



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LVwA 19/09**

**Halle, 09.11.2009**

**Achtung: nicht bestandskräftig, da kurz vor Bestandskraft des Beschlusses der Nachprüfungsantrag zurückgenommen wurde**

- § 100 Abs. 2 h) GWB

Der Vierte Teil (§§ 97 ff.) des GWB findet für den hier ausschließlich in Streit stehenden Pachtvertrag keine Anwendung.

Ausweislich § 100 Abs. 2 h) GWB ist der Vierte Teil des GWB für Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse über oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung nicht anzuwenden. Gegenstand des Nachprüfungsantrages ist hier ein bereits geschlossener Vertrag, der als Pachtvertrag einzustufen ist.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH & Co. KG

.....

Verfahrensbevollmächtigte

..... Rechtsanwälte

.....

Antragstellerin

gegen

die .....GmbH .....

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

.....

Antragsgegnerin

wegen

der Anpachtung des Kessels 6 zur Entsorgung der anfallenden Ersatzbrennstoffe (EBS) hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens auferlegt. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen. Die Hinzuziehung des anwaltlichen Vertreters der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Antragsgegnerin ist ein Entsorgungsunternehmen, deren Gesellschaftsanteile zu 51 % von der ..... GmbH bzw. im Falle der Unwirksamkeit des am 04.07.2009 geschlossenen Veräußerungsvertrages von der .....Service ..... GmbH ..... und zu 49 % von der ..... GmbH ..... gehalten werden. Gesellschafter der ..... sind zu 51 % die ..... sowie zu 49 % eine Tochtergesellschaft der Antragstellerin, die ..... Kommunale Dienste Ost GmbH. Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ist gleichzeitig Geschäftsführer der Antragstellerin. Alleiniger Gesellschafter der ..... ist der Landkreis ..... Die ..... befindet sich ausweislich des Schreibens der Antragsgegnerin vom 27.04.2009 im Insolvenzverfahren.

Die Antragsgegnerin ist mit der Entsorgung des Hausmülls des Landkreises ..... beauftragt. Aus dem Hausmüll stellt sie mit vorhandener Anlagentechnik Ersatzbrennstoffe (EBS) her und führt diese aufgrund fehlender Verbrennungskapazitäten speziellen Kraftwerken zu. Seit 2005 nutzt die Antragsgegnerin für die Verbrennung das EBS-Kraftwerk der ..... Reststoffverwertungsgesellschaft mbH (.....). Am 17.10.2007 hat die Antragsgegnerin mit der ..... ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens einen Vertrag über die Bindung von Anlagenkapazitäten bei der ..... zum Einsatz von Ersatzbrennstoffen, insbesondere der Errichtung einer Verbrennungseinheit Kessel 6, abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde mit Wirkung vom 18.08.2008 durch die Vertragsparteien einvernehmlich aufgehoben. Gemäß § 2 des Aufhebungsvertrages trat an dessen Stelle gleichzeitig ein Pachtvertrag. In § 1 des Pachtvertrages ist folgendes festgeschrieben:

Gegenstand dieses Vertrages ist die Pacht des Kessels 6 zum Betrieb mit EBS. Unabhängig von den vertraglichen Verpflichtungen plant und errichtet die ..... den neuen Kessel zur Substitution von Braunkohle. Die ..... hat bereits die notwendigen Gebäude zur Errichtung des Kessels hergestellt (Kesselhaus einschließlich Nebengebäude). Die teilweise notwendige technische Einbindung des neuen Kessels ist ebenfalls gesichert.

Der Pachtvertrag soll entsprechend § 9 mit dem 01.07.2009 seine Wirksamkeit entfalten und eine Laufzeit von 15 Jahren haben. Eine Option zur Verlängerung des Vertrages im 14. Jahr der Laufzeit wurde vorbehalten.

