweckverband gerichtlich und außergerichtlich vertritt, die Verwaltung des Zweckverbandes leitet und in eigener Verantwortung die Geschäfte der laufenden Verwaltung erledigt. Sie ist an die Beschlüsse der Verbandsversammlung gebunden (§ 16 Abs. 2 Verbandssatzung).
- 6 Zum Zeitpunkt des streitbefangenen Vertragsschlusses verfügten sämtliche Verbandsmitglieder zusammen über 16 Stimmen; hiervon entfielen auf die Stadt W. acht Stimmen (50 %).

- 7 Die Beigeladene ist ein 100 %-iges Tochterunternehmen der Stadt W. . Der Gegenstand des Unternehmens sind nach § 2 ihres Gesellschaftsvertrages der Betrieb und die Verwaltung je eines Familien- und Freizeitbades und eines Sportbades sowie die Wahrnehmung von Aufgaben und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung sowie der Trinkwasserversorgung zur nachhaltigen Wahrnehmung einer angemessenen Daseinsvorsorge. Nach dem Beteiligungsbericht 2020 der Stadt W. hält die Beigeladene die Geschäftsanteile der Stadt W. an einem gemischt-wirtschaftlichen Mehrsparten-Versorgungsunternehmen (*künftig: die Stadtwerke*) und ist Nutznießerin eines Ergebnisabführungsvertrages mit den Stadtwerken. Im Bericht heißt es u.a., dass die Beigeladene aus dem operativen Geschäft der Bäder keine Gewinne erwirtschaften könne und dauerhaft auf die Ergebnisabführung der Stadtwerke angewiesen sei.
- 8 Im Jahr 2014 schloss der Antragsgegner mit der Antragstellerin, einer mehrheitlich kommunalen Unternehmung zur Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung vor allem im südlichen Sachsen-Anhalt, einen Dienstleistungsvertrag über die technische und kaufmännische Betriebsführung mit einer Laufzeit bis zum 31.12.2022. Die kaufmännische Betriebsführung endete bereits zum 31.03.2022.
- 9 Gemäß dem Beschluss der Verbandsversammlung vom 03.08.2020 beabsichtigt der Antragsgegner, im Rahmen einer Umstrukturierung zu einem Regiebetrieb zurückzukehren und das sog. Kerngeschäft wieder selbst zu erledigen. Die Stadt W. bot dem Antragsgegner unter Vorlage eines entsprechenden, im Auftrag der Beigeladenen erstellten Rechtsgutachtens vom 02.06.2020 an, die kaufmännische Betriebsführung ausschreibungsfrei auf die Beigeladene zu übertragen. Der Antragsgegner holte selbst ein weiteres Gutachten zu rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekten der Umstrukturierung vom 02.12.2020.
- 10 Am 12.07.2021 fasste die Verbandsversammlung den Beschluss 16/2021, einen entgeltlichen Vertrag über die kaufmännische Betriebsführung des Verbandes mit der Beigeladenen zu schließen, der am 01.04.2022 in Kraft treten und für eine Laufzeit von fünf Jahren Gültigkeit haben sollte (vgl. § 10). Der Vertrag wurde von der hiermit beauftragten Verbandsgeschäftsführerin des Antragsgegners und der Betriebsführerin der Beigeladenen am 09.09.2021 unterzeichnet. Der Antragsgegner informierte die Öffentlichkeit am 10.09.2021 auf einer Internetseite über diesen Vertragsabschluss.
- 11 Mit Schriftsatz vom 08.10.2021 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass festgestellt werden möge, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen am 09.09.2021 geschlossene Dienstleistungsvertrag über die kaufmännische Betriebsführung von Anfang an unwirksam ist. Sie hat die Auffassung vertreten, dass keine der in § 108 GWB geregelten Formen der ausschreibungsfreien interkommunalen Zusammenarbeit für den vorliegenden Vertrag einschlägig sei.
- 12 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die nach § 167 Abs. 1 GWB am 12.11.2021 auslaufende Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 09.11.2021 bis zum 17.12.2021, mit

Verfügung vom 13.12.2021 bis zum 21.01.2022 und mit Verfügung vom 18.01.2022 bis zum 25.02.2022 jeweils verlängert. Die Beiladung der Vertragspartnerin des Antragsgegners ist durch einen Beschluss vom 02.12.2021 erfolgt. Die Beteiligten haben einer Verhandlung und Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt.

