



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 61/24

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Antragsgegnerin

[...]

- Beigeladene -

wegen Direktvergabe der „Rahmenvereinbarung [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch [...] auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2024 am 29. Juli beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Auftrag an die Beigeladene zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer gemeinschaftsweit bekannt zu machen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen jeweils zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] die Vorankündigung – Direktvergabe der „Rahmenvereinbarung [...]. Der Bekanntmachung zufolge handelt es sich um eine „Inhousevergabe, die nicht dem Vergaberecht unterfällt nach § 108 I, IV, V GWB“ (vgl. Bekanntmachung, Rn. 2.1 – Verfahren). Als in Aussicht genommene Rahmenvertragspartnerin weist die Bekanntmachung [...] aus.

Die [...] ist eine rechtlich unselbständige Organisationseinheit der Beigeladenen (Bg); sie nimmt Aufgaben im Bereich der [...]tägerschaft wahr.

Die Bg ist eine gemeinnützige Gesellschaft, deren satzungsgemäße Aufgabe es insbesondere ist, naturwissenschaftlich-technische Forschung und Entwicklung [...]. Soweit gesetzlich zulässig und nach dem Gesellschaftsvertrag (GesV) nicht untersagt, ist die Gesellschaft zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die geeignet erscheinen, dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen (vgl. § 2 GesV). [...].

An der Bg sind der Bund mit [...] und das Land [...] der Geschäftsanteile beteiligt.

Die Gesellschaft hat zwei Geschäftsführer, die vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen werden (§ 6 Abs. 1 und 2 GesV).

Der Aufsichtsrat besteht aus höchstens 12 Mitgliedern. Von diesen werden vier Mitglieder durch die Ag, zwei Mitglieder durch das Land [...] entsandt. Zwei wissenschaftliche oder technische Mitarbeiter/innen der Gesellschaft werden von den Mitarbeitenden der Bg vorgeschlagen und von der Gesellschafterversammlung gewählt. Bis zu drei Mitglieder werden von der Gesellschafterversammlung gewählt. Der/die Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats ist ex

officio Mitglied des Aufsichtsrats. Der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsrats werden aus der Mitte seiner Mitglieder gewählt (vgl. im Einzelnen § 9 GesV).

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung zu überwachen (§ 10 Abs. 1 GesV). Er entscheidet nach Maßgabe der Regelungen in § 10 Abs. 2 bis 6 GesV über „die wichtigen forschungsrelevanten und finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaft“. Der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen die in § 10 Abs. 3 GesV aufgeführten Geschäfte. Das sind insbesondere:

[...].

Beschlüsse des Aufsichtsrats werden grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen getroffen. Abweichend hiervon sieht § 12 Abs. 4 GesV vor:

[...].

Der Aufsichtsrat kann weitere Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen (§ 10 Abs. 5 GesV).

[...].

Die Gesellschafterversammlung ist nach § 13 GesV für alle Angelegenheit zuständig, die nicht einem anderen Organ durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zugewiesen sind. Diese beschließt insbesondere über

- die Änderung des Gesellschaftsvertrags (§ 13 Abs. 2 lit. a) GesV),
- die Zustimmung zur Verfügung über Geschäftsanteile (§ 13 Abs. 2 lit. b) GesV),
- die Auflösung der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 lit. c) GesV),
- die Grundsätze für die Verwendung der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 lit. h) GesV),
- die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 13 Abs. 2 lit. k) GesV).

Den Vorsitz in der Gesellschafterversammlung führt der Bund. Beschlüsse werden grundsätzlich einstimmig gefasst (§ 15 Abs. 2 GesV), bei manchen Entscheidungen, wie z.B. der Wahl der Abschlussprüfer, genügt die einfache Mehrheit (§ 15 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 2 lit. j) GesV).

Die streitgegenständlichen [...] wurden, wie einer ministeriellen Leitungsvorlage der Ag vom 6. Dezember 2023 zu entnehmen ist, bis zum Jahr 2008 freihändig vergeben. Seitdem hat die Ag Rahmenvereinbarungen mit einer Laufzeit von jeweils vier Jahren EU-weit ausgeschrieben. Die ASt erbringt derzeit die streitgegenständlichen [...]leistungen für die Ag.

In der Leitungsvorlage vom 6. Dezember 2023 hat die Ag die Grundsatzentscheidung getroffen, erstmalig eine Inhouse-Vergabe des streitgegenständlichen Auftrags an die Bg einzuleiten. Als Vertragsbeginn vorgesehen wurde der [...]. Nach erfolgter Angebotsabgabe durch die Bg im Frühjahr 2024 wurde die Zustimmung zum Vertragsschluss mit einer ministeriellen Leitungsvorlage vom 7. Mai 2024 herbeigeführt. Beschlossen wurde dabei auch, durch eine freiwillige ex-ante-Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB anderen [...] Gelegenheit zu geben, um vergaberechtlichen Rechtsschutz nachzusuchen.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2024 rügte die ASt die angekündigte Direktvergabe als vergaberechtswidrig. Ihrer Ansicht nach seien die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe nicht erfüllt.

Der Ag lehnte es mit Schreiben vom 14. Juni 2024 ab, dem Rügevorbringen abzuheften. Da die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 und 5 GWB erfüllt seien, sei das Kartellvergaberecht nicht anwendbar. Die Ag und das Land [...] übten gemeinsame Kontrolle über die Bg aus. Die Gesellschafterversammlung sei der Geschäftsführung gegenüber weisungsbefugt; für Entscheidungen der Gesellschafterversammlung sei Einstimmigkeit erforderlich. Der Aufsichtsrat, der in gewissem Umfang weisungsbefugt gegenüber der Geschäftsführung sei, entscheide durch Mehrheitsbeschluss. Im Zeitraum 2021 bis 2023 habe die Bg jeweils mehr als 80 % ihrer Umsätze mit ihren beiden Gesellschaftern getätigt. Unschädlich sei, dass die Umsatzschwelle von 80 % im Jahr 2022 geringfügig unterschritten worden sei. Rechne man aus dem Umsatz für das Jahr 2022 einen durchlaufenden Posten heraus, werde auch in diesem Jahr die Schwelle von 80 % erreicht.

