
Datum: 12.01.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 71/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0112.VII.VERG71.03.00

Tenor:

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg vom 06.11.2003, Az.: VK 2 - 23/2003, wird bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist ein überregional tätiges Unternehmen der privaten Entsorgungswirtschaft, das auch im Bereich der Altpapierentsorgung umfangreich tätig ist.

Der Antragsgegner ist gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfGesetz (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz) i.V.m. § 5 Abs. 1 Landesabfallgesetz NRW - LAbfG NRW - öffentlich rechtlicher Entsorgungsträger. Er ist mittlerweile Alleingesellschafter der V.-V.- und B. des Kreises U. mbH (V. mbH). Diese Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand die Führung von Beteiligungen des Antragsgegners ist, ist wiederum Alleingesellschafterin der beigeladenen G.-Gesellschaft für W.- und A. Kreis U. mbH (G. mbH). Bis Ende 2002 war die Antragstellerin Gesellschafterin der G. mbH.

Mit Entsorgungsvertrag vom 08.05.1993 hat der Antragsgegner die Beigeladene mit der umfassenden Wahrnehmung der ihm als entsorgungspflichtiger Körperschaft obliegenden Aufgaben der Abfallentsorgung betraut. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt des Entsorgungsvertrags vom 08.05.1993 sowie dessen Ergänzungen Bezug genommen. Diese Beauftragung erfolgte als Drittbeauftragung nach § 3 Abs. 2 S. 2 Abfallgesetz und ist im Rahmen von Beauftragungen nach § 16 Abs. 2 KrW-/ AbfGesetz u.a. durch Übertragungsvertrag vom 08.12.1999 erweitert und ergänzt worden. Zuvor hatte die

1

2

3

4

5

Bezirksregierung Arnsberg der Beigeladenen mit Bescheid vom 30.09.1999 gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfGesetz die Pflicht des Antragsgegners übertragen, die in seinem Kreisgebiet anfallenden und überlassenen Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen als auch privaten Haushalten zu entsorgen.

In den vergangenen Jahren ist die Abfallfraktion Papier, Pappe und Kartonagen (sog. PPK-Fraktion) gemeinsam mit Verkaufsverpackungen über das duale System Deutschland - DSD - in einem einheitlichen Erfassungs- und Verwertungssystem entsorgt worden. Die Entsorgungsverträge mit privaten Entsorgungsunternehmen wurden dabei von den Kommunen geschlossen. Schriftliche Vereinbarungen zwischen der Antragsgegnerin und den Kommunen über die Übertragung oder Durchführung der Abfallentsorgungsaufgabe der PPK-Fraktion gibt es nicht. Infolge von Entscheidungen der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes ist die Altpapierentsorgung neu zu regeln. Dabei ist insbesondere die Entsorgung der öffentlich-rechtlichen PPK-Fraktion von den Verpackungsabfällen der DSD getrennt auszuschreiben. 6

Im Zusammenhang mit dieser Neugestaltung der Entsorgungsverhältnisse beabsichtigt der Antragsgegner, zum 01.01.2004 die Beigeladene mit der Verwertung der öffentlich-rechtlichen PPK-Fraktion zu betrauen. Durch die 3. Änderungssatzung vom 06.08.2003 zur Satzung über die Entsorgung von Abfällen im Kreis U. vom 13.12.1999 ist die Verwertung mit Wirkung zum 01.01.2004 auf die Antragsgegnerin übertragen worden (Bl. 392 BA). Unter dem 7. Oktober 2003 unterbreitete die Beigeladene dem Antragsgegner ein Angebot des Inhalts, dem Antragsgegner das Altpapier aus kommunaler Sammlung für die Dauer von fünf Jahren für einen Festpreis von 35,33 EUR netto/t abzukaufen (Bl. 474 BA). 7

Nach Ansicht der Antragstellerin ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB. Die Verwertung des kommunalen Altpapiers sei nicht bereits Bestandteil des Entsorgungsvertrages vom 08.05.1993. § 1 Abs. 1 des Vertrages erfasse lediglich die dem Antragsgegner als entsorgungspflichtiger Körperschaft obliegenden Aufgaben der Abfallentsorgung einschließlich der Öffentlichkeitsarbeit und Abfallberatung. Die Beauftragung von Dritten sollte von der Beauftragung der Beigeladenen ausdrücklich unberührt bleiben. Zum Zeitpunkt der Beauftragung der Beigeladenen sei der Antragsgegner nicht für die Altpapierverwertung zuständig gewesen. Der Sitzungsvorlage 069/03 vom 07.05.2003 könne entnommen werden, dass der Antragsgegner für die Laufzeit des DSD-Leistungsvertrages auf die Geltendmachung der durch das Abfallrecht vorgesehenen Zuständigkeit für die Entsorgung des Altpapiers verzichtet habe. Damit sei die Altpapierentsorgung im Ergebnis gemäß § 5 Abs. 6 S. 4 Landesabfallgesetz NRW auf die kreisangehörigen Gemeinden übertragen worden, da zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 08.05.1993 das Schriftformerfordernis noch nicht statuiert gewesen und erst zum 07.02.1995 durch das Gesetz zur Änderung des Landesabfallgesetzes eingeführt worden sei. Die kreisangehörigen Gemeinden des Antragsgegners hätten folglich die Entsorgung des Altpapiers als eigene Pflicht wahrgenommen wie sich insbesondere auch aus § 1 Abs. 4 des Vertrages ergebe. 8