- 13 Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin durch Beschluss vom 24.02.2022 stattgegeben, also die Unwirksamkeit des Vertrags vom 09.09.2021 festgestellt (Ziffer 1) und dem Antragsgegner für den Fall des Festhaltens an seiner Beschaffungsabsicht aufgegeben, die Leistung im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen (Ziffer 2). Sie hat dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens auferlegt und zugleich festgestellt, dass er von der Entrichtung der Gebühren der Vergabekammer befreit ist (Ziffer 3), und ihn zur Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin verpflichtet (Ziffern 4 und 5).
- 14 Gegen diese ihm am 28.02.2022 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 14.03.2022 erhobene und am selben Tage per beA beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde des Antragsgegners.
- 15 Der Antragsgegner beantragt,
- 16 den Beschluss der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt vom 24.02.2022, 2 VK LVwA 10/21, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen.
- 17 Die Antragstellerin beantragt,
- 18 die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.
- 19 Sie verteidigt im Wesentlichen die angefochtene Entscheidung.
- 20 Der Senat hat am 20.05.2022 einen Termin der mündlichen Verhandlung durchgeführt; wegen des Inhalts der mündlichen Verhandlung wird auf das Sitzungsprotokoll vom selben Tage Bezug genommen.

B.

- 21 Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.
- 22 Die Vergabekammer hat zu Recht darauf erkannt, dass der streitgegenständliche Dienstleistungsvertrag unwirksam ist, weil die Antragstellerin rechtzeitig und begründet geltend gemacht hat, dass der Antragsgegner für die Vergabe dieses Auftrags einer EU-weiten Ausschreibungspflicht unterlegen hat.

- 23 I. Das Rechtsmittel des Antragsgegners ist zulässig. Es ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft und ist nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB frist- und formgerecht beim zuständigen Gericht (§ 171 Abs. 3 Satz 1 GWB) eingelegt worden.
- 24 II. Die Vergabekammer ist in seiner angefochtenen Entscheidung (BA S. 13 bis 15) zu Recht von der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin ausgegangen. Die Antragstellerin ist als bisherige Leistungserbringerin, welche auch weiterhin leistungsbereit ist, nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Eine Rüge des Vergabeverstößes ist nach § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB entbehrlich, weil die Antragstellerin die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB begehrt, welcher ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Supplement des Amtsblatts der Europäischen Union vergeben worden ist und hinsichtlich dessen sie geltend macht, dass eine ausschreibungsfreie Direktvergabe durch das Gesetz nicht eröffnet gewesen sei. Die Vergabekammer hat auch zutreffend festgestellt, dass die spezielle Antragsfrist des § 135 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GWB eingehalten ist, weil der Antrag innerhalb von sechs Monaten ab dem Vertragsschluss anhängig gemacht worden ist. Der Senat folgt der Vergabekammer auch darin, dass die in selber Vorschrift in Alt. 1 geregelte Frist von 30 Kalendertagen nicht einschlägig ist, weil insoweit auf eine - hier nicht vorliegende - unmittelbare Information des Antragstellers durch den öffentlichen Auftraggeber abzustellen ist (vgl. nur Maimann in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, - *künftig*: Röwekamp pp., GWB, ... - § 135 Rn. 41 m.w.N.).
- 25 III. Die Vergabekammer hat in ihrer angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass jedenfalls die Voraussetzungen für die drei nachgenannten Fallgruppen der in § 108 GWB zusammengefassten Tatbestände der Bereichsausnahme von der EU-weiten Ausschreibungspflicht im Hinblick auf sog. Eigengeschäfte der öffentlichen Hand nicht erfüllt sind. Insoweit werden die Feststellungen der Vergabekammer vom Antragsgegner nicht angegriffen.
- 26 1. Vorab ist anzumerken, dass die Beteiligten nicht darüber streiten, dass das streitgegenständliche Rechtsgeschäft dann, wenn keine Bereichsausnahme einschlägig ist, in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fiele und eine EU-weite Ausschreibungspflicht bestünde. Denn der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 3 GWB, er beschafft mit dem Vertrag eine Dienstleistung (kaufmännische Betriebsführung) gegen ein Entgelt, so dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB vorliegt, und der Auftrag hat einen den maßgeblichen Schwellenwert von 214.000,00 € (vgl. § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 1 Nr. 1 lit. c der Delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 KOM, ABl. EU L 279/25) erheblich übersteigenden Netto-Auftragswert.
- 27 2. Die Voraussetzungen einer (vertikalen) einfachen Inhouse-Vergabe i.S.v. § 108 Abs. 1 und Abs. 2 GWB liegen schon deswegen nicht vor (vgl. BA S. 15), weil der Antragsgegner über die 100 %-ige Tochter (*die Beigeladene*) seines Verbandsmitglieds (*der Stadt W.*) keine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt.