Nach eigenem Vorbringen im Nachprüfungsantrag erhielt die Antragstellerin bereits am 02.10.2008 anlässlich einer Gesellschafterversammlung Kenntnis von der Aufhebung des Vertrages vom 17.10.2007. Weiterhin erfuhr sie, dass mittels Hilfe einer Rechtsanwaltskanzlei, die Zusammenarbeit zwischen der ..... und der ..... vertraglich neu geregelt wurde. In dieser Versammlung sei durch die Antragstellerin bzw. ihre Tochtergesellschaft darauf hingewiesen worden, dass vorbehaltlich der Kenntnis des Vertragstextes auch der Pachtvertrag dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliege. Es liege auf der Hand, dass es sich um eine Umgehung des Vergaberechts handele und daher der Vertrag unwirksam sei. Denn die Antragstellerin und die mit ihr verbundenen Unternehmen äußerten weiterhin Interesse an der Leistungserbringung.

Mit Schreiben vom 10.03.2009 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin den zwischen ihr und der ..... geschlossenen Pachtvertrag als vergaberechtswidrig und forderte die Antragsgegnerin auf, diesen zu beenden.

Da diesem Begehren nicht nachgekommen wurde, hat die Antragstellerin mittels anwaltlichem Fax-Schreiben vom 09.04.2009 einen Nachprüfungsantrag bei der erkennenden Kammer gestellt, der der Antragsgegnerin am 14.04.2009 zugestellt worden ist. Sie wurde gleichzeitig darüber informiert, dass die Kammer die Wirksamkeit eines eventuell bereits geschlossenen Vertrages überprüfen werde. Ebenso erfolgte die Aufforderung, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Auf Nachfrage der erkennenden Kammer erklärte der anwaltliche Vertreter der Antragsgegnerin, dass der Kessel 6 in der letzten Augustwoche 2009 seinen Probetrieb aufgenommen hat. Seit der 3. Septemberwoche befinde er sich im regulären Betrieb.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag vollumfänglich zulässig und begründet sei. Zum einen sei die Antragsgegnerin Öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, da sie zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen. Dies umso mehr, als sie eine strukturbedingte besondere Staatsgebundenheit aufweise und in der Vergangenheit an dieser entsprechend partizipiert habe.

Zum anderen handele es sich um einen öffentlichen Auftrag. Die Antragsgegnerin produziere bei der Entsorgung des von ihr angenommenen Abfalls des Landkreises ..... in der von ihr betriebenen Anlage sogenannte Ersatzbrennstoffe, die der energetischen Verwertung zugeführt werden. Gleichwohl handele es sich auch bei den ..... um Abfälle im Sinne des Abfallrechts, die gegen Entgelt entsorgt werden müssen. Der Besitzer der ....., so auch die Antragsgegnerin, müsse für die Entsorgung der ..... in einer Behandlungsanlage weiterhin Geld bezahlen. Da sie keine eigene Verwertungsanlage besitze, müsse die benötigte Leistung beschafft werden. Damit stehe eine Situation in Rede, in der ein öffentlicher Auftraggeber in der Regel einen schuldrechtlichen Vertrag mit einem am Markt tätigen Anbieter der benötigten Leistung abschließt. Dies stelle einen Dienstleistungsvertrag im Sinne des § 99 Abs. 1, 4 GWB dar, der dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ohne Weiteres unterfalle.

Mit dem Abschluss des inzwischen aufgehobenen Vertrages vom 17.10.2007 habe die Antragsgegnerin selbst dokumentiert, dass ein Beschaffungsbedarf bestehe, den sie durch Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB zu decken beabsichtige. Im materiellen Sinne sei somit ein Vergabeverfahren eingeleitet worden, welches der vergaberechtlichen Nachprüfung unterliege. Auch der im August 2008 abgeschlossene Pachtvertrag ändere daran nichts.

Insbesondere könne sich die Antragsgegnerin hier nicht darauf berufen, dass der Pachtvertrag gemäß § 100 Abs. 2 h) GWB vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sei. Ausweislich des Erwägungsgrundes zur EG-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (VKR) heiße es bezüglich dieser Ausnahme, dass Dienstleistungsaufträge, die die Miete von