Aber selbst wenn die Altpapierverwertung schon Gegenstand des Vertrages vom 07.05.1993 gewesen wäre, dann bestünde gleichwohl eine Verpflichtung zur Ausschreibung, da der Vertrag in seinem Umfang so verändert werde, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung von einem Neuabschluss auszugehen sei (Bl. 483 BA). 9

Ein In-house-Geschäft liege schon deshalb nicht vor, weil die Beigeladene ihre Tätigkeit nicht überwiegend für den Antragsgegner verrichte. Sie erziele vielmehr mehr als 50 % ihres Umsatzes aus umsatzsteuerpflichtigen Geschäften (Bl. 484 BA). Aber auch die übrigen vom 10

EuGH und BGH aufgestellten Voraussetzungen für die Annahme eines In-house-Geschäftes lägen nicht vor.

Die Antragstellerin hat beantragt, 11
dem Antragsgegner es zu untersagen, einen entgeltlichen Auftrag zur Entsorgung des ~~10~~
Kreis U. anfallenden Altpapiers ohne öffentliche Ausschreibung an Dritte, insbesondere die
G. - Gesellschaft für W.- und A. Kreis U. mbH zu erteilen.

Der Antragsgegner hat beantragt, 13
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 14

Er ist der Ansicht, die Betrauung der Beigeladenen mit der Entsorgung der öffentlich- 15
rechtlichen PPK-Fraktion unterliege nicht dem Vergaberechtsregime. Ein öffentlicher Auftrag
im Sinne von § 99 GWB werde nicht erteilt, da die Entsorgung der PPK-Fraktion ohnehin
bereits Bestandteil des Entsorgungsvertrages vom 08.05.1993 sei. Es gäbe keinen
Organisationsakt, der materiell einen Auftrag an die kreisangehörigen Gemeinden im Sinne
des § 1 Abs. 2 des Entsorgungsvertrages darstelle. Sobald er aufgrund der
Satzungsänderung die Verwertung der PPK-Fraktion wieder selbst durchführe, entspreche
dieser Entscheidung ein Anspruch der G. mbH aus dem Entsorgungsvertrag, die Leistung
durchzuführen.

Für den Fall, dass die Betrauung der G. mbH mit der Verwertung der öffentlich-rechtlichen 16
PPK-Fraktion doch als Auftragserteilung zu qualifizieren sei, so handele es sich um ein
vergaberechtsfreies In-house-Geschäft. Die G. mbH sei in den Antragsgegner
organisatorisch eingegliedert und werde faktisch wie eine eigene Dienststelle geführt. Eine
direkte Steuerung der Tätigkeiten der V. mbH und der G. mbH durch den Antragsgegner sei
gewährleistet. Die Geschäftsführung beider Gesellschaften sei personenidentisch. Die
Gesellschaften haben denselben Sitz. Die Aufsichtsgremien seien weitestgehend
personenidentisch. Die V. mbH habe außer dem Geschäftsführer kein eigenes Personal. Die
V. mbH werde durch benannte Mitglieder des Kreistages in der Gesellschafterversammlung
der G. mbH vertreten. Die Stimmabgabe der Vertreter in der Gesellschafterversammlung
unterliege der Weisung des Aufsichtsrates der V. mbH. Das Abstimmungsverhalten werde
vom Aufsichtsrat der V. mbH bindend fest gelegt. Fast der gesamte Umsatz der G. mbH
(über 80 %) beruhe, soweit sie nicht für Dritte tätig werde, auf den Leistungen für den
Antragsgegner.

Nach Ansicht der Beigeladenen ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, weil bereits ein 17
wirksamer Vertrag über die Verwertung der PPK-Fraktion vorliege. Im übrigen finde das
Vergaberecht aber auch aus unterschiedlichen Gründen keine Anwendung. Die Annahme
eines entgeltlichen Vertrages im Sinne von § 99 GWB scheitere daran, dass die Beigeladene
das Altpapier von dem Antragsgegner gegen Zahlung eines Kaufpreises erwerbe und nicht
eine Dienstleistung gegen Zahlung eines Entgelts erbringe. Allenfalls handele es sich um
eine vergabefreie Dienstleistungskonzession und/oder ein vergabefreies Inhouse-Geschäft.
Ferner sei die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert,
weil sie von der Absicht des Antragsgegners, das Altpapier der Beigeladenen zu überlassen,
bereits am 15.05.2002 erfahren habe. Das Recht auf Nachprüfung sei bei Stellung des
Nachprüfungsantrages am 21.08.2003 daher verwirkt gewesen.