- 28 3. Eine Vergabefreiheit nach den Grundsätzen der (horizontalen) institutionellen Kooperation i.S.v. § 108 Abs. 4 GWB kommt nicht in Betracht, weil die Beigeladene keine Einrichtung ist, welche vom Antragsgegner gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern kontrolliert wird (vgl. BA S. 18). Die Beigeladene wird, wie zwischen den Beteiligten unstreitig ist, ausschließlich von der Stadt W. kontrolliert.
- 29 4. Schließlich kann eine Ausschreibungsfreiheit des Dienstleistungsvertrages nicht aus dem Rechtsinstitut der (horizontalen) vertraglichen Kooperation i.S.v. § 108 Abs. 6 GWB hergeleitet werden (vgl. BA S. 19 f.), weil die beabsichtigte und vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen keinem kooperativen Konzept folgt, sondern in einer entgeltlichen Leistungserbringung durch die Beigeladene für den Antragsgegner besteht.
- 30 5. Nur vorsorglich ist darauf zu verweisen, dass sich der Antragsgegner auf eine Ausschreibungsfreiheit nach der Fallgruppe des § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB - der sog. inversen Inhouse-Vergabe - schon nicht beruft. Es ist evident, dass der Antragsgegner nicht der die Beigeladene kontrollierende öffentliche Auftraggeber ist; dies ist die Stadt W.
- 31 IV. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners liegen die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB nicht vor. Während die Beigeladene unstreitig von der Stadt W. kontrolliert wird, wird der Antragsgegner von mehreren Gebietskörperschaften gemeinsam kontrolliert.
- 32 1. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der nationalen Vorschrift des § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB gelten die Regeln des Absatzes 1, also diejenigen der einfachen vertikalen Inhouse-Vergabe, auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die von einer kontrollierten juristischen Person, welche zugleich öffentlicher Auftraggeber i.S. der § 99 Nr. 1 bis Nr. 3 GWB ist, an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber, d.h. dem kontrollierenden Auftraggeber, ebenfalls kontrollierte andere juristische Person vergeben werden. Voraussetzung für die Ausschreibungsfreiheit der sog. Schwester-Schwester-Vergabe ist es danach, dass die beiden vertragsschließenden Einrichtungen von derselben juristischen Person kontrolliert werden.
- 33 2. Die Vergabekammer hat zutreffend festgestellt, dass die Stadt W. zwar über die Beigeladene eine hinreichende Kontrolle i.S.v. § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB ausübt, nicht jedoch über den Antragsgegner (vgl. BA S. 15 bis 18).
- 34 a) Entgegen dem Beschwerdevorbringen des Antragsgegners hat die Vergabekammer dabei nicht etwa auf eine starre Quote der Stimmanteile abgestellt. Die Vergabekammer hat vielmehr ausgeführt, dass das - gegenüber der aus dem Auftragsbegriff abgeleiteten Definition in der früheren Rechtsprechung des EuGH (vgl. nur Urteil v. 18.11.1999, C-107/98 „Teckal Srl ./ Comune di Viano u. AGAC di Reggio Emilia“, NZBau 2000, 90; EuGH, Urteil v. 11.01.2005, C-26/03 „Stadt Halle u. RPL Recyclingpark Lochau GmbH ./ ARGE TREA Leuna“, NZBau 2005, 111; vgl. Wiedemann in: Byok/Jaeger, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 108 Rn. 6 und 39 ff. m.w.N.) neue - Kontrollkriterium gerade nicht auf die Beteiligungsverhältnisse abstellt, sondern auf eine hinreichende Kontrolldichte und Kon-