2. Mit einem bei der Vergabekammer des Bundes über das besondere elektronische Anwaltspostfach am 18. Juni 2024 eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.

Die ASt hält die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags für gegeben. Die Antragsbefugnis liege vor. Die ASt habe ein Interesse am Auftrag. Als derzeitige Auftragnehmerin der Ag sei sie ohne

Weiteres dazu in der Lage, den Auftrag im Falle einer Zuschlagserteilung zu erfüllen. An einer Angebotsabgabe werde sie durch die beabsichtigte Direktvergabe gehindert.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, die Voraussetzungen für eine zulässige Inhouse-Vergabe lägen nicht vor. Die Ag und das Land [...] übten keine gemeinsame Kontrolle über die Bg im Sinne des § 108 Abs. 4 und 5 GWB aus.

Wie sich aus § 108 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB ergebe, sei Voraussetzung für eine gemeinsame Kontrolle, dass sich alle beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen. Das sei bei der Bg nicht der Fall. Abweichend vom gesetzlichen Leitbild eines Unternehmens in der Rechtsform der GmbH, in dem die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung die kontrollierenden Organe der Gesellschaft seien, komme im Falle der Bg dem Aufsichtsrat die Rolle des beschlussfassenden Organs zu. Dieser sei aufgrund der Regelungen in § 10 Abs. 2 bis 6 GesV in der Lage, alle wesentlichen Entscheidungen zu treffen. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sei dergestalt, dass die Ag und das Bundesland [...] zusammen nur sechs von insgesamt zwölf Mitgliedern direkt bestellen könnten. Die anderen sechs Mitglieder entstammten dem Kreis der Mitarbeitenden der Bg, den von der Gesellschafterversammlung gewählten Mitgliedern sowie, ex officio, dem Vorsitzenden des Wissenschaftlichen Beirats. In Ermangelung gesellschaftsvertraglicher Vorgaben sei nicht sichergestellt, dass nur Mitglieder der Ag oder des Landes in den Aufsichtsrat entsandt würden, es könnten auch externe Dritte sein. Nach Kenntnis der ASt seien derzeit eine [...], ein Vorstandsvorsitzender einer Aktiengesellschaft und ein Vertreter des [...] entsandte Mitglieder. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats mache es ihren beiden Gesellschaftern unmöglich, eine gemeinsame Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bei strategischen oder Einzelfall-Entscheidungen auszuüben.

Die Einrichtung des Aufsichtsrats sei fakultativ erfolgt, das Drittelpartizipationsgesetz (DrittelpG) komme nicht zur Anwendung. Der Umstand, dass der Aufsichtsrat fakultativ eingerichtet worden sei, unterscheide den vorliegenden Fall von anderen, von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, in denen die betreffende Gesellschaft in der Rechtsform der Aktiengesellschaft geführt worden sei.

Im Übrigen seien die beiden Gesellschafter nicht in allen beschlussfassenden Organen der Bg vertreten. So sei das Land [...] nicht in dem Ausschuss nach § 10 Abs. 6 GesV vertreten, der in

Fällen von besonderer Dringlichkeit Entscheidungen treffen könne. § 10 Abs. 6 GesV sehe auch keinen Mechanismus vor, wie im Falle konfligierender Meinungen im Ausschuss zu verfahren sei.

Ein externer Einfluss auf Entscheidungen der Bg könnte auch durch den [...] ausgeübt werden. Die Beiräte setzten sich aus Mitgliedern zusammen, die nicht durch die Ag und das Land bestellt worden seien.

Eine gemeinsame Kontrolle sei auch nicht in allen Bestimmungen des GesV über die Gesellschafterversammlung vorgesehen. Entscheidungen, wie z.B. die Berufung von Aufsichtsratsmitgliedern, könnten mit einfacher Mehrheit getroffen werden. Da der Bund 90 % der Anteile halte, sei er stets in der Lage, diesbezüglich seine Interessen durchzusetzen.

Entgegen der Annahme der Ag sei die Bg in der Lage, Interessen zu verfolgen, die denjenigen ihrer beiden Gesellschafter zuwiderliefen, § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB. Wie sich aus § 2 GesV ergebe, dienten die Aktivitäten der Bg nicht nur dem Gemeinwohlinteresse, sondern die Bg habe auch die Aufgabe, mit der Wirtschaft zusammenzuarbeiten. Die Interessen seien potentiell gegenläufig. Zu bedenken sei ferner, dass wesentliche Aktivitäten der Bg der Forschung und der Wissenschaft dienten, die grundrechtlich geschützt seien, Art. 5 Abs. 3 GG. Weisungen im grundrechtlich geschützten Bereich zu erteilen sei der Ag und dem Land jedoch verwehrt. Hinzu komme der besondere Status von [...]. Bei der Aufgabenerfüllung dürften [...] keine Weisungen erteilt werden [...].

Die Bg übe keine wesentlichen Tätigkeiten im Sinne des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB für die Ag und das Land [...] aus. Die Bg sei durch ihre Gesellschafter nicht „betraut“ worden. Aus dem der ASt vorliegenden Geschäftsbericht der Bg aus dem Jahr 2021 etwa ergebe sich, dass diese für eine Vielzahl anderer Stellen, und damit nicht primär für ihre Gesellschafter, tätig geworden sei.

Unklar sei ferner, inwiefern es sich bei den mitgeteilten Umsatzangaben um solche aus Tätigkeiten handele, die auf einer Aufgabenzuweisung durch die Ag und das Land beruhten. Aus den vorliegenden Dokumenten gehe nicht hervor, welche Tätigkeiten auf welche Betrauungsakte durch einen der beiden Gesellschafter zurückzuführen seien. Die bloße Angabe von Gesamtumsätzen für die drei zurückliegenden Jahre sei unzureichend, um die Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums überprüfen zu können. Bei der Ermittlung der 80 %-Schwelle des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB müssten Zuschüsse der öffentlichen Hand unberücksichtigt bleiben. Insbesondere bei einer institutionellen Förderung würden die öffentlichen Haushaltsmittel nicht

aufgrund einer Tätigkeit der Bg, sondern ohne Gegenleistung ausgereicht. Berücksichtigungsfähig seien auch nicht Umsätze aus Tätigkeiten, welche die Bg als Mitglied einer Bietergemeinschaft erbracht habe. Eine Bietergemeinschaft habe eine eigene Rechtspersönlichkeit, so dass deren Leistungen nicht der Bg zugerechnet werden könnten.