Mit Beschluss vom 6. November 2003 hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung 18
Arnsberg den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Es könne letztlich dahin stehen,

ob sich der Antragsgegner aufgrund des Entsorgungsvertrages vom 08.05.1993 oder eines Kaufvertrages veranlasst sehe, der Beigeladenen die PPK-Fraktion zur Verwertung zu überlassen. In beiden Fällen seien die Regelungen des vierten Teils des GWB nicht einschlägig, da es an einem entgeltlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB fehle.

Die Altpapierverwertung werde nicht durch den Entsorgungsvertrag vom 08.05.1993 erfasst. Es sei bereits fraglich, ob der Weiterverkauf der PPK-Fraktion durch die Beigeladene an Dritte überhaupt eine Entsorgungsleistung im Sinne des Vertrages sei, da aufgrund der veränderten Marktlage Altpapier als marktfähige Ware anzusehen sei. Auch sei in dem Weiterverkauf an Dritte keine Dienstleistung für den Antragsgegner erkennbar. Jedenfalls sei die Entsorgung der Altpapierfraktion nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien nicht bereits 1993 in den Entsorgungsvertrag einbezogen worden. Die Parteien hätten von Anfang an über einen Zeitraum von mehr als 10 Jahren den Vertrag zu völlig abgeänderten Bedingung durchgeführt, indem im Einvernehmen mit sämtlichen Beteiligten das Altpapier durch die Kommunen verwertet worden sei. Hierfür spreche auch die ausdrückliche Ergänzung der Abfallsatzung und die vom Antragsgegner für erforderlich gehaltene Protokollnotiz zum Entsorgungsvertrag. 19

Die Übertragung der PPK-Fraktion am Müllaufkommen des Kreises auf die Beigeladene erfolge für den Antragsgegner auch nicht entgeltlich, sondern vielmehr im Rahmen eines Kaufvertrages, der als solcher nicht dem Vergaberechtregime unterliege. Es erfolge keine Subventionierung des Preises, die zur Unbestimmtheit des Preises und damit zu einer Dienstleistung im Sinne einer entgeltlichen Verwertungsleistung führen könne. Bei Annahme des Angebotes der Beigeladenen vom 07.10.2003 durch die Antragsgegnerin sei ferner nicht von einer Dienstleistungskonzession auszugehen, weil nicht die Nutzung eines Rechts umschrieben werde, sondern der Verkauf einer genau bestimmten und bestimmbaren Menge von Altpapier. 20

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit der form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde, mit der sie ihr ursprüngliches im Nachprüfungsverfahren geltend gemachtes Begehren weiter verfolgt. 21

Entgegen den Ausführungen der Vergabekammer liege ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang vor. Zwar werde Altpapier am Markt als Wertstoff gehandelt. Dies ändere aber nichts an der Abfalleigenschaft im Sinne von § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG (Bl. 55). Soweit dem Antragsgegner daher als Entsorgungsträger Altpapier überlassen werde, habe er es vorrangig der Verwertung zuzuführen. Sofern er diese Aufgabe nicht in eigener Regie erbringe, sondern sich Dritter bediene, würden diese als Dritte im Sinne von § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG für ihn als Entsorgungsträger aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig. Damit beschaffe sich der Antragsgegner Dienstleistungen zur Deckung eines aufgrund gesetzlicher Verpflichtung entstandenen Bedarfs. Dies belege nicht zuletzt auch die Vereinbarung zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen vom 04.11.2003, wonach beide erklärtermaßen davon ausgingen, dass die Altpapierverwertung unter den Entsorgungsvertrag aus 1993 falle (Bl. 56). Die Entsorgungsverantwortlichkeit des Antragsgegners ende auch nicht mit dem "Verkauf" des Altpapiers an die Beigeladene. Im Außenverhältnis bleibe der Antragsgegner auch nach der Übernahme des Altpapiers durch die Beigeladene uneingeschränkt entsorgungspflichtig. Seine Verantwortung für eine ordnungsgemäße Entsorgung ende erst, wenn die Rückführung der in den Abfällen enthaltenen Stoffe in den Stoffkreislauf abgeschlossen sei. 22

Die Beigeladene erbringe die Altpapierverwertung auch gegen Entgelt; jedenfalls erhalte sie für die Leistungserbringung eine geldwerte Gegenleistung. Durch die Beauftragung der 23

Beigeladenen werde der Entsorgungsvertrag vom 08.05.1993 erweitert. Für die dann zusätzlich zu erbringenden Leistungen erhalte die Beigeladene die in § 7 Abs. 1 des Entsorgungsvertrages vorgesehenen Entgelte. Vor allem werde der Beigeladene für ihre Leistungen aber ein geldwerter Vorteil in Form des Altpapiers selbst überlassen, das einen wirtschaftlichen Vorteil darstelle (Bl. 59).