trollintensität. Die Vergabekammer hat dabei auf typische Parameter für die Beurteilung der Kontrolldichte zurückgegriffen, ohne eine absolute Grenze zu definieren oder anzuwenden.

- 35 b) Für die Frage der Anerkennung des Antragsgegners als eine von der Stadt W. kontrollierte Einrichtung kommt es auf das Maß der Selbständigkeit des Handelns des Antragsgegners im Verhältnis zur Stadt W. an, so dass zutreffend der Blick auf die Gesellschaftsform und die konkrete Verfassung dieser juristischen Person zu richten ist. Der Antragsgegner ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Die Vergabekammer hat die Entscheidungsstrukturen dieser Körperschaft anhand der Verbandssatzung untersucht und zutreffend herausgearbeitet, dass die Stadt W. mit einem 50 %-igen Stimmenanteil zwar quasi ein Vetorecht gegen jegliche Entscheidungen in der Verbandsversammlung ausüben kann, dass sie aber letztlich keine Weisungen gegenüber der Verbandsgeschäftsführerin hinsichtlich der Geschäfte der laufenden Verwaltung des Antragsgegners - zu denen regelmäßig auch Beschaffungen gehören - erteilen kann. Insbesondere hat die Vergabekammer zutreffend erkannt, dass die Stadt W. allein aus eigener Kraft zwar eine Beschlussunfähigkeit der Verbandsversammlung herbeiführen und damit die Ablehnung eines jeden Antrags zur Entscheidung durch die Verbandsversammlung erreichen kann. Das zeigt aber gerade, dass die Stadt W. damit nicht positiv eine bestimmte Entscheidung herbeiführen, sondern sie nur verhindern kann. Das mag der Stadt W. faktisch einen großen Einfluss sichern, weil sie nur ein weiteres Verbandsmitglied von ihrer Rechtsposition überzeugen muss; rechtlich genügt ihr Stimmenanteil allein nicht, um der Verbandsgeschäftsführerin vorzuschreiben, mit wem sie Verträge im Geschäft der laufenden Verwaltung schließt.
- 36 c) Die im Beschwerdeverfahren neu angeführten rechtlichen Aspekte stehen dieser Bewertung nicht entgegen. Der Verweis auf die Vorschrift des § 11 Abs. 3 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG-LSA) geht ins Leere. Danach ist zwar der Vertreter des Verbandsmitgliedes in der Verbandsversammlung an die Weisungen des ihn entsendenden Verbandsmitgliedes gebunden, aber - bezogen auf den vorliegenden Fall - übt der von der Stadt W. entsandte Vertreter die (anteiligen) Stimmrechte der Stadt W. aus, die in ihrer Gesamtheit gleichwohl noch nicht ausreichen, um allein eine Mehrheitsentscheidung in der Verbandsversammlung herbeizuführen. Die vom Antragsgegner angeführten Vorschriften der kartellrechtlichen Fusionskontrolle sind nicht einschlägig, weil sie einem vollständig anderen Schutzzweck dienen.
- 37 V. Der Senat folgt der Vergabekammer schließlich auch in der Bewertung, dass das nationale Recht in § 108 GWB in der vorliegend gegebenen Konstellation auch nicht in einer Kumulation der Tatbestände des Absatzes 3 Alt. 2 und des Absatzes 4 einen ausschreibungsfreien Vertragsschluss zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen gestattet.
- 38 1. Soweit sich der Antragsgegner für seine Auffassung von der Vergabefreiheit des o.a. Dienstleistungsauftrags darauf beruft, dass das Rechtsgeschäft auch künstlich in zwei formal selbständige Rechtsgeschäfte hätte aufgespalten werden können und dass dann ein jedes dieser Teil-Rechtsgeschäfte nicht der EU-weiten Ausschreibungspflicht unterlegen hätte (sog. „Vergabe über Eck“), sind die Erwägungen nicht tragfähig.

