
Datum: 17.02.2002
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 18/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2002:0217.VII.VERG18.02.00

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 15. März 2002 (VK - 2/2002 - L) zu Ziffer 1. und 3. bis 5. der Beschlussformel aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet,

- a) es zu unterlassen, der Beigeladenen den Zuschlag in dem Vergabeverfahren über den für die Zeit ab 1. Januar 2003 zu erfüllenden Auftrag zur Einsammlung von Abfällen in der Stadt ... zu erteilen,
- b) die Beigeladene vom vorgenannten Vergabeverfahren auszuschließen,
- c) die im vorgenannten Vergabeverfahren verbliebenen Angebote neu zu werten.

Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Beschwerdeverfahren notwendig war.

Die Kosten der Vergabekammer werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldern auferlegt.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die der Antragstellerin in beiden Instanzen entstandenen Aufwendungen zu tragen, wobei die jeweiligen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen je zur Hälfte zur Last fallen.

Ihre eigenen Aufwendungen tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene jeweils selbst.

Gründe

- I 2
- Die Antragsgegnerin, eine kreisangehörige Stadt im Lande Nordrhein-Westfalen (NRW), schrieb im Jahre 2001 europaweit einen im offenen Verfahren zu vergebenden Dienstleistungsauftrag zur Einsammlung von Abfällen im Stadtgebiet ... aus. Sie bildete in der Ausschreibung drei Lose: 3
- Los 1: Kommunale Abfuhr von Bioabfall, Rest-Hausmüll und Sperrmüll. 4
 - Los 2: Einsammlung und Beförderung von Schadstoffen.
 - Los 3: Einsammlung und Beförderung von Elektronikschrott.
- Die Laufzeit des zu vergebenden Auftrags sollte am 01.01.2003 beginnen und am 31.12.2005 oder "alternativ" am 31.12.2010 oder "alternativ" am 31.12.2012 enden. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 22.11.2001 erhielt die Antragsgegnerin insgesamt sechs Angebote, darunter die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen. 5
- Das Stammkapital der Beigeladenen, einer GmbH mit Sitz in ..., wird zu 100 % von der "... mit Sitz in ... (fortan: ...) gehalten. An dieser Gründungsgesellschafterin der Beigeladenen, der ..., ist wiederum der Kommunalverband Ruhrgebiet (fortan: ...) zu 100 % beteiligt. Gegenstand des Unternehmens der ... "im Rahmen des Wirkungskreises des Kommunalverbandes Ruhrgebiet" (so § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der ...) ist "die Abfallentsorgung und die Abfallwirtschaft mit dem Ziel, Gefahren für die allgemeine Hygiene der Bevölkerung abzuwenden". Gemäß § 3 Abs. 2 ihres Gesellschaftsvertrages kann die ... zu diesem Zweck auch andere Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Gegenstand erwerben oder sich an solchen Unternehmen in jeder geeigneten Form beteiligen. Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen ist "die Abfall*verwertung*, insbesondere durch Recycling und getrennte Erfassung verwertbarer Stoffe mit dem Ziel, die verwertbaren Stoffe wieder dem Wirtschaftskreislauf zuzuführen" (§ 3 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages, Hervorhebung durch Kursivdruck hinzugefügt). Gemäß § 3 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages kann die Beigeladene alle Geschäfte betreiben, die dem Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar zu dienen geeignet sind. 6
- Die Antragsgegnerin führte mit der Antragstellerin und mit der Beigeladenen jeweils Aufklärungsgespräche durch. Das Gespräch mit der Beigeladenen hatte deren Preisbildung zu Los 1 zum Gegenstand. Die preisliche Auswertung seitens der Antragsgegnerin hatte ergeben, dass die Beigeladene "niedrige Einheitspreise für die Hausmüll- und 7

Biomüllsammlung" angegeben hatte. Zur Begründung der niedrigen Angebotspreise erläuterte die Beigeladene - laut Vermerk der Antragsgegnerin - einen von ihr veränderten Abfuhrplan mit dem Hinweis auf die ortsnahe Stationierung der Fahrzeuge, auf eine unübliche Gewinnmarge, auf den Verzicht zusätzlicher Verwaltungskosten und auf die Streckung der Abschreibung. Außerdem vermerkte die Antragsgegnerin die Erklärung der Beigeladenen, man wolle sich auf dem Markt und in der Region etablieren.

Die von der Antragsgegnerin vorgenommenen preislichen Vergleiche der Angebote nach 8
Losen und Angebotsvarianten wiesen die Beigeladene für alle Lose und Laufzeiten als preisgünstigste Bieterin aus, während die Antragstellerin bei der überwiegenden Zahl der Lose und Laufzeiten als zweitgünstigste Bieterin abschnitt, mit Ausnahme einzelner Laufzeit- oder Preisgestaltungen, bei denen die Antragstellerin den dritten Rang einnahm.

Der Haupt- und Finanzausschuß des Rates der Antragsgegnerin beschloß im Januar 2002, 9
die Lose 1 bis 3 mit einer zehnjährigen Laufzeit an die Beigeladene zu vergeben. Das teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 30.01.2002, dieses zugegangen am 04.02.2002, mit, zusammen mit der weiteren Erklärung, auf das Angebot der Antragstellerin könne der Zuschlag nicht erteilt werden, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe; hierfür sei sowohl beim Hauptangebot als auch beim "Nebenangebot" der Preis das maßgebende Kriterium.

Mit Anwaltsschreiben vom 06.02.2002 rügte die Antragstellerin gegenüber der 10
Antragsgegnerin deren (vorläufige) Vergabeentscheidung vom 30.01.2002 wegen mehrerer Vergabeverstöße: Die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene verstoße gegen § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A sowie gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs. Denn weder der ... noch die Gesellschaften, bei denen der ... unmittelbar oder mittelbar alleiniger Gesellschafter sei, seien berechtigt, Aufgaben der Abfallsammlung zu übernehmen und/oder außerhalb des Verbandsgebiets des ... tätig zu werden. Das ergebe sich aus den §§ 4, 5 KVRG, die drittschützend seien und im Vergabeverfahren berücksichtigt werden müssten. Ferner habe die Beigeladene die nach den Verdingungsunterlagen geforderten Referenzen nicht beigebracht und könne sie auch nicht beibringen, weil sie bisher im Bereich der Abfallsammlung nicht tätig geworden sei. Schließlich könne die Beigeladene ihre Angebotspreise, die niedriger als ihre, der Antragstellerin, angesetzte Angebotspreise seien, nicht auskömmlich kalkuliert haben; es liege ein offenes Mißverhältnis im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag, mit dem sie ihre Rügen weiterverfolgt hat, hat die 11
Antragstellerin beantragt,

1. der Beigeladenen den Zuschlag nicht zu erteilen, 12
2. die Beigeladene von dem Vergabeverfahren auszuschließen und
3. die verbliebenen Angebote neu zu werten und die Bieter über das Ergebnis gemäß § 13 VgV erneut zu unterrichten.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 13

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen. 14

Sie hat vorgetragen: Die Beigeladene habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben und 15
solle deshalb beauftragt werden. Aus der in zwei Kommunen, der Stadt ... und dem Kreis ..., im Umleerverfahren mit Preßwagen durchgeführten Altpapierabfuhr habe sie ausreichende

Erfahrungen für den vorliegenden Auftrag gewonnen. Daher sei das Fehlen von Referenzen für Aufträge gerade der hier ausgeschriebenen Art unerheblich. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Beigeladene außerhalb des Verbandsgebiets des ... tätig werde. Auf die Tätigkeiten des ... seien nach § 8 Abs. 1 GkG die Vorschriften der Gemeindeordnung (GO) NRW sinngemäß anzuwenden. Im Rahmen des § 107 GO NRW sei es dem ... daher gestattet, sich wirtschaftlich zu betätigen und hierfür auch Kapitalgesellschaften wie die ... und die Beigeladene zu gründen und zu betreiben. Bei der Durchführung von Aufgaben der Abfallentsorgung handele es sich überdies nicht um eine wirtschaftliche, sondern um eine nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW privilegierte Betätigung, die von Gemeinden auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets und damit vom ... und von seinen Tochtergesellschaften auch außerhalb seines Verbandsgebiets ausgeübt werden dürfe. Im übrigen sei die Vorschrift des § 4 KVRG nicht als drittschützend anzusehen.

Die Beigeladene hat ebenfalls beantragt,

16

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,

17

und hat ausführlich - das Vorbringen der Antragsgegnerin bestätigend und ergänzend - zur Sache vorgetragen, insbesondere zur Zulässigkeit der von ihr hier angebotenen Tätigkeit des Einsammelns von Abfällen, auch außerhalb des Verbandsgebiets des ..., zu der bei ihr vorhandenen Fachkunde für die Ausführung des Auftrags aus umfangreichen Erfahrungen in der Sammlung und im Transport fast aller Abfallarten (ausgenommen Hausmüll) sowie dazu, dass bei ihrem Angebot kein offenkundiges Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung bestehe. Hierzu hat die Beigeladene ihre schon von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren (gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOL/A) erbetenen Angaben zur Kalkulation ihrer Angebotspreise wiederholt und u.a. vorgetragen: Sie habe ihre Gewinnerwartung im Bereich Hausmüllsammlung um 3 % reduziert, um den Einstieg in diesen Bereich erfolgreich zu praktizieren. Sie könne die Auftragsabwicklung verwaltungstechnisch mit dem vorhandenen Personal durchführen und brauche deshalb in der Kalkulation keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen. Was die Ausführung der zu übernehmenden Arbeiten anbelange, habe sie keine Unterkostenpreise angeboten; der Kalkulation der Kosten für die Einsammlung sowohl des Hausmülls als auch des Bioabfalls liege die Anschaffung je eines neuen Müllfahrzeugs - also zweier Fahrzeuge insgesamt - zugrunde. Zu den Personalkosten sei anzumerken, dass sie mit dem kalkulierten [auf Seite 14 des Schriftsatzes vom 12.03.2002 beziffert genannten] DM-Betrag pro Jahr für die Besetzung je eines Fahrzeugs (Fahrer und Lader) ausreichend hoch angesetzt seien, womit auch die Kosten für Ersatzkräfte im Falle eines Ausfalls des Fahrers oder des Laders durch Urlaub oder Krankheit gut abgedeckt seien. Da das für die Einsammlung des Bioabfalls vorgesehene Fahrzeug im Stadtgebiet von ... nicht ausgelastet sein werde, seien dementsprechend auch die Jahrespersonalkosten für den Fahrer und den Lader nur mit einem reduzierten [a.a.O. bezifferten] Prozentsatz der durch diese Arbeitnehmer insgesamt verursachten Personalkosten hier einkalkuliert worden (vgl. zum Vorstehenden insbesondere den Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.03.2002, S. 9 und 13 f.). Im übrigen habe ihr eine Absicht, durch das Angebot niedriger Preise Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, völlig fern gelegen.