Im übrigen liege weder eine Dienstleistungskonzession noch ein vergabefreies Eigengeschäft vor. 24

Einer Rüge gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB habe es zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages nicht bedurft, da der Antragsgegner gerade kein Ausschreibungsverfahren durchgeführt habe. 25

Da die sofortige Beschwerde somit überwiegende Aussicht auf Erfolg habe, sei auch dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde statt zu geben. 26

Die Antragstellerin beantragt: 27

1. Der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg vom 06.11.2003 - VK 2-23/2003 - wird aufgehoben. 28

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, die G. für W.- und A. Kreis U. mbH mit der Entsorgung, insbesondere der Verwertung, des im Kreis U. anfallenden Altpapiers ohne Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB zu beauftragen. 29

1. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde wird bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert (§ 118 Abs. 1 S. 3 GWB). 30

Der Antragsgegner beantragt, 31

1. Die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 32

1. Den Antrag nach § 118 GWB zurückzuweisen. 33

Der Antragsgegner hält die Entscheidung der Vergabekammer für richtig. Zutreffend sei ein Beschaffungsvorgang im Hinblick auf den Abschluss der Vereinbarung vom 04.11.2003 abgelehnt worden. Zudem erhalte die Beigeladene für die Altpapierverwertung in keiner der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen diskutierten Variante ein Entgelt (Bl. 103 c). Aber selbst wenn der Vertrag vom 04.11.2003 nicht als Kaufvertrag eingeordnet werden sollte, so sei er als Dienstleistungskonzession anzusehen. 34

Die Berechnung des Schwellenwertes durch die Antragstellerin sei fehlgehend. Bei der Schätzung des Auftragswertes sei gemäß § 3 Abs. 1 VgV von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen. Schließlich unterfalle die Beauftragung der Beigeladenen auch deshalb nicht dem Vergaberecht, weil es sich um ein vergabefreies In-house-Geschäft handele. 35

Der Antrag der Antragstellerin nach § 118 GWB sei zurückzuweisen, weil der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig sei und die Beschwerde keine Aussicht auf 36

Erfolg habe.

Die Beigeladene schließt sich diesem Vorbringen und den Anträgen des Antragsgegners an (Bl. 105 ff). 37

II. 38

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde bis zur Beschwerdeentscheidung zu verlängern, ist begründet. Ihr Nachprüfungsantrag hat aller Voraussicht nach Aussicht auf Erfolg. 39

Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, kann das Beschwerdegericht gemäß § 118 Abs. 1 S. 3 GWB auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel verlängern. Bei seiner Entscheidung hat das Gericht die Erfolgsaussichten der Beschwerde zu berücksichtigen (§ 118 Abs. 2 S. 1 GWB). 40

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet. 41

1. 42

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages setzt nicht voraus, dass die Antragsgegnerin ein förmliches Vergabeverfahren eingeleitet hat. Zwar gewährleisten die §§ 102 ff. GWB Primärrechtsschutz grundsätzlich nur während eines Vergabeverfahrens. Zulässig ist ein Nachprüfungsantrag deshalb unter anderem nur dann, wenn er sich auf ein konkretes Vergabeverfahren bezieht, das begonnen und noch nicht abgeschlossen ist. Dies schließt die Zuständigkeit der Vergabekammern für Auftragsvergaben jedoch nicht aus, bei denen die Ausschreibung rechtswidrig unterblieben ist. Um einen solchen schwerwiegenden Vergabeverstoß zu erfassen, ist ein materielles Verständnis des Vergabeverfahrens erforderlich (vgl. Senat, Beschluss vom 20.06.2001, Az.: Verg 3/01 Umdruck S. 21 ff.). Es ist in Abgrenzung zu bloßen Markterkundungen darauf abzustellen, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber einen Beschaffungsvorgang organisatorisch und planerisch bereits eingeleitet und mit potenziellen Anbietern Kontakte mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen. 43

Nach Überzeugung des Senates handelt es sich bei der ab dem 01.01.2004 von dem Antragsgegner vorgesehenen Verwertung der öffentlich-rechtlichen PPK-Fraktion durch die Beigeladene um eine ausschreibungspflichtige Auftragsvergabe gemäß § 99 GWB. 44

a. 45

Die Beigeladene ist nicht bereits durch den am 08.05.1993 mit dem Antragsgegner geschlossenen Entsorgungsvertrages mit der Verwertung der öffentlich-rechtlichen PPK-Fraktion beauftragt worden. 46