- 39 a) Der Senat kann offenlassen, ob es vergaberechtlich zulässig gewesen wäre, dass der Antragsgegner die kaufmännische Betriebsführung für den Verband zunächst unter Berufung auf § 108 Abs. 3 Alt. 1 GWB auf sein Verbandsmitglied, die Stadt W., vergeben hätte und sodann die Stadt W. im Rahmen einer einfachen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB denselben Auftrag an die Beigeladene weitergeleitet hätte. Diese Konstellation ist theoretischer Natur und hat mit der hier zu beurteilenden Vertragsabschlusssituation nichts zu tun.
- 40 b) Selbst wenn das vorbeschriebene Procedere zu zwei - bei isolierter Betrachtung jeweils ausschreibungsfreien - Eigengeschäften der öffentlichen Hand geführt hätte, ergibt sich hieraus nicht, dass die Direktvergabe vom Antragsgegner auf die Beigeladene ebenfalls der Bereichsausnahme unterfällt. Es ist einerseits eine andere tatsächliche Konstellation unter Berücksichtigung anderer Tatbestände der Bereichsausnahme zu prüfen. Andererseits ist das vergaberechtliche Umgehungsverbot zu berücksichtigen, welches hier eine einheitliche Betrachtung beider Teil-Rechtsgeschäfte gebietet.
- 41 aa) Der Gerichtshof der Europäischen Union geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine künstliche Aufspaltung eines Beschaffungsvorgangs eine Umgehung des Vergaberechts darstellen kann und deswegen der materielle Beschaffungsvorgang ungeachtet seiner formellen Aufspaltung hinsichtlich des Bestehens einer Ausschreibungspflicht einheitlich zu bewerten ist (vgl. nur EuGH, Urteil v. 10.11.2005, C-29/04 „KOM ./ Rep. Österreich“ - Stadt Mödling, VergabeR 2006, 47). Dem folgt die nationale Rechtsprechung der Vergabesenate (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.06.2007, VII-Verg 2/07 „Stadt Ahlhorn“, VergabeR 2007, 634, in juris Rz. 54 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.06.2008, 15 Verg 3/08, VergabeR 2008, 537, in juris Rz. 34; OLG Naumburg, Beschluss v. 29.04.2010, 1 Verg 2/10 „Anteilsveräußerung I“, ZfBR 2010, 722, in juris Rz. 36; OLG Naumburg, Beschluss v. 29.04.2010, 1 Verg 3/10 „Anteilsveräußerung II“, VergabeR 2010, 979, in juris Rz. 69).
- 42 bb) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ergibt sich nichts Abweichendes hierzu aus der von ihm zitierten Entscheidung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss v. 07.08.2019, Verg 19/19, NZBau 2020, 190; vorgehend: VK Rheinland, Beschluss v. 20.02.2019, VK-52/2018). Der Senat hat denselben Rechtssatz angewendet, aber die tatsächliche Situation abweichend bewertet. Dort war eine Vereinbarung zwischen einem kommunalen Dachverband (*dem dortigen Beigeladenen*) und einem Verbandsmitglied (*der Antragsgegnerin*) zu prüfen, d.h. die Vergabe eines Leistungsauftrags von einem von mehreren Verbandsmitgliedern an den gemeinsam kontrollierten Beigeladenen. Das war ein „klassischer Fall“ des § 108 Abs. 4 GWB (vgl. Rz. 23 ff.). Zwar hatte der Dachverband zuvor mit einem anderen Verbandsmitglied (*dem Zweckverband T.*) bereits eine Leistungsvereinbarung getroffen, aufgrund derer er die Nutzungsrechte an der elektronischen Plattform der T. 1-GmbH, einer 100 %-igen Tochter des Zweckverbandes T., erworben hatte, welche er für die Leistungserbringung gegenüber der Antragsgegnerin benötigte; dieser Vorgang lag aber in der Vergangenheit und war weder Gegenstand des laufenden Nachprüfungsverfahrens noch hätte er (wegen des Ablaufs der Antragsfrist) noch zum Gegenstand eines anderen vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können (vgl. in juris Rz. 39). Hinsichtlich des nachzuprüfenden Rechtsgeschäfts - betreffend Leistungen für die Antragsgegnerin