18

Die Vergabekammer hat die Anträge der Antragstellerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im wesentlichen ausgeführt: Die Beigeladene verstoße mit der von ihr im Wettbewerb mit anderen Abfallentsorgungsunternehmen angebotenen Tätigkeit des Abfalleinsammelns im Stadtgebiet ... nicht gegen Vorschriften der GO NRW oder gegen andere öffentlich-rechtliche Normen (insbesondere) des KVRG, so dass sie nicht aus diesem Grunde die

19

Rechte der Antragstellerin auf Einhaltung des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A verletze und vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsse. Denn die Müllsammlung nebst Abfuhr durch ein kommunal beherrschtes Unternehmen in Privatrechtsform sei auch auf dem Gebiet einer anderen Kommune - nach der AWISTA-Entscheidung (vom 12. 1. 2000 - Verg 3/99) des Senats - als privilegierte Tätigkeit im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW anzusehen. Daneben sei ein weiterer öffentlicher Zweck für das ausgreifende Tätigwerden nicht zu fordern, wenn man der Gesetzessystematik die unterschiedslose Privilegierung innerhalb und außerhalb des Gemeindegebietes entnehme. Das Angebot der Beigeladenen sei auch nicht wegen eines Mangels an Eignung auszuschließen. Die Beigeladene habe die Referenznachweise, soweit deren Anforderung ihrer Art nach aufgrund der konkreten Gestaltung der Verdingungsunterlagen für die Bieter eindeutig erkennbar gewesen sei, erbracht. Sie habe nämlich mit ihrem Angebot Referenzen über erbrachte vergleichbare Dienstleistungen im Sinne der Vor-Ort-Sammlung und des turnusmäßigen Transports von Abfällen (besonders Altpapier, Elektrischrott) vorgelegt. Ein zum Ausschluß des Angebots nötiges Mißverhältnis zwischen dem Angebotspreis der Beigeladenen und der Leistung hinsichtlich des Loses 1 sei nicht ersichtlich. Die Preisdifferenz zwischen den Angeboten der Beigeladenen und der Antragstellerin erkläre sich aus den Unterschieden in der jeweils geplanten Anzahl der einzusetzenden Fahrzeuge und der jeweils beabsichtigten Routenplanung. Nach dem Vorbringen der Beteiligten könne das Einsatzkonzept der Beigeladenen und damit auch ihre Kostenkalkulation nicht als offenbar oder deutlich unrealistisch bezeichnet werden. - Die Vergabekammer hat jedoch von Amts wegen (§ 114 Abs. 1 GWB) festgestellt, dass die Antragsgegnerin teilweise gegen das Gebot zur erschöpfenden Angebotsauswertung (Prüfung der Lose 2 und 3 nach § 25 Nr. 2 VOL/A) und Dokumentation verstoßen habe und die Nebenangebote 3 und 4 der Antragstellerin schon von vornherein nicht hätte berücksichtigen dürfen, weil diese Nebenangebote nicht so gestaltet gewesen seien, dass die Antragsgegnerin sie unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der transparenten Angebotswertung in ihrem preislichen Wertgehalt hätte prüfen und werten können. Daher hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin unter Ziffer 2. der Beschlussformel (von Amts wegen) aufgegeben, die Wertung der Angebote bezüglich der Lose 2 und 3 dokumentiert fortzusetzen, die Bieter über das Ergebnis der Auswertung vor Zuschlagserteilung zu unterrichten und die Nebenangebote 3 und 4 der Antragstellerin bei der Auswertung nicht zu berücksichtigen. - Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf den Beschluss der Vergabekammer vom 15.03.2002 Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat gegen die Ablehnung ihrer Nachprüfungsanträge sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen dazu, dass das Angebot der Beigeladenen zum einen gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A sowie § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A (Aspekt der Zuverlässigkeit) ausgeschlossen werden müsse, weil die zu übernehmende Abfalleinsammeltätigkeit weder in sachlicher noch in örtlicher Hinsicht durch die - auch für die Beigeladene maßgebliche - Verbandskompetenz des ... gedeckt sei und die insoweit zu beachtenden kommunalrechtlichen Vorschriften drittschützenden Charakter hätten, und zum anderen auch gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A wegen der Unterkostenpreise auszuschließen sei. Hierzu trägt die Antragstellerin noch vor: Der zu vergebende Auftrag könne mit je einem Fahrzeug für die Einsammlung von Biomüll und Restmüll nicht ordnungsgemäß erfüllt werden. Realistisch sei ein Bedarf von 2,5 Fahrzeugen. Da die Antragsgegnerin das sowie die Kalkulation der Beigeladenen nicht ordnungsgemäß geprüft habe, sei zumindest ein Wertungsfehler zu beanstanden, so dass die Wertung jedenfalls wiederholt werden müsse. Im übrigen könne das Angebot eines Bieters, der seine Kalkulation nicht darlege, schon deshalb ausgeschlossen werden. Das sei auch hier sachgerecht. - Ihre Beanstandung, der Beigeladenen fehle die fachliche Eignung, greift die Antragstellerin mit der

Beschwerdebegründung (vgl. S. 7 ff.) nicht mehr auf.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, von dem Ausspruch der Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 15.03.2002 solle die Ziffer 2. nicht angefochten werden. Sie beantragt, 21

den vorgenannten Beschluss der Vergabekammer im übrigen aufzuheben und 22

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, 23

a) der Beigeladenen den Zuschlag nicht zu erteilen, 24

b) die Beigeladene von dem Vergabeverfahren auszuschließen und 25

c) die verbliebenen Angebote neu zu werten und die Bieter über das Ergebnis gemäß § 126 VgV erneut zu unterrichten; 26

2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich ihrer (der Antragstellerin) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen, aufzuerlegen; 27

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. 28

Die Antragsgegnerin beantragt, 29

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen. 30

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, insbesondere dazu, dass die von der Antragstellerin ins Feld geführten kommunalrechtlichen Vorschriften (des KVRG sowie § 107 GO NRW) keine drittschützende Wirkung hätten. Das Angebot der Beigeladenen enthalte auch keine Preise, die im offensichtlichen Mißverhältnis zur Leistung stünden. Es gebe keine groben, deutlich auffallende Preisdifferenzen im Vergleich zu den in den übrigen Angeboten enthaltenen und den im vorliegenden Bereich üblichen Preisen. Sie, die Antragsgegnerin, habe die ihr obliegende Prüfung vorgenommen, indem sie ein Aufklärungsgespräch zur Auskömmlichkeit der Preise abgehalten habe. Im Rahmen der erforderlichen Prüfung sei sie nicht verpflichtet, detaillierte Machbarkeitsstudien über die Umsetzbarkeit der eingereichten Angebote zu entwickeln. 31

Die Beigeladene beantragt, 32

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen und dieser die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer (der Beigeladenen) notwendigen Auslagen aufzuerlegen, wobei festgestellt werden solle, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei. 33

Sie tritt - wie schon in erster Instanz - der Ansicht der Antragsgegnerin bei, dass § 107 Abs. 2 GO NRW und die Vorschriften des KVRG keine drittschützenden Bestimmungen enthielten, sondern nur bezweckten, die Gemeinden (usw.) vor unverhältnismäßigen Handlungen zu schützen. § 4 Abs. 3 Nr. 1 KVRG (auf den die Antragstellerin sich beruft) sei - ohne drittschützenden Charakter - eine reine Zuständigkeitsregelungs- und Kompetenzvorschrift. Die Annahme, auf dem Umweg über die wettbewerbsrechtlichen Blankettvorschriften in § 1 UWG oder § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A könne gleichwohl eine über einen bloßen Rechtsreflex hinausgreifende Rechtsbeeinträchtigung privater Wettbewerber konstruiert werden, sei 34

abzulehnen. Es gebe keinen allgemeinen, mit den Mitteln des Zivilrechts durchsetzbaren Anspruch auf Vollziehung bzw. strikte Einhaltung kommunalrechtlicher Vorschriften. Diese Sichtweise stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), wonach das UWG nicht den Marktzutritt, sondern nur das Marktverhalten von Unternehmen einschließlich der kommunalwirtschaftlichen Unternehmen regule. Das habe der BGH in einem Urteil vom 25.04.2002 (I ZR 250/00), über das bislang nur eine Pressemitteilung vorliege, ausdrücklich bestätigt. Im übrigen verstoße sie, die Beigeladene, mit der zu übernehmenden Tätigkeit des Abfalleinsammelns außerhalb des Verbandsgebiets des ... nicht gegen kommunalrechtliche Vorschriften. Zu diesem Ergebnis sei der Senat praktisch schon in der AWISTA-Entscheidung gekommen, weil er in seiner Analyse des § 107 GO NRW festgestellt habe, dass die durch § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW ausgesprochene Privilegierung kommunaler Einrichtungen, die der Abfallentsorgung dienen, auch eine Tätigkeit außerhalb der Grenzen der Gemeinde (und folglich hier des Verbandsgebiets des ...) erlaube. Sofern man eine Ortsbezogenheit für die der Abfallentsorgung dienenden privilegierten kommunalen Einrichtungen selbst überhaupt für erforderlich halten sollte, genüge es, dass sie (die Beigeladene) auch nach dem Erhalt des erhofften Zuschlags der Antragsgegnerin weiterhin ihren Ursprung, ihren Sitz und ihr Hauptbetätigungsfeld im Verbandsgebiet des ... haben werde. - Zu dem von der Antragstellerin behaupteten Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A (offenbares Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung) treffe die eingehend begründete Beurteilung der Vergabekammer in jeder Hinsicht zu. Die Antragstellerin setze sich mit den Ausführungen der Vergabekammer nicht oder nur gänzlich unzureichend auseinander, weshalb nicht erkennbar sei, weshalb das von der Vergabekammer gefundene Ergebnis unrichtig sein solle.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst den mitüberreichten Unterlagen Bezug genommen. 35

II. 36

Die sofortige Beschwerde ist begründet. Die Antragsgegnerin darf der Beigeladenen den ausgeschriebenen Auftrag zur Einsammlung von Abfällen in ihrem Stadtgebiet nicht erteilen, sondern muss deren Angebot vom Vergabeverfahren ausschließen, weil sie sonst einen Vergaberechtsfehler begehen würde. 37

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist im Beschwerdeverfahren - zu Recht - nicht im Streit. Der Senat nimmt daher auf die Ausführungen der Vergabekammer im angefochtenen Beschluss zur Zulässigkeit, insbesondere zur Antragsbefugnis und zur Erfüllung der Rügeobliegenheit, Bezug. Zur Antragsbefugnis sei ergänzend nur darauf hingewiesen, dass es für die Feststellung, das Angebot der Antragstellerin sei ordnungsgemäß unterschrieben gewesen und daher nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOL/A auszuschließen, der Heranziehung der zur Anscheins- und Duldungsvollmacht entwickelten Grundsätze nicht bedarf. Denn die zwei vertretungsberechtigten Geschäftsführer der Antragstellerin hatten dem Prokuristen, der das Angebot unterzeichnet hat, eine (dem Angebot in Fotokopie beigefügte) Vollmacht erteilt, die Antragstellerin bei der Angebotsabgabe allein zu vertreten. Aufgrund dieser - wirksamen - rechtsgeschäftlichen Vollmacht ist das vom Prokuristen unterzeichnete Angebot ordnungsgemäß unterschrieben. 38