Zwar hat der Antragsgegner gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 des Vertrages die Beigeladene als Dritte im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 2 AbfG (jetzt § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG, vgl. 2. Änderungsvertrag 08.12.1999, Bl. 270 f. VA) mit der Wahrnehmung der ihm als entsorgungspflichtiger Körperschaft obliegenden Aufgaben der Abfallentsorgung beauftragt. Diese Beauftragung hat in § 1 Abs. 1 S. 2 des Vertrages allerdings eine Einschränkung erfahren. Soweit der Antragsgegner danach bereits andere Dritte mit der Wahrnehmung der ihm obliegenden Aufgaben der Abfallentsorgung gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 AbfG beauftragt hat, bleiben diese Regelungen unberührt. Dies bedeutet, dass die Beigeladene zunächst nur mit der 47

Entsorgung solcher Abfälle beauftragt worden ist, mit deren Entsorgung nicht bereits andere Dritte beauftragt worden waren.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses haben die kreisangehörigen Städte und Gemeinden bis heute mit Billigung des Antragsgegners nicht nur die Sammlung und den Transport des Altpapiers übernommen, sondern sie haben auch die Verwertung der PPK-Fraktion durchgeführt. Dies ist zwischen den Parteien unstreitig und ergibt sich im Übrigen auch aus der Sitzungsvorlage 069/03 vom 07.05.2003. Zwar hat der Antragsgegner die Entsorgungspflicht nicht wie von § 5 Abs. 6 S. 4 LAbfG NW gefordert schriftlich übertragen. Hierfür kommt es aber nicht an. Zum einen ist das Schriftlichkeitserfordernis erst nachträglich in das Gesetz aufgenommen worden und zum anderen haben weder die Beigeladene noch der Antragsgegner in den letzten 10 Jahren irgendwelche Einwände gegen diese Handhabung erhoben. 48

Es könnte deshalb allenfalls überlegt werden, ob dann, wenn eine Drittbeauftragung wegfällt/beendet ist, die hiervon betroffene Abfallentsorgung automatisch ohne erneute vertragliche Regelung aufgrund des Entsorgungsvertrages vom 08.05.1993 in den Aufgabenbereich der Beigeladenen fällt. Dies ist aber nicht der Fall, weil insoweit eine ausdrückliche vertragliche Regelung zu fordern ist, die der Entsorgungsvertrag aber nicht enthält. 49

b. 50

Der Antragsgegner kann auch nicht mit Erfolg einwenden, der beabsichtigte "Verkauf" der PPK-Fraktion an die Beigeladene auf der Grundlage des Angebotes vom 07.10.2003 (Bl. 474 BA) sei kein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB. 51

Obwohl das Angebot der Beigeladenen nach seinem Wortlaut einen Abkauf des Altpapiers zu einem Festpreis von 35,33 EUR/t netto vorsieht, ist von einem entgeltlichen Vertrag auszugehen, der eine Dienstleistung zum Gegenstand hat. 52

aa. 53

Der Begriff des Dienstleistungsauftrages ist weit zu fassen, so dass alle gegenseitigen Verträge erfasst sind, mit denen der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Bedarfsdeckung die Leistungserbringung gegen Entgelt vereinbart (Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 99 Rn. 8; Langen/Bunte-Thieme, GWB, Aufl., § 99 Rn. 48). 54

Folgende Erwägungen sprechen dafür, dass zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen kein Kaufvertrag im Sinne von § 433 BGB über das kommunale Altpapier geschlossen werden soll, sondern es dem Antragsgegner nach wie vor darum geht, dass die Beigeladene für ihn die Entsorgung des Altpapiers durch Verwertung übernimmt und somit eine Dienstleistung erbringt. 55

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des Angebotes der Beigeladenen vom 07.10.2003 sowie die gesamte Vorgeschichte. Die Beigeladene spricht in ihrem Angebot von Konditionen, die sie dem Antragsgegner "für die Abfallverwertung" anbietet. Zudem basiert der Vorschlag auf einer Änderung der "Abfallsatzung des Kreises U. zur Altpapierverwertung". Sie selbst geht also davon aus, dass sie das Papier nicht nur ankauft, sondern anschließend einer (weiteren) Verwertung zuführt. Bei Abschluss eines Kaufvertrages ist es in der Regel aber ins Belieben des Käufers gestellt, was er mit der in sein Eigentum übergegangenen Sache macht. Von Bedeutung ist ferner, aus welcher 56

Motivation heraus die Beigeladene das hier in Rede stehende Angebot abgegeben hat. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Hilfskonstruktion für den Fall, dass die Beigeladene nicht bereits aufgrund des Entsorgungsvertrags vom 08.05.1993 zur Verwertung des Altpapiers verpflichtet ist, wie sich aus dem "Kaufvertragsangebot Kreis U./G. mbH" vom 04.11.2003 (Bl. 88 GA) ergibt. Mit Abschluss des "Kaufvertrages" soll also dasselbe Ziel erreicht werden wie mit dem Entsorgungsvertrag vom 08.05.1993, also nicht lediglich der Ankauf des kommunalen Altpapiers, sondern dessen Entsorgung durch Verwertung.