- stellte der Vergabesenat fest, dass Rechtsverhältnisse mit der T. 1-GmbH weder durch den Beigeladenen noch durch die Antragsgegnerin neu begründet worden waren (vgl. in juris Rz. 38). Dem gegenüber wurde hier ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem hiesigen Antragsgegner und der Beigeladenen begründet.

- 43 2. Wie vorausgeführt, bezieht sich die in § 108 Abs. 3 Alt. 2 GWB normierte Bereichsausnahme ihrem Wortlaut nach darauf, dass die vertragsschließenden juristischen Personen jeweils von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert werden, d.h. dass sie von derselben „Mutter“ kontrolliert werden. Das ist im vorliegenden Fall nach den Voraussetzungen nicht gegeben. Absatz 3 spricht auf der Auftraggeberseite des Beschaffungsvorgangs von einem („dem“) kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber bzw. von einer von diesem (Einzahl) öffentlichen Auftraggeber kontrollierten anderen juristischen Person. Soweit § 108 Abs. 4 GWB eine gemeinsame Kontrolle gegenüber einer anderen juristischen Person als hinreichende Kontrolle legalisiert, bezieht sich diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut ebenfalls auf Absatz 1 und nicht etwa auf die Kontrollverhältnisse des Absatzes 3. Absatz 4 hebt den in Absatz 1 in der Einzahl gebrauchten Begriff des kontrollierenden Auftraggebers nicht etwa auf und weicht ihn auf, sondern lässt ihn unerwähnt.
- 44 3. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist aus der Systematik der Regelungen kein anderer Befund abzuleiten. In § 108 GWB sind ganz verschiedene Formen der Eigengeschäfte der öffentlichen Hand versammelt. Soweit in manchen Kommentierungen die Auffassung vertreten wird, dass die Reihenfolge der Regelungen einschliesse, dass die jeweils vorstehenden Absätze auch für die nachfolgenden gelten, ist das durch den Wortlaut der Regelungen mehrfach widerlegt: So verweist Absatz 3 konkret auf den Absatz 1 und Absatz 6 hat nach allgemeiner Auffassung nichts mit den Absätzen 1 bis 5 zu tun, in denen es jeweils um Formen der institutionellen Zusammenarbeit geht, während Absatz 6 die vertragliche Zusammenarbeit betrifft (vgl. ausführlich Wiedemann, a.a.O., § 108 Rn. 97 „keine Anwendbarkeit der Sonderformen des einfachen Inhouse-Geschäfts im Bereich des gemeinsamen Inhouse-Geschäfts“; ebenso von Engelhardt/Kaelble in: Müller-Wrede, GWB, 2016, § 108 Rn. 50 und Rn. 68 ff.; Voll in: BeckOK VergabeR, Stand 31.07.2021, § 108 GWB Rn. 60; Losch VergabeR 2016, 541, 552).
- 45 4. Zwar verweisen die Gegenstimmen in der Literatur (vgl. Portz in Röwekamp u.a., a.a.O., § 108 Rn. 169 ff.; auch Webeler in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergabeR, 5. Aufl. <Stand 13.07.2020>, § 108 Rn. 61; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 108 Rn. 65) zutreffend darauf, dass der nationale Gesetzgeber ausweislich seiner Gesetzesbegründung eine Ausweitung der Regelungen des Absatzes 3 auch auf Fälle einer gemeinsam von mehreren öffentlichen Auftraggebern kontrollierten Mutter als zulässig angesehen hat (vgl. BR-Drs. 365/15, S. 93 - zu Abs. 4). Diese Rechtsmeinung hat jedoch im Gesetz selbst keinen Niederschlag gefunden.
- 46 5. Schließlich rechtfertigt auch die teleologische Auslegung des § 108 Abs. 3 Alt. 2 und Abs. 4 GWB im vorliegenden Fall nicht das Absehen von einer EU-weiten Ausschreibung.
- 47 a) Es mag bereits zweifelhaft sein, inwieweit es von der Kompetenz eines Rechtsanwenders noch gedeckt ist, zwei grundsätzlich nebeneinanderstehende Ausnahmetatbestände für ein Absehen von der Ausschreibungspflicht zu kumulieren und dadurch einen grö-