Die Vorab-Bekanntmachung genüge nicht den Anforderungen des § 135 Abs. 3 Satz 2 GWB. Nach § 135 Abs. 3 Satz 2 GWB sei eine individuelle Erläuterung unter Angabe der entsprechenden Tatsachen und ggf. der rechtlichen Schlussfolgerung erforderlich. Wie der EuGH entschieden habe, müsse der Auftraggeber klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die ihn zu seiner Entscheidung auf den Verzicht einer Ausschreibung bewogen haben. Diesen Anforderungen genüge weder die Vorab-Bekanntmachung noch das Antwortschreiben der Ag vom 14. Juni 2024 auf die Rüge der ASt.

Schließlich liege ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung vor. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für [...] (Vertrag, Mitgliedschaft im Netzwerk, Wettbewerbsneutralität) seien dergestalt, dass entsprechende Aufträge im Wettbewerb zu vergeben seien, um ein Mindestmaß an Wettbewerb zu gewährleisten. Dementsprechend habe etwa die [...], geantwortet: „*Dienstleistungsaufträge für [...] werden [...] entsprechend der vergaberechtlichen Bestimmungen grundsätzlich im Wettbewerb vergeben.*“ Auf die Festlegung habe die ASt vertrauen dürfen.“ Auf die Festlegung habe die ASt vertrauen dürfen.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen,
 2. der Ag aufzugeben, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die dargestellten Rechtsverletzungen der ASt zu beseitigen und bei fortbestehender Vergabeabsicht ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen
 3. die Vergabeakte/Dokumentation zur geplanten Direktvergabe beizuziehen und dem ASt unverzüglich Akteneinsicht zu gewähren,
 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des ASt für notwendig zu erklären,
 5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen,
- die Ag unverzüglich über den Nachprüfungsantrag zu informieren und ihr diesen zu übermitteln.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei als unbegründet zurückzuweisen, die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 und 5 GWB lägen vor.

Die Ag und das Land [...] seien gemeinsam in der Lage, über die Bg eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben.

Die beiden Gesellschafter der Bg, die Ag und das Land [...], seien in den beschlussfassenden Organen der Bg vertreten.

Beschlussfassende Organe seien vorliegend die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat. In bestimmten, abschließend geregelten Fällen, sei auch der Aufsichtsrat befugt, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen bzw. müsse seine Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen der Geschäftsführung erteilen.

Ag und Land übten gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Bg aus, so dass auch die Voraussetzungen des § 108 Abs. 5 Nr. 2 GWB vorlägen.

Die Anforderungen, welche in der Rechtsprechung des EuGH an das Vorliegen einer gemeinsamen Kontrolle gestellt werden, seien gering. Für die Annahme gemeinsamer Kontrolle sei es nicht erforderlich, dass einzelne beteiligte Auftraggeber ein eigenes ausschlaggebendes Entscheidungsrecht haben (Hinweis u.a. auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16). Auszuschließen sei gemeinsame Kontrolle im Ergebnis erst dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nicht die geringste Möglichkeit habe, sich an der Kontrolle über die juristische Person zu beteiligen (Hinweis auf EuGH, Urteile vom 29. November 2012, Rs. C-182/11 und C-183/11). Die Ag und das Land [...] seien in der Lage, jeden denkbaren Beschluss selbst herbeizuführen oder zu verhindern. In der Gesellschafterversammlung sei das dadurch

gewährleistet, dass nur die Ag und das Land [...] Gesellschafter seien, und im Aufsichtsrat dadurch, dass die Ag und Land zusammen sechs der insgesamt zwölf Stimmen auf sich vereinigten und gegen ihr gemeinsames Votum keine Entscheidung getroffen werden könne. Das OLG Düsseldorf habe es für die Annahme eines gemeinsamen ausschlaggebenden Einflusses als ausreichend erachtet, dass sich die beschlussfassenden Organe einer GmbH mehrheitlich aus Vertretern der beteiligten öffentlichen Auftraggeber zusammensetzen (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. März 2020, VII-Verg 11/18 sowie Beschluss vom 19. Dezember 2019, VII-Verg 16/16).

Die Annahme der ASt, die Gesellschafter hätten die Kontrolle zugunsten des Aufsichtsrats aus der Hand gegeben, gehe fehl. Den beiden Gesellschaftern stehe es jederzeit frei, den Aufgabenbereich des fakultativen Aufsichtsrats zu ändern oder diesen ganz aufzulösen. Die Einsetzung des Aufsichtsrats sei daher geradezu Ausdruck der vollständigen gemeinsamen Kontrolle durch die Gesellschafter.

Die Annahme der ASt, der in Eilfällen tätig werdende Ausschuss (§ 10 Abs. 6 GesV) sei ein beschlussfassendes Organ, sei unzutreffend. Organe einer Gesellschaft in der Rechtsform der GmbH seien Geschäftsführung, Gesellschafterversammlung und ggf. ein Aufsichtsrat. Der Ausschuss nach § 10 Abs. 6 GesV sei nur ein in den dort genannten Fällen tätig werdendes Gremium.

Die Bg verfolge auch keine Interessen, die denjenigen der beiden Gesellschafter zuwiderliefen, § 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB. Wie aus § 4 GesV hervorgehe, sei die Bg ausschließlich selbstlos und gemeinnützig tätig. Sollte es dazu kommen, dass die Bg den Interessen der Ag und des Landes [...] zuwiderlaufende eigene Interessen verfolge, seien die Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftsvertraglichen Kontrollbefugnisse in der Gesellschafterversammlung und im Aufsichtsrat jederzeit in der Lage, einen Interessenkonflikt zu beenden.