Entscheidend ist letztlich aber, worauf die Antragstellerin völlig zu Recht abstellt, dass der Antragsgegner die ihm als Entsorgungsträger gemäß §§ 15, 17, 18 KrW-/AbfG auferlegten Aufgaben nicht allein durch den Verkauf der PPK-Fraktion an Dritte erfüllen kann. Immerhin bleibt er Entsorgungsträger, weil er die Entsorgungspflicht insoweit nicht gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG auf die Beigeladene übertragen hat. Er hat deshalb ein erhebliches Interesse daran sicherzustellen, dass die Beigeladene das Altpapier entsprechend den abfallrechtlichen Bestimmungen der beabsichtigten Verwertung zuführt. Mit der Veräußerung des Altpapiers ist der Verwertungsvorgang noch nicht abgeschlossen. Der Verwertungserfolg ist dadurch noch nicht eingetreten. Nach der Rechtsprechung des BVerwG hat der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die ihm obliegenden Pflichten erst erfüllt, wenn die Verwertung des Abfalls abgeschlossen und damit die Abfalleigenschaft eines Stoffes beendet ist (BVerwG NVwZ 1999, 1111). Da auch die Verwertung von Abfällen Teil des Wirtschaftsgeschehens ist, schließt der bloße Umstand, dass Stoffe Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein können, deren Abfalleigenschaft nicht aus. Ob auf dem Weg zu dem Verwertungserfolg Veräußerungsgeschäfte stattfinden, ist deshalb grundsätzlich ohne Belang (BVerwG NVwZ 1999, 1111).

bb. 58

Ist somit davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin Dienstleistungen der Beigeladenen in Anspruch nehmen will, ist weitere Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag gemäß § 99 GWB, dass die Antragsgegnerin hierfür ein Entgelt zu erbringen hat. 59

Der Begriff des Entgelts ist weit auszulegen und nicht im wörtlichen Sinne zu verstehen. Erfasst ist jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann (OLG Düsseldorf WuW/E Verg 350 f. m.w.Nachw.). Den geldwerten Vorteil, den die Beigeladene von der Antragsgegnerin erhalten soll, ist der geringe Anschaffungspreis für das Altpapier. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, ihr das Altpapier gegen Zahlung eines Preises von 35,33 EUR/t zu überlassen. Dieser Preis liegt deutlich unter dem Marktwert des geldwerten Nutzens, den die Beigeladene durch den Weiterverkauf des Papiers an die Papierfabrik zieht. Es unstreitig, dass der Verwertungserlös die Anschaffungskosten von 35,33 EUR/t zuzüglich der von der Beigeladenen kalkulierten Verwertungskosten von weiteren 18,00 EUR/t übersteigt (Bl. 111 GA). 60

cc. 61

Bei dem beabsichtigten "Verkauf" der PPK-Fraktion an die Beigeladene handelt es sich auch nicht um eine nachträgliche, vergabefreie Erweiterung des Vertrages aus 1993. 62

Die Erweiterung eines ursprünglich erteilten Auftrages unterfällt dem Vergaberecht, wenn die die Anpassung oder Abänderung ausmachenden vertraglichen Regelungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommen. Dies ist insbesondere bei Leistungserweiterungen und Laufzeitänderungen nicht unerheblicher Art der Fall (Beschluss des Senates vom 20. Juni 2001, NZBau 2001, 686 ff.; 63

Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 Rn. 4 c; Boesen, Vergaberecht, 1. Aufl., § 99 Rn. 46, 47; Immenga/Mestmäcker-Dreher, aaO.; § 99 Rn. 16).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Das bisherige Leistungsspektrum würde eine nicht unerhebliche Erweiterung erfahren, wenn die Beigeladene auch mit der Verwertung einer eigenständigen Abfallart, nämlich der PPK-Fraktion beauftragt wird. Nach den Angaben in der Vorlage an den Kreistag vom 07.05.1993 handelt es sich zudem um Altpapier in einem Volumen von jährlich insgesamt 22.000 t Altpapier und damit verbundenen Einnahmen für den Antragsgegner in Höhe von 777.260 EUR netto. 64

d. 65

Eine vergabefreie Dienstleistungskonzession scheidet gleichfalls aus. 66

Von einer Dienstleistungskonzession ist unter folgenden Voraussetzungen auszugehen (vgl. Reidt/Stickler/Glahs, aaO., § 99 Rn. 27 a): 67