ßeren Anwendungsbereich der Bereichsausnahme zu eröffnen. Beide Fallgruppen haben jedenfalls einen unterschiedlichen Regelungszweck: In Absatz 3 sind zwei Sonderformen des vergabefreien Inhouse-Geschäftes mit umgekehrter vertikaler Auftragsvergabe geregelt, vom Kontrollierten zum Kontrolleur bzw. vom Kontrollierten vermittelt über den Kontrolleur zu einem anderen Kontrollierten. In Absatz 4 wird eine Möglichkeit eines vergabefreien horizontalen Inhouse-Geschäfts geschaffen, welche auf einer Verminderung der Kontrolldichte und Kontrollintensität durch den einzelnen öffentlichen Auftraggeber beruht. Hätte der nationale Gesetzgeber eine weitergehende Bereichsausnahme regeln wollen, hätte er dies ausdrücklich tun müssen.

- 48 b) Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, dass bei teleologischer Auslegung des Absatzes 3 nicht ersichtlich sei, weswegen eine Schwester-Schwester-Inhouse-Vergabe bei einer gemeinschaftlichen Kontrolle beider Schwestern durch mehrere öffentliche Auftraggeber ausgeschlossen sein solle (vgl. Ziekow in: Ziekow/Völlink, VergabeR, § 108 GWB Rn. 71), führt das zu keinem anderen Ergebnis. Denn zugleich wird wegen des Charakters der Regelung als Rechtsgrundverweisung als eine Voraussetzung angesehen, dass alle an den horizontalen Leistungserbringungsprozessen beteiligten Tochterunternehmen von denselben kommunalen Trägern beherrscht werden müssten (vgl. Ziekow, a.a.O.; ebenso Portz, a.a.O., § 108 Rn. 171). Leistungen zwischen Einrichtungen, deren Träger unterschiedlich zusammengesetzt seien, seien hingegen von der Ausschreibungspflicht erfasst. In der hier zu bewertenden Konstellation sind die den Antragsgegner kontrollierenden Gebietskörperschaften nicht in ihrer Gesamtheit kontrollierende Mutter der Beigeladenen, sondern lediglich die Stadt W.
- 49 6. Wie aufgezeigt, stellt sich eine Divergenz-Situation i.S.v. § 179 Abs. 2 GWB nicht. Ebenso ist der Senat nicht verpflichtet, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.
- 50 a) Allerdings wäre der erkennende Senat nach Art. 267 Abs. 3 AEUV grundsätzlich zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet, soweit es um eine Frage der Auslegung des Unionsrechts ginge, weil gegen die Entscheidung des Vergabesenats nach dem innerstaatlichen Recht kein Rechtsmittel mehr eröffnet ist. Das in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsverfahren ist das Schlüsselement des durch die Verträge geschaffenen Gerichtssystems, welches einen Dialog von Gericht zu Gericht zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedsstaaten organisiert und damit die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten, dessen Kohärenz sicherstellen und seine volle Geltung und Autonomie ermöglichen soll. Insbesondere sind auch die Bestimmung und Formulierung der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen ausschließlich Sache des einzelstaatlichen Gerichts; die Parteien des Ausgangsverfahrens können die Fragen nicht inhaltlich