2. Die Begründetheit des Nachprüfungsantrags ergibt sich allerdings nicht aus § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A. Die Antragstellerin kann nicht beanspruchen, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot wegen eines zu niedrigen Angebotspreises, also wegen eines "offenbaren Mißverhältnisses" ihres Preises zur Leistung ausgeschlossen wird. Für dieses (Teil-)Ergebnis bedarf es keiner Sachaufklärung dazu, ob die Beigeladene einen sogenannten 39

Unterkostenpreis angeboten hat, oder ob ihr Angebotspreis deshalb unrealistisch niedrig ist, weil ihre als Kalkulationsgrundlage maßgebende Planung hinsichtlich der Zahl der einzusetzenden Fahrzeuge und des Routenfahrplans unrealistisch ist. Selbst wenn dies alles der Fall wäre, wäre noch kein Sachverhalt feststellbar, der es erlaubte, es als eine Verletzung von Rechten der Antragstellerin (im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz 1 GWB) anzusehen, dass die Beigeladene ein so niedriges Angebot abgegeben hat und die Antragsgegnerin es anzunehmen beabsichtigt. Da die vorliegende Entscheidung auf der Ablehnung eines Anspruchs der Antragstellerin, die Beigeladene mit ihrem Angebot gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A auszuschließen, nicht beruht, sollen die dies begründenden Erwägungen des Senats nur kurz dargestellt werden:

Es ist in der Rechtsprechung der Vergabesenate umstritten, ob § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A und die entsprechende Vorschrift der VOB/A (§ 25 Nr. 3 Abs. 1) - und zwar jeweils in der Variante des "unangemessen niedrigen Preises" (so der Wortlaut des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A) - überhaupt eine bieterschützende Vorschrift im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz 1 GWB ist (verneinend: BayObLG VergabeR 2001, 65, 69; bejahend: OLG Celle NZBau 2000, 105; Thüringer OLG BauR 2000, 396, 401 f.). Zweifelsfrei dienen die Vorschriften zumindest in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers, der bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterkostenangebot Gefahr laufen kann, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei zu Ende führt oder aber in unberechtigte Nachforderungen auszuweichen versucht (vgl. BayObLG a.a.O., m.w.Nachw.; Senat, VergabeR 2001, 128 = WuW/E Verg 427). Es ist nicht der Sinn der Vorschriften, den Bietern auskömmliche Preise zu garantieren. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise bei einer Auftragsvergabe zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anbieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht wird leisten können (vgl. BGH NJW 1995, 737). Es kann für einen - leistungsfähigen - Bieter durchaus rechtlich nicht zu beanstandende Motive (z. B. einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Gemeinkosten zu erlangen, oder als Newcomer ins Geschäft zu kommen) geben, weshalb er bei einem bestimmten Einzelauftrag davon absieht, einen sogenannten auskömmlichen Preis zu verlangen. Es würde geradezu einen Verstoß gegen das - für die Auslegung der §§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A verbindliche - europäische Richtlinienrecht bedeuten, wenn man einen öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichten würde, nur auskömmliche oder kostendeckende Preise der Bieter zu akzeptieren (vgl. EuGH NVwZ 1990, 649, 650, Erwägungsgründe 18 und 20 - Costanzo/Stadt Mailand).

Der öffentliche Auftraggeber ist allerdings verpflichtet, "wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen" (§ 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A) oder "ungesunde Begleiterscheinungen" im Wettbewerb "zu bekämpfen" (§ 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A). Diese nur unterschiedlich formulierten, nach Sinn und Zweck aber gleichen Vorschriften haben zweifellos bieterschützenden Charakter (vgl. Senat, NZBau 2000, 155 - AWISTA). Wenn und soweit also Unterkostenangebote vom Auftraggeber nicht nur aus Selbstschutz, sondern auch mit Blick auf die aus den letztgenannten Vorschriften resultierende weitere Verpflichtung unterbunden werden müssen, muss man auch der Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A (und des § 25 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A) - gewissermaßen als Konkretisierung einer Fallgruppe zu § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A (und zu § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A) - bieterschützenden Charakter zumessen. Dazu gehören Unterkostenangebote (oder Angebote unter Einstandspreis), die in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber vom Markt ganz (also nicht nur aus einer einzelnen Auftragsvergabe) verdrängt werden. Ferner müssen dazu noch Unterkostenangebote gerechnet werden, die im konkreten Einzelfall den Bieter selbst in wirtschaftliche

Schwierigkeiten bringen, so dass er den Auftrag nicht vertragsgerecht durchführen kann. Die Wettbewerbswidrigkeit eines solchen ohne Rücksicht auf die Konsequenzen abgegebenen Angebots ist darin zu erblicken, dass es für die anderen höher und kostendeckend anbietenden Mitbewerber die schädigende Folge haben kann, dass sie in einem Zeitpunkt, in dem sie den Auftrag gut hätten annehmen und durchführen können, den Auftrag nicht erhalten, zu einem späteren Zeitpunkt aber den Auftrag (nachdem der erste Auftragnehmer wegen seines Unterangebots gescheitert ist) wegen der weiteren Entwicklung der geschäftlichen Verhältnisse - aus welchen Gründen auch immer - nicht mehr übernehmen können.

Die vorstehend dargelegte Ansicht zur Frage nach dem bieterschützenden Charakter des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A / § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A hat der Senat schon in seinem Beschluss vom 19. 12. 2000 - Verg 28/00 - (VergabeR 2001, 128 f. = WuW/E Verg 427 f. = NZBau 2002, 112 [L]) vertreten. Er hält an ihr nach Überprüfung fest. 42

Dann aber sind die Voraussetzungen für einen Anspruch der Antragstellerin, die Beigeladene gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A vom Vergabeverfahren auszuschließen, nicht erfüllt. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt und es ist nach dem Vorbringen aller Beteiligten auch nicht ersichtlich, dass die Beigeladene - mit einem deutlich kleineren Unternehmenszuschnitt als der Konzern, dem die Antragstellerin angehört - ihr Niedrigpreisangebot in Marktverdrängungsabsicht oder zumindest mit der in Kauf genommenen Gefahr abgegeben hat, dass die Antragstellerin vom (sachlich und räumlich relevanten) Markt ganz verdrängt werde. Andererseits erscheint das Unternehmen der Beigeladenen, auch mit Blick auf die unternehmerische Verbundenheit mit der ... und dem ..., so solide, dass nicht angenommen werden kann, die Beigeladene werde nach Übertragung des umkämpften Auftrags bei dessen Durchführung selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, weil der Angebotspreis - wie hier unterstellt werden mag - bei weitem nicht kostendeckend kalkuliert worden sei. 43

3. Die Antragstellerin wäre jedoch in ihren Rechten als Bieterin verletzt, wenn die Beigeladene für eine Abfalleinsammeltätigkeit außerhalb des Verbandsgebiets des ... den ausgeschriebenen Auftrag erhalte, und kann daher den Ausschluß des Angebots der Beigeladenen gemäß § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 Satz 2 KVRG (= Gesetz über den Kommunalverband Ruhrgebiet), 8 Abs. 1 GkG (= Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit), 107 Abs. 2 GO NRW verlangen. 44

a) Gemäß § 97 Abs. 1 GWB müssen sich öffentliche Auftraggeber (u.a.) Dienstleistungen, sofern die sogenannten Schwellenwerte erreicht sind (§ 100 Abs. 1 GWB), "im Wettbewerb" beschaffen. 45

aa) Dieser positiven Aussage des Gesetzes entspricht die mit einer Negation arbeitende Formulierung, dass öffentliche Auftraggeber Wettbewerbsverfälschungen oder "wettbewerbswidrige Vergabepraktiken" (Ausdruck von Dreher in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 97, Rdnr. 18 ff., vgl. hier insb. Rdnr. 27) nicht zulassen und erst recht nicht ihnen Vorschub leisten dürfen. Eine Wettbewerbsverfälschung kann auch darin bestehen, dass ein Unternehmen der öffentlichen Hand kraft gesetzlicher Anordnung eine wirtschaftliche oder - mit anderen Worten - eine für den Wettbewerb relevante Tätigkeit auf einem bestimmten Markt gar nicht aufnehmen darf, es aber dennoch tut und von einem anderen Unternehmen der öffentlichen Hand, dem Auftraggeber, darin durch die Auftragsvergabe noch unterstützt wird. Gewiß stellt es auch eine Wettbewerbswidrigkeit dar, wenn sich das öffentliche Unternehmen bei der Art und Weise der Durchführung eines ihm übertragenen Auftrags unlauter im Sinne des § 1 UWG verhält. Diese Erkenntnis hindert aber 46

nicht, die Aufnahme der Tätigkeit am Markt selbst, also den Marktzutritt des öffentlichen Unternehmens, falls dieser dem öffentlichen Unternehmen durch eine Gesetzesvorschrift untersagt ist, ebenfalls als eine Wettbewerbswidrigkeit, wenn nicht sogar als die primär zu unterbindende Wettbewerbsverfälschung anzusehen. Denn ein (öffentliches) Unternehmen, das kraft gesetzlicher Anordnung gar nicht in den Wettbewerb eingreifen darf, stört oder (mit anderen Worten) verfälscht ganz massiv den Wettbewerb, wenn es dennoch in den Wettbewerb mit den anderen (zugelassenen) Wettbewerbsteilnehmern eintritt und diesen dann auch noch das konkrete Objekt des Wettbewerbs, den Auftrag des öffentlichen Auftraggebers, durch Auftragsübernahme entzieht.

bb) Die schon aus § 97 Abs. 1 GWB abzuleitende Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, derartige Wettbewerbsverfälschungen zu unterbinden, ergibt sich auch aus den "Grundsätzen der Vergabe" in § 2 Nr. 1 VOL/A, die für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB) gemäß den §§ 1, 4 Abs. 1 VgV Rechtsnormqualität haben. Abs. 1 des § 2 Nr. 1 VOL/A entspricht § 97 Abs. 1 GWB: Leistungen sind in der Regel "im Wettbewerb" zu vergeben. Ergänzend und konkretisierend ordnet Abs. 2 der Vorschrift an, "wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen" seien "zu bekämpfen". Terminologisch ist anzumerken, dass eine Wettbewerbsverfälschung ein Unterfall des Oberbegriffs der Wettbewerbsbeschränkung ist (vgl. nur § 1 GWB, wenn auch diese Norm einem anderen Zweck dient als § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A). In den Erläuterungswerken wird zu § 2 Nr. 1 VOL/A zu Recht betont, die wettbewerbliche Vergabe sei das tragende Prinzip der Verdingungsordnungen und das zentrale Element bei der Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand (Müller in: Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl., § 2 [Abschnitt 1], Rdnr. 7; Roth in: Müller-Wrede, VOL/A, § 2, Rdnr. 7). Dabei schließt das wettbewerbliche Prinzip die selbstverständliche Forderung ein, dass bei den Beschaffungen zur Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand "die Kräfte des Marktes zum Einsatz gebracht" und "grundsätzlich mehrere, konkurrierende Bewerber bzw. Bieter herangezogen werden sollen" (Roth und Müller, jeweils a.a.O.), erschöpft sich aber nicht in dieser Forderung. Vielmehr soll der Wettbewerb gegen *alle* Beeinträchtigungen geschützt werden, "die ihm von verschiedenen Seiten drohen" (Müller, a.a.O.). Demzufolge hat der öffentliche Auftraggeber die weitreichende Verpflichtung, "stets dafür zu sorgen, dass echter, *unverfälschter* Wettbewerb hergestellt wird und erhalten bleibt" (Roth, a.a.O., Rdnr. 19 [Hervorhebung durch Kursivdruck hinzugefügt]).