unbeweglichem Vermögen betreffen, Merkmale aufweisen, die die Anwendung von Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen als unangemessen erscheinen lassen. Hintergrund sei der Gedanke, dass bei Miete oder Pacht von Immobilien ein Vergabewettbewerb mangels Austauschbarkeit nicht in Betracht komme. Vielmehr lasse die Ortsgebundenheit von Immobilien ein Vergabeverfahren, das eine an Wirtschaftlichkeitskriterien orientierte Austauschbarkeit des Beschaffungsgegenstandes voraussetze, in diesen Fällen in der Regel als unangemessen erscheinen. Gegenstand der zwischen der Antragsgegnerin und ..... geschlossenen Vereinbarung sei jedoch nicht die Beschaffung einer ortsgebundenen und damit nicht austauschbaren Immobilie durch die ....., sondern die Beschaffung einer sehr wohl austauschbaren Entsorgungsdienstleistung, hinsichtlich derer ein Ausschreibungswettbewerb nicht nur möglich, sondern zwingend geboten sei. Dementsprechend stehe nicht die Pacht einer Immobilie im Vordergrund der Bemühungen der Antragsgegnerin, sondern die Beschaffung einer Dienstleistung. In diesem Zusammenhang müsse auch Beachtung finden, dass die Antragsgegnerin weder über das nötige Personal noch über das nötige „Know-how“ zum selbständigen Betrieb einer derartigen Anlage verfüge. Dem selbständigen Betrieb stehe zudem die Einbindung des Kessels 6 in die Gesamtanlage und deren technische Komplexität entgegen, so dass die ..... bei der angebrachten funktionalen betrachtungsweise nicht die Rolle eines Verpächters, sondern die eines Betreibers einnehme.

Unabhängig davon sei die Regelung des § 100 Abs. 2 h) GWB aber auch bereits vom Wortlaut der Regelung nicht erfüllt. § 100 Abs. 2 h) GWB erfasse ausdrücklich nur Mietverhältnisse über vorhandene Gebäude. Der Dampferzeuger Nr. 6, den die Antragsgegnerin nunmehr angeblich von ..... anpachten möchte, werde aufgrund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages indes erst noch errichtet. Mithin beziehe sich der streitgegenständliche Vertrag nicht auf ein bereits vorhandenes Gebäude und könne schon aus diesem Grund nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 100 Abs. 2 h) GWB subsumiert werden. Nicht zu überzeugen vermöge in diesem Zusammenhang die in Rechtsprechung und Literatur zum Teil vertretene Auffassung, dass es für die Anwendbarkeit des § 100 Abs. 2 h) GWB unschädlich sei, wenn auf dem Grundstück ein Gebäude erst noch erstellt werden müsse, soweit die Vergabestelle keinen Einfluss auf die Baupläne und die Bauausführung nehme. Die Vertreter dieser Auffassung würden einer Überdehnung der gesetzlichen Regelung Vorschub leisten. Das Gebot der richtlinienkonformen Interpretation führe dazu, dass der gesetzlichen Regelung Erwägungen zu den Dienstleistungen und nicht zu Bau- oder Lieferleistungen zugrunde lägen. Bei der Interpretation des § 100 Abs. 2 h) GWB verbiete sich daher jeder Rückgriff auf § 99 Abs. 3 GWB.

Aufgrund der Unwirksamkeit des Pachtvertrages entsprechend der §§ 134, 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und des § 13 Satz 6 Vergabeverordnung (VgV), stehe dieser der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages im Sinne des § 114 Abs. 2 S.1 GWB nicht entgegen.

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages könnte aufgrund der hier vorliegenden „de facto-Vergabe“ kein Rügeerfordernis entgegenstehen. Im Übrigen habe dies die ..... als Minderheitengesellschafter der ..... bereits frühzeitig hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.

Soweit sich die Antragsgegnerin darauf beruft, das Antragsrecht der Antragstellerin sei verwirkt, treffe dies nicht zu. Sie habe gegenüber der Antragsgegnerin fortlaufend betont, der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und ..... verstoße gegen Vergaberecht. Sie habe mehrfach zum Ausdruck gebracht, als mittelbare Minderheitengesellschafterin der Antragsgegnerin mit diesem Vertrag in wirtschaftlicher Hinsicht in keiner Form einverstanden zu sein und ein eigenes Interesse an der Leistungserbringung zu haben. Ein berechtigtes Vertrauen der Antragsgegnerin könne daher nicht entstanden sein, da die Antragstellerin alles andere als bekundet habe, mit dem Vertragsabschluß einverstanden zu sein. Zudem sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass der Auftraggeber bei einer Auftragsvergabe in einem unregelmäßigem Vergabeverfahren verhindere, dass darauf bezogene Verhaltenspflichten der betroffenen Bieter zur Entscheidung gelangen könnten und der Vorwurf einer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßenden Pflichtverletzung mit Erfolg erhoben werden könne. Eine einseitige Anwendung der auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflicht zu Lasten des Bieters sei mit dem Normwerk des § 242 BGB nicht zu vereinbaren. Hier habe die