ändern oder beeinflussen (vgl. EuGH <Große Kammer>, Urteil v. 06.10.2021, C-561/19 „Consorzio Italian Management u.a. ./ RFI“, NJW 2021, 3303, Rz. 27, 55). Wenn das einzelstaatliche Gericht, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, annimmt, dass es von der in Art. 267 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Pflicht, den Gerichtshof anzurufen, befreit ist, muss die Begründung der Entscheidung erkennen lassen, dass entweder die aufgeworfene unionsrechtliche Frage für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erheblich ist oder dass sich die eigene Auslegung der betreffenden Unionsvorschrift auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes stützt oder (wenn es eine solche Rechtsprechung nicht

gibt) dass die Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (EuGH, a.a.O., Rz. 51).

- 51 b) Im vorliegenden Fall ist die Frage der Auslegung des Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24/EU schon nicht entscheidungserheblich. Der Senat stützt seine Entscheidung ausschließlich auf die Auslegung des nationalen Rechts. Selbst wenn die im Unionsrecht normierte Bereichsausnahme weiter auszulegen wäre, als die nach Auffassung des Senats im nationalen Recht vorgenommene Umsetzung, so wäre das (bezüglich des Bestehens einer EU-weiten Ausschreibungspflicht strengere) nationale Recht maßgeblich.
- 52 VI. Ist nach dem Vorausgeführten ein Vertragsschluss zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union und damit ohne ein wettbewerbliches Verfahren nicht gestattet, so ist der Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages vom 09.09.2021 begründet. Die Vergabekammer hat die Unwirksamkeit dieses Vertrages zu Recht festgestellt (Beschlussausspruch zu Ziffer 1). Damit korrespondiert, dass der Antragsgegner für den Fall, dass er an der Beschaffungsabsicht festhält, unter diesen Bedingungen ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen hat (Beschlussausspruch zu Ziffer 2).

C.

- 53 I. Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dem im Beschwerdeverfahren unterlegenen Antragsgegner die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.
- 54 II. 1. Die Pflicht des Antragsgegners, die Verfahrenskosten zu tragen, schließt die außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin ein. Einer Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bedarf es für das Beschwerdeverfahren nicht, weil eine anwaltliche Vertretung in § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB gesetzlich angeordnet ist.
- 55 2. Die Beigeladene hat im Beschwerdeverfahren nicht mitgewirkt.
- 56 III. Die Festsetzung des Gegenstandswertes des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat dabei das in § 9 Abs. 2 des Vertrages vereinbarte Entgelt (monatlicher Nettobetrag zzgl. Mehrwertsteuer) für 60 Monate (5 Jahre á 12 Monate) ohne Berücksichtigung etwaiger Preisanpassungen zugrunde gelegt und hiervon 5 % in Ansatz gebracht.
- 57 Dr. Wegehaupt Göbel Wiedemann