47

Dass der in § 2 Nr. 1 VOL/A normierte Schutz der wettbewerblichen Vergabe denkbar weit und umfassend zu verstehen ist, wird auch daran deutlich, dass zu den "unlauteren Verhaltensweisen", die kraft der ergänzenden Vorschrift des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A zu bekämpfen sind, auch Wettbewerbshandlungen gerechnet werden, die nicht gegen UWG-Vorschriften (z.B. § 1, § 3 oder § 12), wohl aber gegen Vorschriften anderer Gesetze verstoßen (vgl. Müller, a.a.O. Rdnr. 14, der hierzu u.a. das Beispiel nennt, dass sich eine Gemeinde oder ein ihr gehörendes Unternehmen entgegen einem gemeinderechtlichen Verbot der wirtschaftlichen Betätigung, z.B. § 107 GO NRW, als Bieter an einem Vergabewettbewerb beteiligt [wobei Müller als verletzte Verbotsnorm hier im Rahmen des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A - unnötigerweise - § 1 UWG mit einbezieht]; im Ergebnis ebenso [ohne Einbeziehung von § 1 UWG] Roth, a.a.O. Rdnr. 23).

48

Die so umfassend zu verstehende Durchsetzung des wettbewerblichen Prinzips bei der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand liegt - was stets zu beachten ist - nicht nur im Interesse des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, sondern auch des potentiellen Auftragnehmers (vgl. Müller, a.a.o. Rdnr. 8), soll also auch den Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren schützen (vgl. auch zur inhaltsgleichen Norm des § 2 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/A: Prieß in Beck'scher VOB-Komm., A I § 2 Rdnr. 14, m.w.Nachw.).

49

b) Wenn die Verletzung des Prinzips der wettbewerblichen Vergabe (vorstehend unter a)) in der Tatsache gesehen wird, dass das Angebot eines Unternehmens der öffentlichen Hand entgegen einem diesen Bieter treffenden gesetzlichen Verbot des Markteintritts berücksichtigt wird (wie hier), muss für einen Erfolg des Nachprüfungsantrags zur Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, Wettbewerbsverfälschungen und unlautere Verhaltensweisen von Bieterunternehmen zu unterbinden, das Recht des Wettbewerbers/Antragstellers hinzukommen, vom öffentlichen Auftraggeber die Beachtung des Markteintrittsverbots, dem jenes öffentliche Unternehmen unterliegt, verlangen zu können. Sofern man dieses Recht nicht schon aus dem Wettbewerbsprinzip selbst meint ableiten zu können (vgl. vorstehend unter a) bb), letzter Absatz), besteht dieses Recht des Wettbewerbers/Antragstellers jedenfalls dann, wenn die Auslegung der Verbotsnorm ergibt, dass sie mit Blick auf die Unternehmen der öffentlichen Hand einerseits und privatwirtschaftliche Unternehmen andererseits (auch) eine den Wettbewerb regelnde Funktion hat. Das trifft auf § 107 GO NRW, auch dessen Absatz 2, zu, wie der Senat schon in der AWISTA-Entscheidung (NZBau 2000, 155 f.) herausgearbeitet hat (vgl. auch die nachfolgenden Ausführungen). Dass die Beigeladene ihr hier zu prüfendes Angebotsverhalten an § 107 GO NRW messen lassen muss, wird vorweg (nachfolgend c)) dargestellt werden. 50

c) Der ... hat die Vorschriften der Gemeindeordnung NRW und damit auch § 107 GO NRW in sinngemäßer Anwendung zu befolgen. Das ergibt sich aus folgenden Vorschriften: Der ... ist als öffentlich-rechtliche Körperschaft vom Gesetzgeber des Landes NRW durch das "Gesetz über den Kommunalverband Ruhrgebiet (KVRG)" (GV NRW 1994, 640, in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. 7. 1994) errichtet worden. Er wird gebildet aus den Städten Bochum, Bottrop, Dortmund, Duisburg, Essen, Gelsenkirchen, Hagen, Hamm, Herne, Mülheim a. d. Ruhr und Oberhausen sowie den Kreisen Ennepe-Ruhr-Kreis, Recklinghausen, Unna und Wesel (§ 1 KVRG). Das Gebiet des ... umfaßt das Gebiet der Mitgliedskörperschaften, es kann nur durch Gesetz geändert werden (§ 3 Satz 1 und 2 KVRG). § 4 KVRG regelt die Aufgaben und Tätigkeiten des Keine der Einzelschriften des § 4 KVRG legitimiert eine Tätigkeit des ... außerhalb seines Verbandsgebiets, im Gegenteil: mehrere Einzelschriften beziehen Aufgaben und Tätigkeiten des ... sogar ausdrücklich oder zumindest nach ihrem klar erkennbaren Sinn auf das Verbandsgebiet oder auf einen Teil desselben, nämlich auf das Gebiet einer Mitgliedskörperschaft (vgl. Abs. 1 Nr. 3 und 4, Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 bis Abs. 5 i.V.m. Abs. 7 des § 4 KVRG). Da der Gesetzgeber den ... als "Gemeindeverband" errichtet hat, finden alle Vorschriften, die bestimmen, dass sie für die Gemeindeverbände gelten, auf den ... Anwendung, soweit sich aus ihnen oder aus dem KVRG nichts anderes ergibt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 KVRG). Eine solche Vorschrift ist § 8 Abs. 1 des "Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit" (GV NRW 1979, 621, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. 10. 1979; im folgenden: GkG). Nach § 8 Abs. 1 GkG finden auf den "Zweckverband" die Vorschriften der GO NRW sinngemäß Anwendung. Der ... ist ein Zweckverband im Sinne des GkG. Denn das GkG regelt für die gemeinsame Wahrnehmung von Aufgaben mehrerer Gemeinden, dass dies nach den Vorschriften des GkG zu geschehen habe (§ 1 Abs. 1 GkG). § 1 Abs. 2 GkG unterscheidet nur drei Formen kommunaler Gemeinschaftsarbeit: Arbeitsgemeinschaften, Zweckverbände und öffentlich-rechtliche Vereinbarungen. Da der ... wegen des ihm eigenen Strukturelements einer Körperschaft (des öffentlichen Rechts) ersichtlich keine bloße "kommunale Arbeitsgemeinschaft" darstellt und noch viel weniger mit einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung gleichgesetzt werden kann, bleibt nur die Einstufung als "Zweckverband" übrig, und zwar in der in § 4 Abs. 1 GkG vorgesehenen Variante eines Pflichtverbandes (zu dem Gemeinden sich nicht zusammenschließen [dann bilden sie einen "Freiverband"], sondern zusammengeschlossen werden [wie hier vom Landesgesetzgeber]). Wie § 2 Abs. 1 KVRG für den speziellen Zweckverband ... bestimmt auch § 5 GkG zur Rechtsform des Zweckverbands 51

generell, dass dieser eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und ein Gemeindeverband ist. Den vorstehenden Vorschriften zufolge ist daher § 8 Abs. 1 GkG auf den ... anwendbar. Das führt zur ("sinngemäßen") Anwendbarkeit des § 107 GO NRW. Soweit es für die unmittelbare Anwendung des § 107 GO NRW auf das Gemeindegebiet ankommt, tritt stattdessen bei der sinngemäßen Anwendung der Vorschrift auf den ... dessen Verbandsgebiet.

Die Beigeladene hat keine weitergehenden Rechte, sich am Vergabeverfahren der Antragsgegnerin beteiligen zu dürfen, als sie der ... selbst hätte. Denn die Beigeladene wird - lediglich vermittelt durch die zwischen ihr und dem ... rangierende ... - zu 100 % vom ... beherrscht. Wenn es dem ... gemäß §107 GO NRW (i.V.m. den §§ 2 Abs. 1 Satz 2 KVRG, 8 Abs. 1 GkG) versagt ist, den von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Auftrag anzunehmen und durchzuführen, so gilt Gleiches auch für die Beigeladene, obwohl sie selbst nicht unmittelbar Normadressatin der §§ 107 ff. GO NRW ist. Dieses Ergebnis läßt sich entweder damit begründen, dass die Beigeladene - unter Zwischenschaltung der ... - vom ... beherrscht wird und damit als ein Unternehmen anzusehen ist, mit dem und durch das ein Verband von Kommunen (hier: der ...) gemeindefirtschaftsrechtlich agiert [so die Vergabekammer im angefochtenen Beschluss], oder damit, dass die Beigeladene einen Verstoß des ... (eines Normadressaten) gegen das (modifizierte) Verbot der wirtschaftlichen Betätigung aus § 107 GO NRW unterstützt und in einem solchen gesetzwidrigen Zusammenwirken des ... und der Beigeladenen eine wettbewerbswidrige und unlautere Verhaltensweise (auch) der Beigeladenen zu sehen sein kann [so schon die Argumentation des Senats in der AWISTA-Entscheidung, NZBau 2000, 155, 156]. Als weiteres Argument zur Begründung des Ergebnisses, dass die Beigeladene dem gleichen Verbot zum Markteintritt und damit zur Teilnahme am Vergabeverfahren der Antragsgegnerin unterliegt wie der ..., läßt sich noch anführen, dass es dem ... sonst ohne weiteres möglich wäre, das Verbot durch den Einsatz von ihm abhängiger, zivilrechtlich formierter Gesellschaften zu umgehen. Das Verbot von Umgehungsgeschäften ist aber gerade auch im Vergaberecht zu beachten (vgl. EuGH, Urt. v. 15. 1. 1998, "Mannesmann Anlagenbau Austria", WuW/E Verg 23, 27, Erwägungsgrund 43; Dreher in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., vor §§ 97 ff., Rdnr. 81 - 84, m. w. Nachw.).