Die Bg habe im Zeitraum 2021 bis 2023 mehr als 80 % ihrer Umsätze (durchschnittlich 84,5 %) mit ihren beiden Gesellschaftern erzielt und damit den Vorgaben des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB genügt. Entgegen der Annahme der ASt seien dabei auch Umsätze berücksichtigungsfähig, welche die Bg aufgrund einer erfolgreichen Teilnahme an Ausschreibungen ihrer beiden Gesellschafter erzielt habe. Für den Begriff der „Beträufung“ sei es unerheblich, ob Grundlage einer Aufgabenzuweisung ein Vertrag, ein Zuwendungsbescheid oder eine Weisung durch die kontrollierenden Gesellschafter gewesen sei. Daher könnten auch Zuwendungen im Rahmen

einer institutionellen Förderung bei der Prüfung der Frage berücksichtigt werden, ob das kontrollierte Unternehmen mind. 80 % seiner Umsätze mit den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern getätigt habe. Mit den durch Zuwendungen finanzierten Tätigkeiten, insbesondere den Tätigkeiten im Bereich der Forschung und Wissenschaft, stehe die Bg nicht im Wettbewerb mit kommerziellen Unternehmen, so dass der mit dem Wesentlichkeitskriterium verfolgten Zielsetzung des Gesetzgebers Rechnung getragen werde.

Es komme auch nicht darauf an, ob die Bg Umsätze als Mitglied einer Bietergemeinschaft erzielt habe. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei unerheblich, wer das kontrollierte Unternehmen vergüte; zu berücksichtigen seien alle Tätigkeiten, die ein Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichte (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, Rs. C-340/04). Aber selbst wenn die Umsätze aus der Beteiligung an einer Bietergemeinschaft als Drittumsätze gewertet würden, ändere sich nichts daran, dass die Bg in den letzten drei Jahren jeweils mehr als 80 % der Umsätze mit Tätigkeiten erzielt habe, mit denen sie durch ihre beiden Gesellschaftern betraut worden sei.

Private Kapitalbeteiligungen an der Bg bestünden nicht, § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB.

c) Die mit Beschluss vom 19. Juni 2024 zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg schließt sich der Ansicht der Ag an, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 und 5 GWB seien erfüllt.

Nach Ansicht der Bg wird die Inhouse-Fähigkeit nicht durch Struktur und Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Frage gestellt. Für die dem Bund zurechenbaren Mitglieder des Aufsichtsrats stellten die „Grundsätze guter Unternehmens- und aktiver Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ sicher, dass die betreffenden Mitglieder des Aufsichtsrats die Interessen der Ag wahrnehmen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um gewählte oder entsandte Mitglieder handele. Vergleichbare Verpflichtungen statuiere auch der Public Corporate Governance-Kodex des Landes [...] für die dem Bundesland zurechenbaren Aufsichtsratsmitglieder. Von der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Möglichkeit zur Kontrollausübung hätten die beiden Gesellschafter in der Vergangenheit auch tatsächlichen Gebrauch gemacht.

Hinsichtlich der entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats macht die Bg geltend, dass es bei anderen per Inhouse-Vergabe beauftragten Unternehmen nicht unüblich sei, Vertreter aus Wissenschaft und Wirtschaft in den Aufsichtsrat zu entsenden.

Bei dem in eilbedürftigen Fällen auf der Grundlage des § 10 Abs. 6 GesV tätig werdenden Ausschüssen entspreche es der gelebten Praxis, dass das betreuende Bundesministerium den Vorsitz, und das betreuende Landesministerium den stellvertretenden Vorsitz übernehme. Das gewährleiste, dass auch das Land im Ausschuss vertreten sei. Im Übrigen tage der Ausschuss nur in Ausnahmefällen, was in den vergangenen Jahren nur zwei Mal der Fall gewesen sei.

3. Die Vergabekammer hat der ASt nach Anhörung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die von der Ag eingereichten Dokumente sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Mit Verfügung vom 18. Juli 2024 hat die Vorsitzende der Vergabekammer die fünfjährige Entscheidungsfrist, die regulär am 23. Juli 2024 abgelaufen wäre, gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB verlängert bis zum 5. August 2024.

Die mündliche Verhandlung fand am 19. Juli 2024 statt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Im Streit steht ein der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnender öffentlichen Auftrag über den für die gemeinschaftsweite Vergabe einschlägigen Auftragsschwellenwerten. Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Da die Ag unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 108 Abs. 4 GWB kein Vergabeverfahren durchgeführt hat, war es der ASt nicht möglich, ein Angebot abzugeben. Ihr Interesse am Auftrag hat die ASt durch die rechtzeitig erhobene Rüge und die Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend dokumentiert. Die ASt ist die derzeitige Leistungserbringern der streitgegenständlichen Leistungen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie in der Lage wäre, im Falle einer Zuschlagserteilung die [...] zu erbringen.

Die Rügezurückweisung erfolgte am 14. Juni 2024, so dass die Antragstellung am 17. Juni 2024 binnen der 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB erfolgte.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Bei dem vorliegenden Auftrag handelt es sich, was unstreitig ist, um einen öffentlichen Auftrag nach § 103 Abs. 1, 4 GWB, der grundsätzlich nach den Vorschriften des Vergaberechts zu vergeben ist. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Freistellung vom Vergaberecht nach den Grundsätzen der Inhouse-Vergabe liegen nicht vor.

Dabei kommt es nicht darauf an, welche der beiden in § 108 GWB normierten Sachverhaltsvarianten vorliegend einschlägig ist: Absatz 1 der Vorschrift bezieht sich auf einen einzigen öffentlichen Auftraggeber und dessen Beziehung zu der juristischen Person; Absatz 4 erfasst Fallgestaltungen, in denen der öffentliche Auftraggeber, der einen Auftrag In-house vergeben will, gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern für die Inhouse-Freistellung in einer bestimmten, dort näher definierten Beziehung zur juristischen Person stehen muss. Voraussetzung ist in beiden Fällen gleichermaßen, dass eine ähnliche Kontrolle über die juristische Person vorliegt wie ein öffentlicher Auftraggeber sie über seine eigenen Dienststellen ausübt, so § 108 Abs. 1 Nr. 1 ebenso wie Abs. 4 Nr. 1 GWB. Eine derartige Kontrolle über die Bg besteht bereits im Ansatz nicht, so dass sich die Frage, wer Kontrolle ausübt, nicht mehr stellt (zum Kontrollkriterium nachfolgend unter a)). Auch die Voraussetzungen des auf die Tätigkeit der juristischen Person bezogenen „Wesentlichkeitskriteriums“, wonach 80 % der Tätigkeit der juristischen Person auf Aufgaben entfallen muss, mit denen die juristische Person durch den bzw. durch die öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, können weder nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB noch nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB erfüllt werden (nachfolgend unter b)).