Zunächst muss eine Aufgabe, deren Erfüllung grundsätzlich einem öffentlichen Auftraggeber obliegt, auf einen Privaten übertragen werden. Dies ist hier der Fall, denn der Antragsgegner beabsichtigt - wie bereits oben ausgeführt - die Beigeladene mit der Verwertung der PPK-Fraktion zu beauftragen. Der Auftragnehmer (Konzessionär) muss ferner das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung übertragen bekommen und ein Entgelt für seine Leistung nicht von dem Auftraggeber sondern von den Nutzern der von ihm erbrachten Leistung erhalten. Schließlich muss das Verwertungs- und Betriebsrisiko im wesentlichen beim Konzessionär liegen. 68

Diese Voraussetzungen sind indes nicht erfüllt. Die Beigeladene erbringt ihre Leistungen (Übernahme des Altpapiers in Bönen, ggffs. Sortierung, Verpressung und Transport zur Papierfabrik) für den entsorgungspflichtigen Kreis, der seinerseits gegenüber den überlassungspflichtigen Abfallbesitzern und -erzeugern kraft Gesetzes leistungs verpflichtet ist. Von den Abfallbesitzern und -erzeugern erhält die Beigeladene jedoch keine Vergütung, sondern von der ankaufenden Papierfabrik, demgegenüber sie ihre Leistung jedoch nicht erbringt. Die Beigeladene verwertet auch nicht ihre gegenüber dem Antragsgegner zu erbringende Dienstleistung. Es ist vielmehr so, dass ihr der Antragsgegner als Gegenleistung für die zu erbringenden Dienste einen geldwerten Sachwert, nämlich das Altpapier überlässt. 69

e. 70

Bei der beabsichtigten Auftragsvergabe an die Beigeladene handelt es sich schließlich auch nicht um ein vergaberechtsfreies Eigengeschäft des Auftraggebers. 71

Nach gefestigter Rechtsprechung liegt ein vergabefreies Eigengeschäft (sog. In-house-Geschäft) dann vor, wenn (1) der öffentliche Auftraggeber eine GmbH mit Dienstleistungen betraut, die sich in seinem alleinigen Anteilsbesitz befindet und über die er eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und (2) die beauftragte GmbH ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet (BGH VergabeR 2001, 286, 289; BayObLG NZBau 2002, 397, 400; Brandenburgisches OLG VergabeR 2003, 168, 171 f.; OLG Naumburg, Beschluss v. 13.05.2003 - 1 Verg 2/03 Umdruck Seite 14 f.; zu allem auch: Dreher NZBau 2001, 360, 363 f.; Faber DVBl. 2001, 254 f.). Zwar kann der Antragsgegner über die Beigeladene Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben; jedoch erbringt die Beigeladene ihre Tätigkeit nicht im wesentlichen für den Antragsgegner. 72