Antragsgegnerin den Pachtvertrag außerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens abgeschlossen. Die Antragstellerin habe keinerlei Chance gehabt, sich um den Auftrag zu bemühen. Die Vertragsparteien, insbesondere die Antragsgegnerin, habe alles in ihren Kräften stehende unternommen, um der Antragstellerin jegliche Informationen über die Aufhebung des im Oktober 2007 abgeschlossenen Vertrages und den Neuabschluss eines Pachtvertrages vorzuenthalten. Da ein geregeltes Vergabeverfahren insgesamt unterblieb, die Antragsgegnerin aber gleichwohl an dem unwirksamen Vertrag mit ..... festhalte, und damit Leistungen auf einer unwirksamen Grundlage beschaffe, werde sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der im August 2008 abgeschlossene Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Firma .....Reststoffverwertungsgesellschaft mbH nichtig ist,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht ein geregeltes Vergabeverfahren nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB durchzuführen,
3. der Antragstellerin Einsicht in die Akten der Antragsgegnerin zu gewähren,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und
5. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen sowie
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Sie trägt vor,

dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da der Vergaberechtsweg nicht eröffnet und eine sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer nicht gegeben sei.

Zum einen sei die Antragsgegnerin kein Öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB und daher nicht zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet. Man könne zwar im weitesten Sinne von der Antragsgegnerin als einem gemischt wirtschaftlichen Unternehmen sprechen, dies dürfe jedoch nicht automatisch zu einer Gleichsetzung mit dem Begriff des Öffentlichen Auftraggebers führen. Die Auftraggebereigenschaft scheitere hier bereits am Wettbewerb, dem die Antragsgegnerin gleichsam in doppelter Hinsicht ausgesetzt sei, einmal bei der Beschaffung der Siedlungs- und Gewerbeabfälle und zum anderen bei der Verwertung der EBS. Weiterhin bestehe seitens der Antragsgegnerin durchaus eine Gewinnerzielungsabsicht, deren Existenz aus der Organisation als Kapitalgesellschaft sowie der Beteiligung von nach wirtschaftlicher Rendite strebenden privaten Unternehmen resultiere. Diese Gewinnerzielungsabsicht stehe ebenso dem öffentlichen Auftraggeberbegriff entgegen, wie der Umstand, dass die Antragsgegnerin das Risiko ihres wirtschaftlichen Handelns mangels gesellschaftsvertraglicher Nachschusspflicht der Gesellschafter selbst trage. Letztendlich werde diese Haltung auch durch die Rechtsprechung des EuGH unterstützt, ausweislich der

dem gemischt wirtschaftlichen Unternehmenskonstrukt grundsätzlich keine Vergünstigungen im Sinne eines „in house-Geschäftes“ eingeräumt würden. Das die Antragsgegnerin in der Vergangenheit dennoch auf dieser Grundlage einen Auftrag erhalten habe, sei nur dem zwischenzeitlich veränderten Rechtsverständnis zu dieser Problematik geschuldet und stelle keinen relevanten Wettbewerbsvorteil dar, so dass sich dieser Gesichtspunkt hier nicht weiter auswirke.