52

d) Ob § 107 GO NRW nur den Normzweck eines Selbstschutzes der sich wirtschaftlich betätigenden Gemeinden oder auch eine den Wettbewerb zwischen kommunalwirtschaftlichen und privatwirtschaftlichen Unternehmen regelnde Funktion hat (was bei einem Normverstoß zur Anspruchsberechtigung der Antragstellerin führen würde, s. oben II. 3. a) und b)), ist durch Auslegung zu ermitteln. § 107 GO NRW mit der gesetzlichen Überschrift "Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung" (der Gemeinden) ist in seiner heutigen Fassung geschaffen worden durch das *Erste Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen (Erstes Modernisierungsgesetz - 1. ModernG NRW)* vom 15.06.1999 (GV NRW 1999, 386). Bei (so) jungen Gesetzen muss man sich hinsichtlich des Normzwecks in erster Linie an den Vorstellungen und Motiven der Gesetzgebungsorgane orientieren.

53

Die Landesregierung hat zur Begründung ihres Gesetzentwurfs des 1. ModernG NRW zu dem zu ändernden § 107 GO NRW u.a. ausgeführt: Die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei der wirtschaftlichen Betätigung sollten durch Änderung des § 107 GO NRW in begrenztem Umfang erweitert werden, ohne die Interessen vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen zu gefährden. Der Gesetzentwurf trage den sich ändernden Rahmenbedingungen für die kommunale Wirtschaft Rechnung. Das geltende Gemeindefirtschaftsrecht setze der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden sachliche

54

und räumliche Grenzen. Die Diskussion um Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände sei von den *stark divergierenden Interessen der Beteiligten* geprägt. Auf der einen Seite machten Kommunen und kommunale Unternehmen geltend, unter veränderten Wettbewerbsbedingungen nur bestehen zu können, wenn ihr Handlungsspielraum erweitert werde. Auf der anderen Seite forderten Wirtschaft und Wirtschaftsverbände den Vorrang der materiellen Privatisierung von Aufgaben, die bisher noch von der öffentlichen Hand (darunter den Kommunen) wahrgenommen würden. Vor diesem Hintergrund seien für den Gesetzgeber bei einer Reform des Gemeindefinanzrechts drei vom Ansatz her unterschiedliche Lösungswege möglich: (a) Abkehr von der Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung, deren Gleichrangigkeit mit der privatwirtschaftlichen Betätigung damit gesetzlich bestimmt werde. (b) Verbot der kommunalwirtschaftlichen Betätigung. Die Ansätze (a) und (b) führten jedoch *nicht zu einem nachhaltigen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen*. Deshalb schlage die Landesregierung mit einer Stärkung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten bei Wahrung der Subsidiarität eine Änderung der GO NRW vor, die *den unterschiedlichen Interessen gerecht werde*. Der Gesetzentwurf sehe eine begrenzte Ausweitung der Handlungsmöglichkeiten für Gemeinden und Gemeindeverbände in sachlicher und räumlicher Hinsicht vor. Zugleich halte der Entwurf an der grundsätzlichen Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung - ausgenommen die in § 107 Abs. 1 GO NRW genannten Kernbereiche der Versorgungsleistungen - fest (Landtags-Drs. 12/3730, S. 103, 105 u. 106; Hervorhebungen durch Kursivdruck hinzugefügt). Diese Entwurfsbegründung der Landesregierung läßt klar erkennen, dass sie bei der Neufassung des § 107 GO NRW einen "gerechten" Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der kommunal- und der privatwirtschaftlichen Unternehmen herstellen wollte, dass sie also die divergierenden wettbewerblichen "Interessen der Beteiligten" (a.a.O. S. 105) regeln wollte. Damit hat § 107 GO NRW n. F. insgesamt nach den Vorstellungen und Motiven der Landesregierung gerade auch eine den Wettbewerb zwischen den "Beteiligten" (Kommunal- und Privatwirtschaft) regelnde Funktion.

An diesem Regelungswillen auf Seiten des Gesetzgebers hat sich im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ersichtlich nichts geändert. Ausweislich des Berichts des federführenden Landtagsausschusses für Verwaltungsstrukturreform gibt es keine Anzeichen, die die Annahme rechtfertigen könnten, man habe etwas an der Funktion des zu reformierenden § 107 GO NRW, auch einen Interessenausgleich zwischen den Gemeinden einschließlich ihrer kommunalwirtschaftlich tätigen Unternehmen und den Unternehmen der privaten Wirtschaft herbeizuführen und so den Wettbewerb zwischen diesen beiden Gruppen zu regeln, ändern wollen. Im Gegenteil: In dem Bericht über das Ergebnis der Ausschlußberatungen wird die Auffassung der SPD-Fraktion (u.a.) mit dem Satz wiedergegeben, in dem gegenüber dem Regierungsentwurf vom Ausschuß mit einer Änderung vorgeschlagenen Art. 1 [Änderung der GO NRW] des 1. ModernG seien die Bedenken des Handwerks und der gewerblichen Wirtschaft zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen "berücksichtigt" worden. Von der Fraktion des Koalitionspartners der SPD, der GRÜNEN, wird eine Mahnung festgehalten, in der von dem zu beachtenden "Schutz der gewerblichen Wirtschaft" die Rede ist ("Neben dem Schutz der gewerblichen Wirtschaft müsse auch die Weiterentwicklung z.B. der Energiewirtschaft beachtet werden"; Landtags-Drs. 12/3947, S. 93). Daraus folgt, dass derartige Schutzerwägungen zugunsten der privatwirtschaftlichen Unternehmen dem Gesetzgebungsvorschlag des Ausschusses an den Landtag durchaus (auch) zugrunde lagen. Dass der Ausschuß (u.a.) darauf bedacht war, die Interessen der privaten Wirtschaft gegen eine zu starke Erweiterung der Betätigung kommunalwirtschaftlicher Unternehmen in Schutz zu nehmen, erkennt man ferner an der wichtigsten Änderung, die der Ausschuß am Entwurfstext des § 107 GO NRW angebracht

hat. Die Landesregierung hatte die erste Bedingung, unter der sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen darf, so formuliert: "wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung *rechtfertigt*". Der Ausschuß ersetzte in seinem Änderungsvorschlag das letzte Wort durch das Wort "*erfordert*" (Landtags-Drs. 12/3947, S. 6, 94). Daraus resultiert eine erhebliche Erhöhung der Hürde für eine zulässige wirtschaftliche Betätigung der Kommunen.

Der letztgenannte Punkt ("erfordert" statt des schwächeren "rechtfertigt") läßt auch erkennen, dass der im Vorstehenden dargestellte Wille des Landesgesetzgebers, einen Interessenausgleich zwischen den kommunalwirtschaftlichen und den privatwirtschaftlichen Unternehmen zu schaffen, so dass dem § 107 GO NRW eine den Wettbewerb regelnde Funktion zukommt, und in zumindest eingeschränktem Ausmaß die Interessen der privaten Wirtschaft gegenüber einer Erweiterung der Kommunalwirtschaft in Schutz zu nehmen, im Gesetz selbst seinen Niederschlag gefunden hat. Der Wille des Landesgesetzgebers ist aber noch an weiteren Stellen des § 107 GO NRW n.F. - und damit insgesamt sicherlich ausreichend - zum Ausdruck gekommen: u.a. in der Wiedereinführung der Subsidiaritätsklausel (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, mit Ausnahme der dort aufgezählten Bereiche der Daseinsvorsorge), in der Anbindung der überörtlichen wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden an die relativ engen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Abs. 1 (Abs. 3 Satz 1) und in der Einführung der Verpflichtung, vor der Gründung von oder der Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Abs. 1 eine Marktanalyse nicht nur über die wirtschaftlichen Chancen und Risiken, sondern auch über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft einzuholen (Abs. 5). 56

Nach erneuter Überprüfung verbleibt daher der Senat bei seiner schon in der AWISTA-Entscheidung (NZBau 2000, 155) vertretenen Ansicht, dass § 107 GO NRW (insgesamt) in der Gemengelage kommunalwirtschaftlicher und privatwirtschaftlicher Betätigung - nach dem Willen des Landesgesetzgebers - (auch) eine den Wettbewerb regelnde Funktion hat. Schon dieser Normzweck führt dazu, dass sich ein privatwirtschaftliches Bieterunternehmen wie die Antragstellerin gegenüber einem kommunalen Unternehmen wie der Beigeladenen, das sich unter Verstoß gegen § 107 GO NRW am Vergabeverfahren beteiligt, auf diese Verletzung des § 107 GO NRW in Verbindung mit dem Prinzip der wettbewerblichen Vergabe (§ 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A) zur Begründung eines Nachprüfungsantrags berufen kann. Denn wegen der überragenden, den Schutz der Bieter einschließenden Bedeutung des Wettbewerbsprinzips (s. oben II. 3. a)) ist eine Norm, die eine den Wettbewerb regelnde Funktion in einem das Vergabeverfahren betreffenden Marktbereich zugunsten derjenigen Gruppe von Unternehmen (hier: privatwirtschaftlichen Unternehmen) hat, der ein Bieter/Antragsteller angehört, vom öffentlichen Auftraggeber zum Schutze dieses Bieters zu beachten. So wird eine Vorschrift, die von ihrer Funktion her (auch) den Wettbewerb regeln soll, allein schon im Zusammenwirken mit dem Wettbewerbsprinzip zur bieterschützenden Vorschrift im Sinne der §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz 1 GWB, was hier für die Anspruchsberechtigung der Antragstellerin bereits ausreicht. Der Senat ist aber darüber hinaus unverändert der schon in der AWISTA-Entscheidung (a.a.O.) vertretenen Ansicht, dass aus dem vorstehend dargelegten Gesetzeszweck des § 107 GO NRW außerdem folgt, dass die Interessen privatwirtschaftlicher Unternehmen, die durch eine gegen § 107 GO NRW verstoßende Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beeinträchtigt werden, in den Schutzbereich dieser Norm schon unmittelbar mit einbezogen sind. Dann aber gehört § 107 GO NRW auch unmittelbar mit zu den drittschützenden Vorschriften, die der öffentliche Auftraggeber im Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB einzuhalten hat (wobei das Wettbewerbsprinzip - § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Nr. 1 VOL/A - der aus dem Kommunalrecht stammenden drittschützenden Vorschrift bei dieser 57

Betrachtungsweise den Charakter einer "Bestimmung über das Vergabeverfahren" im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB verleiht).