a) Eine Ausübung ähnlicher Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle durch die Ag allein oder durch beide Gesellschafter gemeinsam ist schon deswegen nicht möglich, weil die Bg über einen Aufsichtsrat verfügt, der ein Leitungsorgan der Bg darstellt und der zur Hälfte aus Mitgliedern besteht, die nicht von den Gesellschaftern in dieses Gremium entsandt werden. Die Voraussetzungen von § 108 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 Nr. 1 GWB, welche die Bedingung der dienststellenähnlichen Kontrolle vorgeben und näher spezifizieren, liegen nicht vor.

aa) § 108 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 Nr. 1 GWB setzt für eine dienststellenähnliche Kontrolle über die juristische Person voraus, dass sich deren beschlussfassende Organe ausschließlich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen. Der Begriff „ausschließlich“ findet sich im Wortlaut der Vorschrift zwar nicht. Die Verwendung dieses Zusatzes wäre aber auch überflüssig, da die Begrenzung auf Vertreter der teilnehmenden

öffentlichen Auftraggeber ohnehin selbstverständlich und schon vom gegebenen Wortlaut, nämlich dem Begriff „zusammensetzen“, gedeckt ist. Muss sich ein Gremium aus Vertretern der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber zusammensetzen, so impliziert dies eine Ausschlusswirkung zu Lasten anderer, nicht von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern entsandten Vertreter. Andernfalls müsste die Formulierung etwa lauten, dass jeder teilnehmende öffentliche Auftraggeber in dem Gremium vertreten sein muss, was – anders als „zusammensetzen“ – keine Ausschlusswirkung in Bezug auf andere Vertreter beinhalten würde. Die relevante Aussage in §108 Abs. 5 Nr. 1 GWB liegt vielmehr im Kontext der gemeinsamen Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber darin, dass jeder öffentliche Auftraggeber, der Gesellschafter der juristischen Person ist, auch in den Leitungsorganen vertreten sein muss, um an der gemeinsamen Kontrolle teilzuhaben und sich auf die Inhouse-Privilegierung berufen zu können. Nicht aber liegt die Aussage der Bestimmung darin, dass andere Vertreter ebenfalls zulässig wären, ohne der dienststellenähnlichen Kontrolle entgegenzustehen. Dies ergibt sich auch daraus, dass eine entsprechende Regelung in § 108 Abs. 2 GWB, der auf den einzelnen kontrollierenden Auftraggeber abstellt, nicht vorhanden ist. Hätte der Gesetzgeber die Aussage treffen wollen, dass es ausreichen soll, wenn der öffentliche Auftraggeber überhaupt vertreten ist im Leitungsorgan - also neben anderen, nicht durch den/die öffentlichen Auftraggeber bestimmten Vertretern - so hätte auch für den einzelnen Auftraggeber eine dem § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB entsprechende Regelung getroffen werden müssen. Denn auch bei einer Fallkonstellation mit einem einzigen öffentlichen Auftraggeber ist es denkbar, dass Vertreter von Dritten im beschlussfassenden Organ mitwirken. Gibt es nur einen öffentlichen Auftraggeber (Fallgestaltung § 108 Abs. 1 GWB), so geht der Gesetzgeber aber selbstverständlich davon aus, dass allein der öffentliche Auftraggeber Vertreter in die beschlussfassenden Organe entsendet, wenn die Inhouse-Privilegierung in Anspruch genommen werden soll, denn eine dem Abs. 5 Nr. 1 entsprechende Regelung fehlt hier. Dies belegt, dass die Aussage des § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB allein die Zielrichtung hat, die Voraussetzungen der gemeinsamen Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber zu definieren, nicht aber eine Öffnung zugunsten der Vertretung Dritter im beschlussfassenden Organ beinhaltet.

Ein reines Abstellen auf das Fehlen des Begriffs „ausschließlich“ kann die Argumentation der Ag, wonach das Vorhandensein von Vertretern im Aufsichtsrat, die nicht von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern entsandt wurden, aber auch insoweit nicht stützen, als die Regelung eingebettet ist in den Kontext der dienststellenähnlichen Kontrolle, § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB, und mit dieser zusammen zu lesen ist. Nach der Argumentation der Ag, für die sie diverse Gerichtsentscheidungen anführt, soll es ausreichen, dass jeder teilnehmende öffentliche

Auftraggeber überhaupt einen Vertreter in das beschlussfassende Organ entsendet. Konsequenz dieser Auffassung wäre, dass es nicht auf die Mehrheitsverhältnisse ankäme, solange nur alle teilnehmenden Auftraggeber überhaupt im beschlussfassenden Organ vertreten sind. Danach wäre auch eine Fallgestaltung von § 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB gedeckt, in der andere Mitglieder, die nicht von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern entsandt wurden, die Vertreter der öffentlichen Auftraggeber überstimmen könnten. Eine solche Fallgestaltung könnte erkennbar keine dienststellenähnliche Kontrolle vermitteln, wie sie § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB fordert.