Zum anderen müsse der Pachtvertrag seinem materiellen Gehalt nach nicht ausgeschrieben werden. Der zwischen der ..... und der Antragsgegnerin abgeschlossene Pachtvertrag unterliege keiner förmlichen Ausschreibungspflicht, da der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 h) GWB erfüllt sei. Nach dieser Vorschrift finde das Kartellvergaberecht keine Anwendung auf Aufträge über Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung. Der streitbefangene Pachtvertrag begründe hier derartige Rechte. Die dort enthaltenen vertraglichen Regelungen umschrieben die klassischen Haupt- und Nebenpflichten eines Verpächters bzw. Pächters, zuzüglich der diese treffenden Risiken. Zudem fänden sich insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich tatsächlich um einen verdeckten Dienstleistungsvertrag handeln könnte. So bewirtschaftete die Antragsgegnerin den angepachteten Kessel eigenverantwortlich und eigenständig. Sie setze eigenes Personal ein und verfüge auch über das notwendige „Know-how“. Eine Dienstleistung der ..... werde daher nicht in Anspruch genommen. Auf eine solche könne auch nicht aus der Integration des Kessels 6 in die Gesamtanlage der ..... geschlossen werden. Denn der Kessel könne unabhängig von den übrigen Verbrennungsanlagen betrieben werden. Die bei der ..... im Zusammenhang mit der Integration des Kessels 6 in die Gesamtanlage verbliebene Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit sei vielmehr Ausdruck eines jedem Verpächter obliegenden Pflichtenkreises zur Aufrechterhaltung der vertraglichen Nutzungsmöglichkeiten.

Soweit die Antragstellerin unter dem Stichwort einer EU-richtlinienkonformen Auslegung den Wortlaut des § 100 Abs. 2 h) GWB durch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Ortsgebundenheit zu erweitern suche, könne dieses aus der Natur der Sache heraus allenfalls als Interpretationshilfe des Willens des Gesetzgebers herangezogen werden. Räume man dem Begriff der Ortsgebundenheit eine Relevanz ein, so könne dieser aber nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Pächter nur auf ein bestimmtes Objekt angewiesen sein dürfe und eine auch nur noch so geringe Wahlmöglichkeit ein Ausschreibungserfordernis auslösen würde. Dies würde unweigerlich dazu führen, dem § 100 Abs. 2 h) GWB nahezu jede Anwendungsmöglichkeit zu nehmen. Dies könne weder vom Gesetzgeber noch vom EU-Richtliniengeber gewollt gewesen sein.

Weiterhin sei unschädlich, dass der Kessel 6 bei Abschluss des Pachtvertrages am 18.08.2008 noch nicht in betriebsbereitem Zustand errichtet war. Zwar greife der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 h) GWB nach seinem Wortlaut nur, wenn der Rechtserwerb an bereits vorhandenen Gebäuden oder immobilien Vermögensgegenständen erfolge. Dem stehe es jedoch gleich, wenn zwar das betreffende Gebäude / die betreffende Sache noch nicht errichtet sei, der Auftraggeber aber keinen Einfluss auf die Errichtung habe. § 100 Abs. 2 h) GWB sei nach seinem Sinn und Zweck so auszulegen, dass er eine Umgehung des Gebotes der Ausschreibung von Bauaufträgen gem. § 99 Abs. 3 GWB nicht erlaube. Eine solche Umgehung würde drohen, wenn im Zusammenhang mit einer Vermietung/Verpachtung im wesentlichen Umfang Bauleistungen für den Auftraggeber erbracht würden. Eine solche Umgehung liege aber nicht vor. Bauvertragliche Elemente enthalte der Pachtvertrag nämlich nicht. Ausweislich § 1 Satz 2 des Pachtvertrages errichte die ..... den Kessel 6 vielmehr unabhängig von den streitbefangenen vertraglichen Verpflichtungen. Dieser sei dabei Teil der unternehmerischen Strategie zur Festigung des Produktionsstandortes durch Sicherung von Energiequellen.

Soweit von der Antragstellerin eine Umgehungsabsicht aus der Nachfolge des Pachtvertrages auf den Kapazitätsbindungsvertrag konstruiert werden soll, könne dies bereits deshalb nicht überzeugen, da eine Ausschreibungspflicht des Letztgenannten bereits mangels Auftraggebereigenschaft im Sinne des § 98 GWB nicht gegeben sei. Bestand jedoch keine Ausschreibungspflicht, könne die Umgehung derselben auch nicht bestimmend für ein weiteres Handeln sein. Von einer Nichtigkeit des Pachtvertrages gemäß § 138 BGB könne aufgrund

der gesetzeskonformen Motivationslagen der Vertragsparteien daher auch nicht ausgegangen werden.