e) Mit seiner Ansicht, dass die Antragstellerin durch einen Verstoß gegen § 107 GO NRW in Verbindung mit § 97 Abs. 1 GWB / § 2 Nr. 1 VOL/A - in dem hier interessierenden Marktbereich - in ihren Rechten verletzt wird (§§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 Satz GWB), kollidiert der Senat - entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen - nicht mit der Rechtsprechung des BGH. 58

aa) Dass der Senat mit seiner Ansicht nicht von einer Entscheidung des BGH abweicht, steht schon deshalb fest, weil es bisher eine Entscheidung des BGH, die auf § 97 Abs. 1 GWB und/oder § 2 Nr. 1 VOL/A und/oder dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip in Verbindung mit § 107 GO NRW oder einer funktional vergleichbaren gemeinderechtlichen Vorschrift eines anderen Bundeslandes beruht, nicht gibt (dem beschließenden Senat ist jedenfalls eine solche BGH-Entscheidung nicht bekannt). Die im Zusammenhang mit derartigen gemeinderechtlichen Vorschriften zu § 1 UWG ergangene Rechtsprechung des BGH ist nicht präjudiziell. § 1 UWG einerseits und § 97 Abs. 1 GWB [betreffend das Wettbewerbsprinzip] sowie § 2 Nr. 1 VOL/A andererseits haben trotz nicht zu verkennender Berührungspunkte unterschiedliche Norminhalte und verschiedene Normzwecke (das braucht in Anbetracht der Ausführungen oben unter II. 3. a) hier nicht nochmals dargestellt zu werden). Die vorliegende Beschwerdeentscheidung beruht nicht, auch nicht teilweise auf einer Anwendung des § 1 UWG. Auch die AWISTA-Entscheidung des Senats hatte ihre Rechtsgrundlage nicht (auch nicht teilweise) in § 1 UWG. Ein zum Nachteil eines privatwirtschaftlichen Bieters begangener Verstoß eines kommunalen Unternehmens gegen § 107 GO NRW ist unmittelbar relevant für die Anwendung des § 97 Abs. 1 GWB und des § 2 Nr. 1 VOL/A, ohne dass es noch einer normativen "Brücke" oder "Verklammerung" durch § 1 UWG bedarf (das ergibt sich aus den Ausführungen oben unter II. 3. a) und d)). Schon deshalb kommt es für die Beschwerdeentscheidung auch auf das neue Urteil des BGH vom 25.04.2002 (I ZR 250/00), auf das sich die Antragsgegnerin und die Beigeladene berufen, nicht an. 59

bb) Vorsorglich sei zur Anwendung des § 1 UWG in Verbindung mit § 107 GO NRW bemerkt: 60

Es trifft nicht zu, dass der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung für die Frage des "Ob" der Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit durch eine Kommune oder ein kommunales Unternehmen, also bei einem nach Gemeinderecht objektiv verbotenen Marktzutritt der Gemeinde oder des kommunalen Unternehmens, die drittschützende Wirkung der gemeinderechtlichen Verbotsnorm - im Rahmen des § 1 UWG - immer verneint habe. Er hat sie vielmehr gerade für den Bereich der GO NRW bisher bejaht: In dem BGH-Fall "Blockeis II" aus dem Jahre 1965 (BGH GRUR 1965, 373) ging es um den Vorläufer des heutigen § 107 GO NRW. Der damalige § 69 Abs. 1 GO NRW bestimmte, dass Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen u.a. nur dann errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen, wenn ein *dringender* Zweck das Unternehmen *erfordert*. Der BGH hat der Unterlassungs- und Schadenersatzklage eines Blockeis-Herstellers gegen eine Stadt, die in ihrem Schlachthof hergestelltes Blockeis in großen Mengen auch an Private verkaufte, auf der Grundlage des § 1 UWG stattgegeben. Zur Begründung seines Urteils hat der BGH ausgeführt, dass der damalige § 69 Abs. 1 GO NRW, dessen Grenzen für die gewerbliche kommunale Tätigkeit die beklagte Stadt nicht eingehalten hatte, den Zweck verfolge, die Angehörigen der privaten Wirtschaft vor einer drohenden Beeinträchtigung durch den Wettbewerb gemeindlicher Unternehmen zu schützen. Damit sei die Voraussetzung dafür gegeben, einen Verstoß gegen § 69 GO NRW zugleich als Verstoß gegen die Regeln des 61

lauteren Wettbewerbs im Sinne des § 1 UWG anzusehen, mit den sich aus § 1 UWG ergebenden zivilrechtlichen Ansprüchen auf Unterlassung und Schadenersatz. In einem späteren Urteil (BGH GRUR 1973, 655, 657 - "Möbelauszeichnung") hat das "Blockeis II"-Urteil durch den BGH selbst eine authentische Interpretation dahin erfahren, dass es sich bei § 69 Abs. 1 GO NRW um eine Vorschrift von "unmittelbar wettbewerbsrechtlichem Charakter" handele, die dem "Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden" diene. Den besonderen Schutzzweck dieser NRW-Vorschrift zugunsten der privaten Wirtschaft hat der BGH auch noch im nachfolgenden "Schilderverkauf"-Urteil (GRUR 1974, 733) betont, in dem er die auf § 1 UWG i. V. m. § 89 NGO (niedersächsische Gemeindeordnung) gestützte Klage eines Unternehmens, das eine Fertigungs- und Verkaufsstelle für Kfz-Kennzeichenschilder betrieb, gegen einen Landkreis, es zu unterlassen, in den Diensträumen seiner Kfz-Zulassungsstelle vorgefertigte Kfz-Schilder zum Verkauf bereitzuhalten, abgewiesen hat. Nach § 89 Abs. 1 NGO in der damaligen Fassung durften Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen u.a. nur dann errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen *rechtfertigt*. Zu der so gefaßten gemeinderechtlichen Vorschrift hat der BGH ausgeführt, es sei eine allgemein politische und wirtschaftspolitische Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen ihr insofern gesetzt seien; darauf könne sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht erstrecken. Der BGH hat es jedoch als notwendig erachtet, dieses zu § 89 NGO gefundene Ergebnis gegenüber dem "Blockeis II"-Urteil, dessen Ansicht nicht aufgegeben wurde, folgendermaßen abzugrenzen: Der besondere die private Wirtschaft schützende Zweck der NRW-Norm sei aus der verschärfenden Vorschrift hergeleitet worden, dass ein *dringender* öffentlicher Zweck das gemeindliche Unternehmen *erfordern* müsse, wenn die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zulässig sein solle (BGH GRUR 1974, 733, 734). Diese Rechtsprechung zu § 1 UWG i. V. m. der die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit von Gemeinden regelnden NRW-Norm (inzwischen § 107 GO NRW, in den Jahren 1997/98 nach wie vor mit dem Element des "Erfordernisses" eines "dringenden" öffentlichen Zwecks) hat der BGH noch im Jahre 1998 aufrecht erhalten, als er durch Beschluss vom 8. 10. 1998 (I ZR 284/97) die Revision gegen das unter dem Schlagwort "Gelsengrün" bekannt gewordene Urteil des OLG Hamm vom 23. 9. 1997 (NJW 1998, 3504 f.) nicht annahm. In diesem Urteil hat das OLG Hamm der Klage eines privatwirtschaftlichen Gartenbauunternehmens gegen eine Stadt, es zu unterlassen, mit ihrem aus der Umwandlung des städtischen Grünflächen- und Friedhofsamts entstandenen Eigenbetrieb landschaftsgärtnerische Arbeiten privaten Auftraggebern anzubieten und/oder solche Arbeiten auszuführen, aufgrund des § 1 UWG i. V. m. § 107 Abs. 1 GO NRW stattgegeben.

Zwar ist im derzeit geltenden § 107 Abs. 1 GO NRW seit der (oben unter II. 3. d) dargestellten) Änderung durch das 1. ModernG NRW der Zusatz "dringend" beim Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zwecks, also ein Teil der vom BGH (GRUR 1974 733, 734) so genannten Verschärfung dieser NRW-Vorschrift (gegenüber z.B. § 89 Abs. 1 NGO i.d.F., die jedenfalls 1973/74 galt), entfallen. Nach der jetzigen Fassung des § 107 Abs. 1 GO NRW darf die Gemeinde sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, (u.a.) wenn "ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert". Aus der Streichung jenes Zusatzes "dringend" kann aber nicht gefolgert werden, damit hätten sich die bisherigen Gerichtsentscheidungen zum Schutzzweck des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW erledigt und - vor allem - es sei im Umkehrschluß nunmehr davon auszugehen, dass § 107 Abs. 1 GO NRW n.F. nicht mehr den Schutz privater Mitbewerber bezwecke (so aber Köhler, WRP 1999, 1205, 1207, und ihm folgend Jarass in dem von der Beigeladenen vorgelegten rechtswissenschaftlichen Gutachten "Kommunale Unternehmen im Wettbewerb" [2001], S. 92 Fußn. 134 u. S. 93). Zu der am Wortlaut des § 107 Abs. 1 GO NRW n.F. orientierten

Auslegung ist darauf hinzuweisen, dass der wichtigere Teil der vom BGH (a.a.O.) so genannten Verschärfung des § 69 Abs. 1 GO NRW a.F. gegenüber (z.B.) § 89 Abs. 1 NGO a.F. bestehen geblieben ist, dass nämlich ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde "erfordern" und nicht nur "rechtfertigen" muss. Köhler (und ihm folgend Jarass) mißt dem jetzt aus § 107 Abs. 1 GO NRW gestrichenen Adjektiv "dringend" eine viel zu große Bedeutung in der vorliegenden Frage bei. Durch den Zusatz "dringend" in der Akzentuierung des öffentlichen Zwecks sollte die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde auf *sachlich* wirklich elementare, für die Bürger in der Gemeinde unbedingt wichtige Angelegenheiten eingegrenzt werden (vgl. Hill BB 1997, 425, 428). Das war der Bezugspunkt des "dringend", nicht aber der Schutzbereich nach dem Normzweck und nicht der Gedanke, dass bei einer Grenzüberschreitung die Interessen privatwirtschaftlicher Unternehmer in den Schutzzweck der Norm einbezogen werden sollten. Der Argumentation von Köhler und Jarass kann aber vor allem deshalb nicht beigepllichtet werden, weil sie den Normzweckvorstellungen und Motiven der Gesetzgebungsorgane des Landes NRW (s. o. II. 3. d)) keine oder nur unzureichende Beachtung schenken. Nach dem vom Landesgesetzgeber mit § 107 GO NRW verfolgten Zweck, bei der Stärkung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten auch den Interessen der privatwirtschaftlichen Unternehmen gerecht zu werden, so dass der Norm eine den Wettbewerb regelnde Funktion zukommt, muss die Aufnahme einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung, die die Schranken des § 107 GO NRW nicht beachtet, nach wie vor auch als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG bewertet werden, ohne dass weitere Unlauterkeitsmerkmale hinzutreten müssen (ebenso: OLG Düsseldorf - 2. Zivilsenat - NVwZ 2000, 111 f.; OLG Düsseldorf - 20. Zivilsenat - NWVBl. 2001, 443, 444 f.).