Die Rechtsprechung, welche die Ag als Referenz für ihre Auffassung anführt, wonach das Vorhandensein von anderen als von den öffentlichen Auftraggebern bestimmten Mitgliedern im beschlussfassenden Organ, hier dem Aufsichtsrat, unschädlich sein soll für die Annahme einer dienststellenähnliche Kontrolle, stützt die These der Ag nicht. Nur eine der zitierten Entscheidungen hat eine Fallgestaltung zur Grundlage, in der - wie hier - externe, nicht von den öffentlichen Auftraggebern bestimmte Vertreter Mitglied in beschlussfassenden Organen sind, nämlich die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 4. März 2020 – VII-Verg 11/18. Dort waren in einer Gesellschafterversammlung mit insgesamt zwölf Vertretern acht davon den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern zuzurechnen; daneben waren vier Mitglieder aus dem Kreis der Mitarbeiter der juristischen Person vertreten. Dieser Sachverhalt war dadurch gekennzeichnet, dass das Drittelpartizipationsgesetz (DrittelpG) Anwendung fand, das Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern, § 52 Abs. 2 GmbHG, gewährleistet. Danach ist die Arbeitnehmerbeteiligung ab einer gewissen Unternehmensgröße zwingend. Der Senat hat auf dieser Basis dennoch eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle angenommen, obwohl die vier Arbeitnehmervertreter nicht den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern angehörten. Vorliegend aber beruht die Tatsache, dass ein Aufsichtsrat als weiteres Organ neben der Gesellschafterversammlung etabliert wurde, auf einer eigenen, freien Entscheidung der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber. Es handelt es sich um einen fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 Abs. 1 GmbHG. Denn die Bg unterfällt trotz einer Mitarbeiteranzahl von über 7000 Mitarbeitenden aufgrund der Ausnahme in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) DrittelpG für wissenschaftliche Einrichtungen nicht dem DrittelpG, das ansonsten ab einer Mitarbeiterzahl von 500 zur Bildung eines Aufsichtsrats mit Mitarbeitervertretern verpflichten würde. Ebenso, wie die Einrichtung eines Aufsichtsrats, ist die im GesV geregelte Zusammensetzung des Aufsichtsrats nebst dessen weitreichenden Befugnissen eine freie Entscheidung der Gesellschafter. Indem die Ag gemeinsam mit dem weiteren Gesellschafter ohne gesetzliche Verpflichtung und damit - anders als im OLG-Fall - entschieden hat, einen plural besetzten Aufsichtsrat mit Leitungsbefugnissen zu etablieren, hat sie die dienststellenähnliche Kontrolle abgegeben. Die Ag hat in der mündlichen

Verhandlung zwar die Auffassung vertreten, es könne nicht darauf ankommen, ob eine gesetzliche Vorschrift zur Mitarbeiterbeteiligung zwinge oder ob diese wie hier freiwillig erfolge. Das EU-Richtlinienrecht differenziert jedoch durchaus, wenn eine bestimmte Beteiligung, welche grundsätzlich die Inhouse-Voraussetzungen ausschließt, auf zwingende gesetzliche Regelungen, denen der öffentliche Auftraggeber unterliegt, zurückgeht, so ausdrücklich Erwägungsgrund (32), 2. UA der Richtlinie 2014/14/EU sogar für die private Kapitalbeteiligung. Diese Differenzierung ist im Wege eines Erst-recht-Schlusses auf die Mitarbeiterbeteiligung nach dem DittelbG wie in der Konstellation, die dem Senat des OLG Düsseldorf zugrunde lag, zu übertragen. Es muss hier auch auf die Bg in toto abgestellt werden, denn die „[...]“, welche den hier streitgegenständlichen Auftrag nach der internen Aufgabenverteilung der Bg ausführen würde, ist keine rechtlich selbständige Einheit, sondern eine interne Organisationseinheit der Bg ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Damit erstreckt sich die Tätigkeit des Aufsichtsrats auf die [...] in gleicher Weise wie auf den wissenschaftlich-forschenden Bereich der Bg; es liegt keine Teilbarkeit dahin vor, dass für den Bereich der [...] andere Grundsätze gelten würden.

Soweit die Ag einen Widerspruch zur Rechtsprechung des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 30. Januar 2013 – VII-Verg 56/12 sieht, das eine gemeinsame Kontrolle auch im Fall von Mehrheitsentscheidungen annahm, so lag auch dieser Entscheidung eine Konstellation zugrunde, in der es ausschließlich die öffentlichen Auftraggeber - eine Vielzahl von Krankenkassen - waren, die an der Gesellschaft beteiligt und in deren Organen vertreten waren, und wonach auch ein Minderheitsgesellschafter mit einer Beteiligungshöhe von 0,97 % an der gemeinsamen Kontrolle partizipieren konnte, solange er im beschlussfassenden Organ vertreten war, auch wenn er via Mehrheitsentscheidung überstimmt werden konnte. Es ging bei dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt gerade nicht darum, dass auch externe, nicht dem Kreis der Gesellschafter angehörende Mitglieder in einem Organ der juristischen Person vertreten und an der Beschlussfassung beteiligt sein durften, und trotzdem die In-house-Voraussetzungen erhalten blieb.

Auch die Rechtsprechung des EuGH besagt nicht, dass Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle dadurch vermittelt werden kann, dass ein öffentlicher Auftraggeber überhaupt ein Mitglied in das Leitungsorgan entsendet. Die Entscheidung vom 22. Dezember 2022 – Rs. C-383/21, welche die Ag anführt, bestimmt lediglich, dass jeder Auftraggeber einen Vertreter entsenden muss, um an einer gemeinsamen Kontrolle durch alle teilnehmenden Auftraggeber zu partizipieren. Ausschließlich öffentliche Auftraggeber waren hier an der juristischen Person

beteiligt. Der EuGH hat nicht zu einer Konstellation entschieden, in der - wie hier - Dritte im Leitungsorgan vertreten sind. Das ist aber das Spezifikum der vorliegenden Fallgestaltung.

Das Verneinen der dienststellengleichen Kontrolle schon aufgrund der Beteiligung anderer Vertreter als von den öffentlichen Auftraggebern entsandter Mitglieder ergibt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung durchaus auch in der Sache einen Sinn. Erschwerend wirkt vorliegend bezüglich der dienststellenähnlichen Kontrolle, dass es sich bei einem der gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats um einen Unternehmensvertreter handelt. Für die auch nur minderheitliche Kapitalbeteiligung eines privaten Unternehmens an der beauftragten juristischen Person hat der EuGH bereits am 11. Januar 2005 (Rs. C-26/03) entschieden, dass diese die In-house-Voraussetzungen kategorisch ausschließt; diese Entscheidung hat mittlerweile Eingang in die RL 2014/24/EU und damit ins nationale Recht gefunden, vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 GWB. Der Fall einer privaten Kapitalbeteiligung liegt hier zwar nicht vor. Die vom EuGH angestellten Überlegungen sind aber verallgemeinerungsfähig dahin, dass sie über die Fallgestaltung einer privaten Kapitalbeteiligung hinaus ebenfalls greifen, wenn andere Personen als die Gesellschafter in einem Leitungsorgan der beauftragten juristischen Person mitbestimmen können. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Vertreter eines privaten Unternehmens. Der EuGH hat in der zitierten Stadt Halle-Entscheidung festgestellt (RdNr.50):

„Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolgt andersartige Ziele.“

Nicht ausgeschlossen ist es auch hier, dass andere Vertreter als die von den Gesellschaftern entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats andersartige Ziele verfolgen. Die Voraussetzungen einer In-house-Vergabe sind dann nicht mehr gegeben, da es an der dienststellenähnlichen Kontrolle fehlt. Eine Ausnahme kann in Bezug auf Arbeitnehmervertreter gelten, deren Beteiligung am Aufsichtsrat nach dem DrittelsG zwingend ist.

bb) Unabhängig davon, dass die Etablierung des Aufsichtsrats mit anderen als von den Gesellschaftern bestimmten Vertretern die In-house-Voraussetzungen bereits ausschließt, wird aufgrund der Zusammensetzung des Aufsichtsrats zusätzlich auch die weitere Voraussetzung des Kontrollkriteriums, nämlich die Ausübung eines ausschlaggebenden Einflusses auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person (§ 108 Abs. 2,

Abs. 5 Nr. 2 GWB), weder für die Ag noch für die Ag zusammen mit dem weiteren Gesellschafter vermittelt.

Am Aufsichtsrat, der hier aus zwölf Mitgliedern besteht, sind sechs Mitglieder beteiligt, die nicht von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern bestimmt werden. Nach dem GesV trifft der Aufsichtsrat seine Entscheidungen grundsätzlich mit Mehrheitsbeschluss. Selbst wenn man angesichts der Regelung, dass die von den öffentlichen Auftraggebern entsandten sechs Vertreter jederzeit abberufen werden können, von einem gewissen Grad an indirekter Weisungsgebundenheit der seitens der Ag und des Landes entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats ausgehen will, so sind die anderen sechs Mitglieder nicht weisungsgebunden. Die Ag bzw. die Ag zusammen mit dem weiteren Gesellschafter ist/sind nicht in der Lage, ausschlaggebenden Einfluss auszuüben. Dass der Aufsichtsrat weitreichende Befugnisse hat, wurde oben bereits dargestellt. Unstreitig ist, dass der Aufsichtsrat ein Leitungsorgan der Bg ist; dies trägt auch die Ag so vor.

cc) Abschließend und übergreifend ist darauf hinzuweisen, dass die Konkretisierungen der dienststellenähnlichen Kontrolle in § 108 Abs. 2, Abs. 5 GWB nicht abschließend sind. Additiv ist eine übergreifende Gesamtschau geboten. § 108 Abs. 2 GWB macht dies deutlich, denn danach wird nur widerlegbar vermutet, dass bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen eine dienststellenähnliche Kontrolle vorliegt.

Wie unter aa), bb) dargelegt, fehlt es hier bereits aus anderen Gründen an der erforderlichen Kontrolle. Hinzu kommt vorliegend der Aspekt, dass es sich bei der Bg um eine Wissenschafts- und Forschungseinrichtung handelt, die unter dem besonderen grundgesetzlichen Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG steht und daher Abwehrrechte gegen den Staat geltend machen kann, was einer staatlichen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ebenfalls im Ansatz entgegenstehen dürfte.

Die Nichterreichung des erforderlichen Kontrollniveaus kann sich auch aus der Marktausrichtung des kontrollierten Unternehmens ergeben, soweit diese ihr ein Maß an Selbständigkeit eröffnet, das eine Kontrolle als nicht gesichert erscheinen lässt (vgl. hierzu und zum Nachfolgenden Ziekow in Ziekow/Völlink, 5. Aufl., § 108 Rn. 13 bis 15; EuGH „Parking Brixen“, Urteil vom 13. Oktober 2005 – Rs. 458/03). Die Prüfung der Marktausrichtung erfolgt raumbezogen, zweckbezogen und materiell-wirkungsbezogen:

- Raumbezogen: Schädlich kann es sein, wenn sich der geographische Tätigkeitsbereich über den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter hinaus erstreckt. Wie sich vorliegend

aus § 2 Abs. 1 und 2 des GesV ergibt, ist die Bg nicht nur national, sondern international tätig. Das schlägt sich auch in der Finanzierung nieder. Die Bg erhält in nicht unerheblichem Umfang Mittel von der EU.

- Zweckbezogen: Schädlich kann es auch sein, wenn der Gesellschaftszweck nicht nur darauf gerichtet ist, öffentliche Dienstleistungen für die Gesellschafter zu erbringen. Dem § 2 Abs. 7 GesV zufolge ist die Gesellschaft „soweit gesetzlich zulässig und nach diesem Gesellschaftsvertrag nicht untersagt zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die geeignet erscheinen, dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen“. An keiner Stelle des Gesellschaftsvertrags wird einschränkend erwähnt, dass die Bg dieselben Interessen wie Bund und Land verfolgen muss.

Die vorliegende Konstellation ist nicht mehr vergleichbar mit dem Ursprung der Inhouse-Privilegierung aus der Teckal- (EuGH vom 18. November 1999 – Rs. C-107/98) und der Stadt Halle-Entscheidung des EuGH (a.a.O.), in der die Freistellung vom Vergaberecht trotz Vorliegens eines öffentlichen Auftrags greift für beauftragte 100 %-ige Tochtergesellschaften, die im Außenverhältnis Aufgaben – z.B. im Bereich der Abfallentsorgung - wahrnehmen, die ansonsten dem öffentlichen Auftraggeber selbst obliegen hätten. Diese allgemeinen Aspekte sprechen ebenfalls gegen eine Kontrolle durch die Ag bzw. die Ag gemeinsam mit dem Land [...] wie über eine eigene Dienststelle.

b) Die Entfernung des vorliegenden Sachverhalts vom Grundgedanken der Inhouse-Freistellung wird auch im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums manifest, wonach mehr als 80 % der Tätigkeit der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen muss, mit denen sie von den bzw. dem öffentlichen Auftraggeber/n betraut wurde, § 108 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 GWB. Ag und Bg ziehen als Basis für die Berechnung des 80 %-Anteils ohne Differenzierung die gesamten Einnahmen der Bg heran. Zu über 50 %, nach eigenen Angaben der Bg z.B. im Jahr 2020 zu 55 %, handelt es sich bei diesen Einnahmen aber um eine institutionelle Förderung, die die Bg von Ag und dem Land [...] zur Aufwandsdeckung des laufenden Betriebs und zur Realisierung von Investitionen aus Haushaltssmitteln erhält.