Ungeachtet der vorherigen Ausführungen scheitere der Nachprüfungsantrag auch an der Nichteinhaltung der auch hier gebotenen Rügeverpflichtung. Die Antragstellerin wäre sehr wohl verpflichtet gewesen, das vermeintlich vergaberechtswidrige Vertragsverhältnis gegenüber der Antragsgegnerin gemäß § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich zu rügen. Denn auch im Falle einer unterstellten „de facto-Vergabe“ treffe die Antragstellerin eine Verpflichtung zur Rüge, da diese Kenntnis von dem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß gehabt habe und eine Rüge aufgrund der frühest möglichen Inbetriebnahme zum 06.07.2009 nicht gänzlich aussichtslos gewesen wäre.

Die Kenntnis der Antragstellerin vom vermeintlichen Vergabeverstoß folge hier aus ihrem aus ihrer mittelbaren Gesellschafterstellung gegenüber der Antragsgegnerin resultierenden Wissen um die Vertragsabschlüsse zwischen der ..... und der Antragsgegnerin. Im vorliegenden Fall könne man sogar von einem mittelbaren Mitwirken der Antragstellerin sprechen. Soweit sich diese im Zusammenhang mit dem Rügeerfordernis auf ein Handeln der ..... zu stützen suche, müsse ihr der Erfolg mangels „Bietereigenschaft“ derselben grundsätzlich verwehrt bleiben. Im Übrigen kämen Zweifel bezüglich der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit eines Tuns nicht dem Vortrag über ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin gleich.

Die Argumentation der Antragstellerin verfange ebenfalls nicht im Hinblick auf die vorgetragene Treuwidrigkeit einer eventuellen Berufung auf den Verwirkungstatbestand, da die Antragstellerin über die ..... selbst auch am Abschluss des Kapazitätsbindungsvertrages mit der ..... und anderer ähnlicher Verträge mitgewirkt habe. Die Antragstellerin habe durch ihr eigenes Verhalten bei der Antragsgegnerin das begründete Vertrauen entstehen lassen, sie werde die bisherige Praxis zumindest dulden und daher die zeitlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine gerechtfertigte Berufung auf den Verwirkungstatbestand geschaffen.

Mittels Verfügungen des Vorsitzenden der erkennenden Kammer ist die Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 10.11.2009 verlängert worden.

Kammerseitig sind mit Schreiben vom 13.07.2009 die Antragstellerin und mit Schreiben vom 07.08.2009 die Antragsgegnerin darüber informiert worden, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden solle.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig.

Der Vierte Teil (§§ 97 ff.) des GWB findet für den hier ausschließlich in Streit stehenden Pachtvertrag gemäß § 100 Abs. 2 h) GWB keine Anwendung. Damit ist die erkennende Kammer insoweit sachlich unzuständig.

Ausweislich § 100 Abs. 2 h) GWB ist der Vierte Teil des GWB für Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse über oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung nicht anzuwenden. Gegenstand des Nachprüfungsantrages ist hier ein bereits geschlossener Vertrag, der als Pachtvertrag einzustufen ist. Überzeugende Ansatzpunkte für eine andere rechtliche Einordnung des Vertragswerkes hält die erkennende Kammer für nicht gegeben.

So ist der Antragsgegnerin insoweit zuzustimmen, als die vertragliche Regelung tatsächlich die klassischen Haupt- und Nebenpflichten eines Verpächters bzw. Pächters samt der damit einhergehenden Risiken beinhaltet. Zudem bewirtschaftet die Antragsgegnerin den Kessel

eigenverantwortlich und mit eigenem Personal. Eine Dienstleistung der ..... wird insoweit nach dem Dafürhalten der Kammer nicht in Anspruch genommen. Eine andere Sicht der Dinge eröffnet sich auch nicht durch den Hinweis der Einbindung des Kessels 6 in die Gesamtanlage der ..... Denn die Antragstellerseite verkennt, dass die mit der Integration des Kessels 6 in die Gesamtanlage bei der ..... verbliebenen Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Kessels lediglich Ausdruck eines jedem Verpächter obliegenden Pflichtenkreises zur Aufrechterhaltung der vertraglichen Nutzungsmöglichkeiten des Pächters sind. Es wäre absurd, wollte man beispielhaft die rechtliche Einordnung der Anmietung von Geschäftsräumen als Mietvertrag deshalb in Zweifel ziehen, als der Gebäudeeigentümer die Nutzungsmöglichkeit des Vertragsgegenstandes durch die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Heizanlage zu garantieren habe.

Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist für die erkennende Kammer die Argumentation der Antragstellerin, das strittige Vertragswerk stelle bereits deshalb einen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsvertrag dar, da die Antragsgegnerin mangels eigener Verbrennungsanlagen auf Verbrennungskapazitäten von am Markt tätigen Dienstleistern angewiesen sei. Offenbar ist man aufgrund der Marktsituation gerade nicht darauf angewiesen, fremde Verbrennungsleistungen als Dienstleistungen einzukaufen, sondern kann sich auch erfolgreich um eigene Nutzungsrechte an ganzen Verbrennungsanlagen bemühen. Das die Antragsgegnerin im Jahre 2007 einen anderen Weg eingeschlagen hat, ist aus Sicht der Kammer dabei ohne rechtliche Relevanz. Es ist der Antragsgegnerin unbenommen, zunächst eine Dienstleistung nutzen zu wollen und anschließend gewissermaßen in Eigenleistung auf der Grundlage gepachteter Betriebsmittel die anstehenden Aufgaben selbst zu erfüllen.

Hinsichtlich des antragstellerseitig in diesem Zusammenhang angeführten ungeschriebenen Merkmals einer Ortsgebundenheit ist festzuhalten, dass dieser keine rechtliche Relevanz zubilligt wird. Würde ein derartiges Merkmal für das Eingreifen des § 100 Abs. 2 h) GWB von Bedeutung sein, so würde dies die Anwendungsmöglichkeit angesichts der Lebenswirklichkeit nahezu ausschließen. Dies kann nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer in Übereinstimmung mit der Auffassung der Antragsgegnerin weder im Sinne des Gesetzgebers noch des EU-Richtliniengebers gewesen sein.

Soweit die Antragstellerin den Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 h) GWB für nicht gegeben erachtet, da der fragliche Kessel 6 weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zum Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bereits vollständig errichtet war, kann die erkennende Kammer dieser Auffassung nicht folgen. Sinn und Zweck des in § 100 Abs. 2 h) GWB unter Verwendung des Begriffes „vorhanden“ formulierten Freistellungstatbestandes ist nach dem Dafürhalten der Vergabekammer, Mietverträge über Immobilien dann dem Vergaberecht zu entziehen, wenn keine Bauleistung vorliegt, da der öffentliche Auftraggeber auf die Planung und Errichtung des Gebäudes keinen Einfluss nimmt. Die Gestaltung des Nutzungsverhältnisses einer noch zu errichtenden Immobilie darf sich daher nicht von einem Nutzungsvertrag über eine schon vorhandene Immobilie unterscheiden. Diesem Erfordernis wird die hier in Streit stehende vertragliche Regelung gerecht. Denn das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits errichtete Kesselhaus war über den schon existenten Kessel 5 auch für einen weiteren Kessel ausgelegt. D. h., die relevanten technischen Parameter für die Errichtung des Kessels 6 sind bereits in die Planung und Errichtung des Kesselhauses eingeflossen. Dieser Umstand macht unternehmerisch nur dann Sinn, wenn die Errichtung und konkrete Ausgestaltung des Kessels 6 bereits vor dem Zustandekommen des streitbefangenen Vertrages feststanden haben. Die erkennende Kammer hält die von ihr vertretene Auffassung weder für eine Überdehnung des Wortlautes des § 100 Abs. 2 h) GWB noch für einen Verstoß gegen das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung. Vielmehr geht sie davon aus, dass die von ihr vertretene Auffassung sowohl dem Willen des nationalen Gesetzgebers, als auch dem des europäischen Richtliniengebers entspricht.