Diese Ansicht des Senats zu § 1 UWG i. V. m. § 107 GO NRW n.F. kann in dem strikten Sinne des § 124 Abs. 2 GWB eigentlich nicht von dem neuen Urteil des BGH (vom 25. 4. 2002 - I ZR 250/00), auf das sich die Antragsgegnerin und die Beigeladene berufen, abweichen. Denn dieses Urteil ist in einem Rechtsstreit zwischen einem in der Münchener Region tätigen Unternehmen des Elektrohandwerks und den Stadtwerken der Stadt München ergangen. Für die Frage der Zulässigkeit der von der Klägerin beanstandeten Ausführung von Elektroarbeiten für private Auftraggeber durch die Beklagte und für die weitere Frage der rechtlichen Konsequenzen einer (gemeinderechtlichen) Unzulässigkeit solcher wirtschaftlichen Betätigung der Stadtwerke war rechtlich außer § 1 UWG nur eine Vorschrift der Bayer. Gemeindeordnung (Art. 87 BayGO) zur Beurteilung heranzuziehen. Wenn der BGH, wie aus der bislang allein vorliegenden Mitteilung der Pressestelle des BGH geschlossen werden muss, der BayGO nicht im Wege der Auslegung hat entnehmen können, dass der Normzweck des Art. 87 BayGO auch den Schutz der auf den jeweils sachlich und räumlich relevanten Märkten tätigen privatwirtschaftlichen Unternehmen gegenüber einer Behinderung durch den unzulässigen, gesetzwidrigen Marktzutritt der Kommunen oder kommunaler Unternehmen umfasse, bedeutet das für einen NRW-Fall noch nichts. Da Gemeinderecht Landesrecht ist, müssen im Rahmen der Anwendung des § 1 UWG die kommunalrechtlichen Vorschriften jedes einzelnen Landes je für sich nach ihrem Zweck ausgelegt werden (wie es auch der BGH in den oben zitierten Urteilen "Blockeis II" und "Schilderverkauf" sowie im Fall "Gelsengrün" praktiziert hat). Der beschließende Senat hat es daher nicht für notwendig und damit auch nicht für gerechtfertigt gehalten, die vorliegende Beschwerdeentscheidung bis zu dem (ungewissen) künftigen Zeitpunkt hinauszuschieben, in dem das vollständig begründete BGH-Urteil I ZR 250/00 - für die Öffentlichkeit erreichbar - vorliegt.

63

Es sei nochmals betont, dass die vorstehenden Ausführungen dieses Abschnitts II. 3. e) bb) vorsorgliche Hilfserwägungen sind, auf denen die Beschwerdeentscheidung nicht beruht.

64

- f) Die von der Beigeladenen der Antragsgegnerin angebotene Abfalleinsammeltätigkeit außerhalb des Verbandsgebiets des ... stellt einen Verstoß gegen § 107 (Abs. 2) GO NRW [i. V. m. §§ 2 Abs. 1 Satz 2 KVRG, 8 Abs. 1 GkG] dar. 65
- aa) Das ergibt sich allerdings nicht schon aus der [hier gemäß § 8 Abs. 1 GkG gebotenen] sinngemäßen Anwendung des § 107 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GO NRW. § 107 Abs. 3 GO NRW, der die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets zwar überhaupt zuläßt, sie aber an relativ enge Voraussetzungen bindet, ist nur anwendbar auf solche Betätigungen, die gesetzes-technisch als "wirtschaftliche" definiert sind. Dazu gehört die angebotene Abfalleinsammeltätigkeit nicht. Sie fällt unter den Oberbegriff der in § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW aufgeführten "Abfallentsorgung" und ist damit für den Anwendungsbereich des § 107 GO NRW als "nicht wirtschaftliche" Betätigung einzuordnen. Die darin liegende Privilegierung setzt nicht voraus, dass es sich auf Seiten der Beigeladenen um Aufgaben der Abfallentsorgung handelt, die auf einer schon bestehenden, gesetzlichen oder traditionellen Verpflichtung (der Beigeladenen oder des ...) handelt. Eine so stark einengende Voraussetzung für die Anwendung der privilegierenden Vorschrift des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW ist dem Gesetz nicht zu entnehmen; aus den weiteren Vorschriften des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und des Abs. 4 des § 107 GO NRW läßt sich sogar der sichere Schluß ziehen, dass der Gesetzgeber jene stark einengende Voraussetzung ablehnt. An dieser schon in der AWISTA-Entscheidung vertretenen Ansicht (NZBau 2000, 155, 156 f.) hält der Senat fest. 66
- bb) Auch wenn die engen Schranken der Absätze 3 und 1 des § 107 GO NRW damit für eine die Gemeindegrenzen bzw. hier (bei der sinngemäßen Anwendung des § 107 GO NRW) die Verbandsgrenzen des ... überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit nicht gelten, ist die räumliche Überschreitung der Grenzen doch nicht schrankenlos zulässig. Vielmehr muss sich jede Grenzüberschreitung, die eine kommunale "Einrichtung" (bei sinngemäßer Anwendung des § 107 Abs. 2 GO NRW also auch die Beigeladene) mit einer für eine andere Kommune verrichteten Abfallentsorgungstätigkeit unternimmt, an ihrem (der handelnden kommunalen "Einrichtung") öffentlichen Zweck messen lassen. Dass dies vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt wird, ergibt sich aus § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW. Aus dieser Vorschrift ist zu schließen - was sich aber schon von selbst versteht -, dass alle Betätigungen einer die Abfallentsorgung betreibenden kommunalen "Einrichtung" mit ihrem öffentlichen Zweck "vereinbar" sein müssen. Das gilt dann auch für eine Überschreitung der eigenen Gebietsgrenzen, die mit einer Abfallentsorgung für andere Kommunen verbunden ist. Dabei kann ihr öffentlicher Zweck, mit dem die Grenzüberschreitung vereinbar sein muss, nicht gleichgesetzt werden mit dem öffentlichen Zweck, dem jede Abfallentsorgung von der Sache her dient. Denn es geht in § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW um "ihren" (der handelnden "Einrichtung") öffentlichen Zweck, und es gehört eben nicht zum öffentlichen Zweck, dem eine einzelne Gemeinde ihre Tätigkeit zu widmen oder für den sie eine besondere "Einrichtung" zu gründen hat, dass über ihre Grenzen hinaus im ganzen Lande Abfälle eingesammelt werden. Dementsprechend ("sinngemäße Anwendung" des § 107 GO NRW) beschränkt sich der "öffentliche Zweck" des ..., für den er gebildet worden ist (vgl. § 4 KVRG und oben II. 3. c)), sowie der "öffentliche Zweck" der Beigeladenen, für den sie gegründet worden ist, räumlich auf das Verbandsgebiet des Die deutlich außerhalb des ...-Verbandsgebiets der Antragsgegnerin angebotene Abfalleinsammeltätigkeit müsste mit dem auf das Verbandsgebiet bezogenen öffentlichen Zweck, für den der ... und die Beigeladene errichtet worden sind, "vereinbar" sein. Das ist jedoch nicht der Fall, wie nachfolgend noch ausgeführt wird. 67
- Die Privilegierung der kommunalen Abfallentsorgungstätigkeit auch bei Überschreiten der Gebietsgrenzen gegenüber "wirtschaftlichen Betätigungen" (im Sinne des § 107 Abs. 1 GO 68

NRW) wird trotz der vorstehend dargestellten Schranken durchaus aufrecht erhalten. Sie besteht darin, dass die die Gebietsgrenzen überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit durch den gebietsbezogenen öffentlichen Zweck nicht sogar "erfordert", sondern mit ihm nur "vereinbar" sein muss. Der eher farblose Begriff "vereinbar" darf nun nicht dahin mißverstanden, d. h. bagatellisiert werden, dass seine Bedeutung darauf reduziert wird, die grenzüberschreitende Abfallentsorgungstätigkeit dürfe nur nicht im Widerspruch zum öffentlichen Zweck der kommunalen "Einrichtung" stehen, müsse also lediglich vermeiden, die Erfüllung des öffentlichen Zwecks zu stören. Richtig und dem Sinn und Zweck des gesamten § 107 GO NRW entsprechend ist es vielmehr, positiv zu verlangen, dass auch mit grenzüberschreitenden, nach § 107 Abs. 2 GO NRW privilegierten Tätigkeiten der öffentliche Zweck der handelnden kommunalen "Einrichtung" erfüllt werden muss (vgl. schon die AWISTA-Entscheidung des Senats, NZBau 2000, 155, 156 li. Sp.) oder zumindest zur Erfüllung ihres öffentlichen Zwecks beigetragen werden muss. Denn bei der gesamten Regelung des § 107 GO NRW geht es, was den Zweck der wirtschaftlichen und der sogenannten nicht wirtschaftlichen Betätigung der jeweiligen Gemeinde anbelangt, um die "Erfüllung ihrer Aufgaben". Das ist in den Normtext des § 107 Abs. 1 GO NRW ausdrücklich aufgenommen worden und versteht sich in Anbetracht der Art der in § 107 Abs. 2 GO NRW aufgezählten "nicht wirtschaftlichen" Betätigungen für diese von selbst. Demzufolge ist eine die Grenzen des eigenen Gemeinde- oder (wie hier) Verbandsgebiets überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit nur dann zulässig, wenn diese mit der gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks, zu dem die handelnde "Einrichtung" gegründet worden ist, zumindest in einem fördernden Zusammenhang steht.

Diese Einschränkung ist nicht nur nach dem Wortlaut des § 107 GO NRW geboten, sondern steht auch in vollem Einklang mit den aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Vorstellungen des Landesgesetzgebers. Die Landesregierung kennzeichnete die Ausgangssituation für den Entwurf des 1. ModernG dahin, dass in räumlicher Hinsicht die Kommunen - nicht nur im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung - auf ihr Gemeindegebiet beschränkt seien. Den von ihr vorgelegten Gesetzentwurf, mit dem sie "den unterschiedlichen Interessen gerecht werden" wollte, charakterisierte die Landesregierung dahin, dass er eine "begrenzte" Ausweitung der Handlungsmöglichkeiten für Gemeinden und Gemeindeverbände in sachlicher und "räumlicher Hinsicht" vorsehe (Landtags-Drs. 12/3730, S. 105, 106). Aus der Entwurfsbegründung ist insoweit keine grundlegend unterschiedliche Behandlung der wirtschaftlichen und der sogenannten nicht wirtschaftlichen Betätigungen der Kommunen abzulesen. Zu diesen Vorstellungen hat es in den nachfolgenden Ausschußberatungen keine Änderungen gegeben, wie aus dem Abschlußbericht des federführenden Ausschusses für Verwaltungsstrukturreform hervorgeht (vgl. Landtags-Drs. 12/3947, S. 94, wo der Gesetzentwurf hauptsächlich mit Blick auf die Wirtschaftstätigkeit der Stadtwerke begründet und dann ausgeführt wird, es solle die "strenge Bindung" der Geschäftstätigkeiten kommunaler Unternehmen an die Gebietsgrenzen der Gemeinden entfallen).