Der Erhalt dieser Haushaltssmittel führt indes dazu, dass das Wesentlichkeitskriterium nicht greifen kann. Denn die institutionelle Förderung wird nicht für Aufgaben gewährt, mit denen die Bg durch die Ag bzw. durch Ag und Land betraut wurde. Das Betreiben von Wissenschaft und Forschung als generelle Zweckbestimmung der Bg stellt keine Aufgabenbetrauung in diesem Sinne dar. Es muss sich um eine konkrete Aufgabe handeln, nicht um den allgemeinen

Gesellschaftszweck. Wiederum Bezug nehmend auf die EuGH-Ausgangsentscheidungen, die mit der RL 2014/14/EU in diese aufgenommen worden sind (vgl. Erwägungsgrund (31) der Richtlinie), ging es dort gerade um entgeltliche Verträge, die zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seiner Tochtergesellschaft geschlossen wurden. Der EuGH hat entschieden, dass dies wie eine Erbringung durch den Auftraggeber in Eigenleistung betrachtet werden und damit vom Vergaberecht freigestellt werden kann, wenn die beauftragte Tochtergesellschaft neben den Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber sich nur in begrenztem, als nebensächlich zu qualifizierenden Umfang auf dem Markt betätigt (EuGH „Carbotermo“, Urteil vom 11. Mai 2006 – Rs. C-340/04, RdNr. 63). Konsequent spricht § 108 Abs. 7 GWB auch vom „Gesamtumsatz“, auf den die Bemessung des prozentualen Anteils abzustellen ist, und woran mindestens 80 % Umsatzanteil entfallen muss auf die Umsätze mit dem/den Auftraggeber/n. Die institutionelle staatliche Förderung ist kein „Umsatz“, kann aber auch nicht als ein „anderer tätigkeitsgestützter Wert“ anerkannt werden. Die institutionelle Förderung stellt keine Art von Gegenleistung für eine konkrete Tätigkeit dar; der Bezug zum Gesellschaftszweck ist zu allgemeiner Art.

Mit seiner Rechtsprechung hat der EuGH auch die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs zu Lasten privater Marktteilnehmer im Blick (EuGH Carbotermo, a.a.O., RdNr. 50 f.; ebenso Erwägungsgrund (31), 3. UA der RL 2014/14/EU). Die Ag hat dargelegt, nicht immer ohne Vergabeverfahren Inhouse an die Bg vergeben zu wollen, sondern stets im Einzelfall entscheiden zu wollen zwischen den ihres Erachtens gegebenen Alternativen Inhouse-Vergabe an die Bg einerseits, Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens andererseits. Die Bg nimmt zusätzlich zu den Inhouse erhaltenen Aufträgen an den Vergabeverfahren teil, die von der Ag als ihrem – vermeintlichen - Inhouse-Auftraggeber durchgeführt werden. Wettbewerbsverzerrungen im Vergleich zu privaten Wettbewerbern, die keine institutionelle Förderung erhalten, sind denkbar, z.B. durch interne Quersubventionierung auf Seiten der Bg. Die Bg ist jedenfalls anders als private Wettbewerber nicht darauf angewiesen, mit ihren Angebotspreisen auch den Grundbetrieb abzudecken, der durch die institutionelle Förderung gedeckt ist. Zwar ist die Teilnahme am wettbewerblichen Marktgeschehen durch eine Inhouse-Gesellschaft zulässig, solange nicht der 20 %-Anteil überschritten wird; es ist auch kein Ausschlussgrund erkennbar, wonach eine juristische Person, die in Bezug auf den öffentlichen Auftraggeber Inhouse-fähig ist, sich nicht zusätzlich am Wettbewerb um Aufträge genau dieses öffentlichen Auftraggebers beteiligen dürfte. Auch wenn § 108 Abs. 1 GWB die Formulierung verwendet: „Dieser Teil ist nicht anzuwenden, wenn...“, wird man diese Regelung wohl nicht dahin verstehen dürfen, dass ein Zwang zur Inhouse-Vergabe besteht bzw. ein Verbot, ein wettbewerbliches Verfahren

durchführen zu dürfen, falls eine Inhouse-Gesellschaft vorhanden ist, die den Auftrag ausführen könnte. Es läge aber eine erweiternde Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gesamtumsatz“ bzw. „anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert“ und damit des gesamten Ausnahmetatbestands zu Lasten privater Wettbewerber vor, wenn man die ohne konkrete Gegenleistung stattfindende institutionelle Förderung im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums berücksichtigen würde. Erweiternde Anwendung ist aber, so ausdrücklich der EuGH (RdNr. 46 Stadt Halle, a.a.O.), unzulässig und ginge zu Lasten des Wettbewerbs mit privaten Anbietern.

Lässt man die institutionelle Förderung unberücksichtigt, so ist jedenfalls der erforderliche 80 %-Anteil an Aufgabenwahrnehmung für die Gesellschafter und damit das Wesentlichkeitskriterium nicht mehr erfüllt.

Nach alledem steht fest, dass die Voraussetzungen für eine zulässige Inhouse-Vergabe nicht vorliegen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB. Danach haben die Ag und die Bg als unterliegende Parteien die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zu tragen sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwenigen Aufwendungen der ASt je zur Hälfte.

Was die Bg anbelangt, so hat diese schriftsätzlich vorgetragen und sich in der mündlichen Verhandlung dem Vortrag der Ag angeschlossen, und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Die Bg ist daher als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen und damit an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die ASt war notwendig, da sich bezüglich der Zulässigkeit einer sog. Inhouse-Vergabe Rechtsfragen stellten, die ein durchschnittlicher Bieter nicht kennen muss. Hinzu tritt der Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen Ag.

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätze beigefügt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.

[...]

[...]