Ungeachtet der vorherigen Ausführungen erfüllt die Antragsgegnerin auch nicht die Definition des Öffentlichen Auftraggebers im Sinne des hier alleine in Betracht kommenden § 98 Nr. 2 GWB. Diese Feststellung erfolgt zum einen unabhängig von der Wirksamkeit der unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 48/09 vergaberechtlich bereits bewerteten Veräußerung von Gesellschafteranteilen an der Antragsgegnerin. Zum anderen kann hier auch dahinstehen, ob die Antragsgegnerin zum Zwecke gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegender Aufgaben zu erfüllen. Denn sie ist nach der Auffassung der erkennenden Kammer ohne Zweifel



gewerblich tätig. Ausschlaggebend für die Beurteilung des Vorliegens einer gewerblichen oder nicht gewerblichen Tätigkeit ist dabei weder die gesellschaftliche Struktur noch die Gesellschafterstruktur der Antragsgegnerin. Auch ist nicht relevant, dass die Aufgabe auch von privaten Unternehmen im Wettbewerb angeboten wird. Entscheidend ist vielmehr ein Konglomerat verschiedenster Gesichtspunkte, die bei ihrem Vorliegen die Gewerblichkeit des Handelns als gegeben erscheinen lassen. Der EuGH bejaht die Gewerblichkeit des Handelns, wenn das Unternehmen unter normalen Bedingungen am Markt tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und das mit seiner Tätigkeit verbundene Verlustrisiko trägt. Die Antragsgegnerin hat hier eingehend dargestellt, dass sie im doppelten Sinne dem Wettbewerb ausgesetzt ist, einmal hinsichtlich der Beschaffung der Siedlungs- und Gewerbeabfälle und zum zweiten bei der Verwertung der EBS. Soweit die Antragstellerin diesbezüglich einen aus heutiger Sicht zu Unrecht nicht im Wege des Wettbewerbes erhaltenen Entsorgungsauftrag anführt, steht dieser Gesichtspunkt einem „im Wettbewerb stehen“ der Antragsgegnerin nicht entgegen. Zum einen ist tatsächlich nicht von der Hand zu weisen, dass die Rechtsauffassungen zum „in house Geschäft“ in den letzten Jahren auch aufgrund der Rechtsprechung des EuGH einem starken Wandel unterfallen sind, zum anderen wirkt sich dieser eine vergaberechtswidrig erhaltene Vertrag nicht derart aus, dass man nicht mehr von einem „im Wettbewerb stehen“ der Antragsgegnerin ausgehen könnte.

Darüber hinaus arbeitet die Antragsgegnerin mit Gewinnerzielungsabsicht. Sie hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf verwiesen, dass diesbezüglich bereits die Gesellschafterstruktur einen Garant für diese Zielsetzung darstellt. Für eine Gewinnerzielungsabsicht spricht weiterhin auch das Fehlen einer Nachschusspflicht der Gesellschafter der Antragsgegnerin. Sie unterfällt damit zudem dem Insolvenzrisiko, trägt folglich also die wirtschaftlichen Risiken ihres Handelns selbst. Ansatzpunkte, die trotz dieser Umstände für ein nicht gewerbliches Handeln der Antragsgegnerin sprechen könnten, sind nach Auffassung der erkennenden Kammer nicht gegeben.

Dem Antrag auf Akteneinsicht konnte aus den oben dargestellten Erwägungen heraus ebenfalls nicht entsprochen werden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat die Antragstellerin die Kosten zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen ist. Ihre Verfahrensanträge wurden verworfen. Der Streitwert wird entsprechend des streitbefangenen Pachtvertrages unter Einbeziehung der verankerten Option auf ..... Euro festgelegt.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich.

In diesem Verfahren wird den Anträgen der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des o. g. Streitwertes.....Euro. Gründe für eine Ermäßigung sieht die Kammer hier nicht.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Berücksichtigung des hier geleisteten Vorschusses in Höhe von 2.500,00 Euro hat die Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses einen Betrag in Höhe von ..... **Euro** unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

In Folge des Unterliegens der Antragstellerin hat diese auch die Kosten der Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zu tragen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Katzsch

gez. Foerster