Aus den vorstehenden Ausführungen geht auch deutlich hervor, dass es sich - wie hier ergänzend gegenüber der gegenteiligen Meinung der Antragsgegnerin nachzutragen ist - sachlich nicht rechtfertigen läßt, hinsichtlich des Normzwecks eine Zäsur innerhalb des § 107 GO NRW vorzunehmen und die Regelungen in Abs. 1 als drittschützend anzuerkennen, dagegen die Regelungen in Abs. 2 als nicht drittschützend zu begreifen. Es besteht nach dem Gesetzentwurf der Landesregierung sowie nach den im Bericht des Ausschusses für Verwaltungsstrukturreform dokumentierten Ausschußberatungen kein Grund, den Abs. 2 des § 107 GO NRW von dem Regelungsbereich auszunehmen, der nach dem Willen des Landesgesetzgebers - als Gesamtregelung - einen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der Kommunal- und der Privatwirtschaft darstellen und eine den Wettbewerb der

"Beteiligten" regelnde Funktion haben soll. Das gilt sicher in besonderer Weise für den Bereich der Abfallentsorgung, der tatsächlich schon seit geraumer Zeit ein wirtschaftlich stark umkämpfter Markt ist und bei dem es nur als eine rein gesetzestechnische Maßnahme angesehen werden kann, dass die Abfallentsorgung im Falle der Ausübung durch einen kommunalen Betrieb in § 107 Abs. 2 GO NRW als eine "nicht wirtschaftliche" Betätigung bezeichnet wird.

Ohne Erfolg beruft sich die Antragsgegnerin gegenüber der Auslegung des § 107 Abs. 2 GO NRW durch den Senat auf § 23 GkG. Nach dieser Vorschrift können Gemeinden und Gemeindeverbände vereinbaren, dass einer der Beteiligten einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten in seine Zuständigkeit übernimmt oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen. Es kann hier auf sich beruhen, ob, inwieweit und unter welchen etwaigen Modifikationen diese Vorschrift seit dem 01.01.1999, dem Inkrafttreten der §§ 97 ff. GWB, noch ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens anwendbar ist, wenn eine Gemeinde bestrebt ist, sich (z. B.) Dienstleistungen der Abfallentsorgung zu beschaffen. Denn die Antragsgegnerin hat den Weg der §§ 23 ff. GkG nicht beschritten: Sie hat keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem ..., falls dieser nach dem KVRG hierzu überhaupt befugt sein sollte, geschlossen oder Verhandlungen mit ihm aufgenommen, wovon die Antragsgegnerin ihren übergeordneten Kreis rechtzeitig hätte unterrichten müssen (§ 24 Abs. 1 GkG), zumal der Landrat als Aufsichtsbehörde den öffentlich-rechtlichen Vertrag genehmigen müsste (§ 24 Abs. 2 GkG). All dies ist von der Antragsgegnerin, die mit der Beigeladenen (die weder eine "Gemeinde" noch einen "Gemeindeverband" im Sinne des § 23 Abs. 1 GkG darstellt) einen zivilrechtlichen Vertrag schließen möchte, ersichtlich nicht geplant. Schon deshalb kann sie nicht mit § 23 GkG argumentieren und keinen Einwand aus dieser Norm herleiten.

cc) Hinsichtlich des mindestens notwendigen fördernden Zusammenhangs zwischen der das eigene Gemeinde- oder Verbandsgebiet überschreitenden Abfallentsorgungstätigkeit und der gebietsbezogenen Erfüllung des originären öffentlichen Zwecks mag eine Einschätzungsprärogative der handelnden Gemeinde oder des handelnden Gemeindeverbands anzuerkennen sein. Wenn aber ein solcher fördernder Zusammenhang nicht ansatzweise dargelegt oder klar zu verneinen ist, ist die grenzüberschreitende Abfallentsorgungstätigkeit jedenfalls als unzulässig zu beurteilen. So liegt der Fall hier:

Die Beigeladene und die Antragsgegnerin haben keinerlei Anhaltspunkte vorgetragen, die die Annahme rechtfertigen könnten, die von der Beigeladenen angebotene Abfalleinsammeltätigkeit in der Stadt ... könne die Erfüllung von Abfallentsorgungsaufgaben im Verbandsgebiet des ... fördern. Ein derartiger fördernder Zusammenhang bei grenzüberschreitenden Abfallentsorgungstätigkeiten von Gemeinden oder Gemeindeverbänden kann z. B. darin bestehen, dass eine ökonomisch sinnvolle Durchführung einer bestimmten Art von Abfallentsorgungstätigkeiten für das eigene begrenzte Gebiet nicht oder kaum möglich ist und sich von daher die Hinzunahme eines weiteren räumlichen Betätigungsfelds empfiehlt, oder dass freie Kapazitäten oder sonst brachliegende Ressourcen auf diese Weise eingesetzt werden können. Von alledem ist hier jedoch keine Rede. Im Gegenteil: Die Beigeladene trägt vor, dass sie, falls ihr der Zuschlag erteilt werde, die beiden benötigten Müllfahrzeuge eigens neu anschaffen werde. Hinsichtlich des Personals könne sie (nur) die "verwaltungstechnische" Auftragsabwicklung mit ihrem vorhandenen Personalstamm durchführen. Die hauptsächlichen Personalkosten, nämlich für die Bedienung der beiden Müllfahrzeuge, würden der Beigeladenen nach ihrem Vorbringen neu und zusätzlich entstehen. Denn sie müsste auf dem Müllfahrzeug, das den Hausmüll einsammeln soll, einen Fahrer und einen Lader voll einsetzen. Für das andere Müllfahrzeug

(Biomüll) benötigte sie ebenfalls einen Fahrer und einen Lader, allerdings - laut ihrer Kalkulation - nur zu etwas mehr als der Hälfte der Gesamtarbeitszeit (es wird nicht etwa geltend gemacht, dass gerade dieses Zwei-Personen-Team schon bei der Beigeladenen eingestellt ist und eingesetzt wird, aber zur Zeit so viel freie Arbeitskapazität hat, dass damit das Bio-Müllfahrzeug für die Antragsgegnerin bedient werden kann). Dies alles fügt sich stimmig in die Planung der Beigeladenen ein, die sie der Antragsgegnerin im Aufklärungsgespräch mitgeteilt hat: Sie wolle sich auf dem Markt und in der Region (zu der die Stadt ... gehört) etablieren. Daraus ergibt sich, dass die Beigeladene, wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch eingeräumt hat, mit ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren der Antragstellerin nur die Absicht verfolgt, ihre Unternehmenstätigkeit außerhalb des Verbandsgebiets des ... räumlich auszuweiten und sich - mit neuen Investitionen - neue Geschäftsfelder zu erschließen. Das ist mit § 107 Abs. 2 (Satz 2) GO NRW, weil es keinen Zusammenhang mehr mit der dem ... obliegenden Erfüllung des öffentlichen Zwecks im Verbandsgebiet hat, nicht zu vereinbaren. Dieser Zusammenhang wird auch nicht durch den erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeführten, noch dazu undifferenzierten und spekulativen Vortrag der Beigeladenen hergestellt, sie laufe in der Zukunft wegen der Neuordnung des Dualen Systems Gefahr, Aufträge, die sie derzeit ausführe, zu verlieren. Im (nicht nachgelassenen) Schriftsatz vom 09.06.2002 hat sie ihren Vortrag etwas weiter konkretisiert, die Sortieraufträge des Dualen Systems, die einen beträchtlichen Teil ihrer (der Beigeladenen) Tätigkeiten ausmachten, liefen Ende 2003 aus, müssten also im Laufe des Jahres 2003 neu ausgeschrieben werden, und sie könne nicht sicher sein, im Rahmen dieser Ausschreibung wiederum die bisherigen Sortieraufträge zu erhalten. Dieser Vortrag zeigt, dass bei der Beigeladenen Anfang 2004 eventuell Kapazitäten für Sortieraufträge frei werden. Dass diese Kapazitäten auf die Erfüllung des hier in Rede stehenden Abfalleinsammelauftrags dann umgeleitet werden könnten, ist nicht dargelegt und sehr unwahrscheinlich. Alle für die Übernahme des Auftrags der Antragsgegnerin notwendigen Investitionen einschließlich der Einstellung neuen Personals müsste die Beigeladene jedenfalls schon (spätestens) zur Jahreswende 2002/03 erbringen. Die von der Beigeladenen bei der Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren sicher mitverfolgte Absicht, mit der Erweiterung ihrer Abfallentsorgungstätigkeit in einer neuen Region auf längere Sicht Gewinne zu erzielen, die ihrer Unternehmenstätigkeit im Verbandsgebiet des ... zugute kommen könnten, kann für sich allein ebenfalls nicht als Erfüllung jenes öffentlichen Zwecks anerkannt werden (vgl. Pagenkopf, Gewerbearchiv 2000, 177, 180; Held u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW, ab 1994 [Stand 2001], § 107 GO, Anm. 5.1.).

dd) Das führt zu dem Ergebnis, dass die Antragsgegnerin gemäß § 97 Abs. 1 GWB sowie § 2 Nr. 1 (insbesondere Abs. 2) VOL/A in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 Satz 2 KVRG, 8 Abs. 1 GkG, 107 Abs. 2 GO NRW verpflichtet ist, die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen, was die Antragstellerin wegen der Betroffenheit eigener Rechte auch verlangen kann. 74

Es versteht sich danach von selbst, dass die Antragsgegnerin die im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote nunmehr neu werten und sodann die Informationspflicht gemäß § 13 VgV erneut erfüllen muss. 75

4. Da der sofortigen Beschwerde schon wegen des unzulässigen Überschreitens des räumlichen Wirkungskreises der Beigeladenen stattzugeben ist, braucht der Senat nicht außerdem dazu Stellung zu nehmen, ob das Angebot der Beigeladenen auch deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, weil sie - wie die Antragstellerin aufgrund der von ihr als drittschützend aufgefaßten Vorschriften der §§ 4, 5 KVRG meint - nicht berechtigt sei, 76

Aufgaben der Abfallsammlung zu übernehmen.

III. 77

Die Entscheidung über die Kosten der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 und 2
GWB, die Entscheidung über die Erstattung der erstinstanzlichen Kosten der Antragstellerin
auf § 128 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. Satz 1 GWB und § 159 VwGO analog und die Entscheidung
über die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf einer analogen Anwendung der §§ 128 Abs.
3 und 4 GWB, 154 Abs. 3, 159 VwGO (vgl. zu alledem den Senatsbeschluss NZBau 2000,
440, 444). 78

J... D... W... 79