aa.	
Der Antragsgegner selbst ist nicht Gesellschafter der beigeladenen GmbH, sondern die V. GmbH, deren Alleingesellschafter aber wiederum der Antragsgegner ist.	74
Der Antragsgegner kann über die V. GmbH Kontrolle über die Beigeladene ausüben wie über eine eigene Dienststelle.	75
Ob ein öffentlicher Auftraggeber in seiner konkreten Gesellschafterrolle einen umfassenden Einfluss besitzt, entscheidet sich nach der dafür geltenden gesellschaftsrechtlichen Lage und nach der konkreten rechtlichen Ausgestaltung der Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag. Der öffentliche Auftraggeber muss die Möglichkeit haben, die Geschäftstätigkeit des Auftragnehmers tatsächlich zu beeinflussen. Dies ist im Fall einer GmbH bei Vorliegen einer entsprechenden Beteiligung am Stammkapital grundsätzlich gegeben, weil deren Geschäftsführer weisungsgebunden sind (§ 37 GmbHG). Nach der Rechtsprechung des BGH ist für das Vorliegen einer Kontrolle ferner unschädlich, wenn eine GmbH einen fakultativen Aufsichtsrat einrichtet, der durch die Anteilseigner besetzt wird (BGH NZBau 2001, 518).	76
Dem Antragsgegner stehen umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten auf die Beigeladene zur Verfügung. Die V. GmbH ist seit dem Ausscheiden der Antragstellerin und der A. R. mbH, E., alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen und nimmt als solche zusammen mit dem Antragsgegner die Aufgaben der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates wahr. Nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 14.04.1993 entsendet der Antragsgegner 10 Vertreter in die Gesellschafterversammlung und die übrigen Gesellschafter, also die V. GmbH, bis zu drei Vertreter. Verstärkt wird die Einwirkungsmöglichkeit des Antragsgegners dadurch, dass letztlich auch sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates der Beigeladenen von dem Antragsgegner bestellt werden. Nach § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 14.04.1993 entsendet der Kreistag vier und die übrigen Gesellschafter, also wiederum die V. GmbH, je zwei Vertreter. Der Aufsichtsrat ist Kontrollorgan und kann auf diesem Wege ebenfalls auf die Geschäftsführung der Beigeladenen einwirken. Der Antragsgegner nimmt ferner als alleiniger Gesellschafter der V. GmbH ausschließlich und uneingeschränkt die Aufgaben der Gesellschaft wahr. In der Gesellschafterversammlung wird der Antragsgegner gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 des Gesellschaftsvertrages durch insgesamt 10 Vertreter vertreten. Neun Vertreter wählt der Kreistag und ein Vertreter wird aus der Kreisverwaltung durch den Oberkreisdirektor bestimmt. Auch sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates werden gemäß § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 04.11.1997 von dem Antragsgegner durch Entsendung bestimmt. Gemäß § 7 Abs. 4 des Vertrages kann jedes Mitglied des Aufsichtsrates jederzeit von dem Antragsgegner wieder abberufen werden.	77
bb.	78
Ein vergabefreies Eigengeschäft des Antragsgegners scheitert aber daran, dass die Beigeladene ihre Tätigkeit nicht "im Wesentlichen" für den Antragsgegner erbringt.	79
Voraussetzung hierfür ist ungeachtet der genauen Prozentsätze, dass die Gesellschaft als Auftragnehmerin nahezu ausschließlich ihre geschäftliche Tätigkeit für den oder die öffentlichen Auftraggeber als Anteilseigner erbringen muss (vgl. Dreher NZBau 2001, 363 f.). Hierbei ist ein strenger Prüfungsmaßstab erforderlich. Ein staatlich kontrolliertes Unternehmen, das in nicht ganz unerheblichem Umfang auch für Dritte tätig wird, tritt in Wettbewerb zu anderen Unternehmen. Eine Befreiung der Auftragserteilung an ein solches	80

Unternehmen von dem Vergaberecht würde daher eine Diskriminierung im Vergleich zu potentiellen Mitbewerbern bedeuten.

Wie sich aus der von der Antragstellerin vorgelegten Niederschrift zur 11. 81
Gesellschafterversammlung der Beigeladenen vom 11.05.2002 (Bl. 497-499 BA) und auch
aus den von der Antragsgegner selbst genannten Umsatzzahlen für die Jahre 2000 bis 2002
(Bl. 205 BA) ergibt, hat die Beigeladene, je nach dem, welche Zahlen zu Grunde gelegt
werden, auf jeden Fall mehr als 30 % ihres Umsatzes aus umsatzsteuerpflichtigen
Geschäften mit Dritten erzielt.

Der Antragsgegner kann insoweit nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Umsätze, die die 82
Beigeladene durch Tätigkeiten erwirtschaftet hat, die sie aufgrund ihrer Beleihung nach § 16
Abs. 2 KrW-/AbfG durchgeführt hat, so zu behandeln sind, als ob sie für den Antragsgegner
und nicht für Dritte erbracht worden sind. Während bei der Drittbeauftragung nach § 16 Abs.
1 KrW-/AbfG der Dritte die Erfüllung einer Pflicht für den öffentlich rechtlichen Auftraggeber
übernimmt, wird nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG die Pflicht zur Abfallentsorgung mit befreiender
Wirkung insgesamt auf den Dritten übertragen.

Durch den Übertragungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg vom 30. September 1999 83
ist der Beigeladenen die Pflicht des Antragsgegners, die in seinem Kreisgebiet angefallenen
und überlassenen Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als aus privaten
Haushaltungen zu entsorgen (Bl. 83 BA). Wird die Beigeladene aufgrund dieses
Übertragungsbescheides tätig, indem sie die genannten Abfälle entsorgt, schließt sie mit den
Abfallbesitzern und Erzeugern im eigenen Namen und auf eigenen Rechnung privatrechtliche
Verträge. Sie entsorgt die Abfälle daher nicht für den Antragsgegner sondern für ihre
Vertragspartner in Erfüllung ihrer eigenen, von dem Antragsgegner übertragenen Pflicht.

2. 84

Der somit zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat aller Voraussicht nach auch 85
der Sache nach Erfolg, weil der Antragsgegner beabsichtigt, die Beigeladene ohne
Durchführung eines Vergabeverfahrens mit der Verwertung der PPK-Fraktion ab dem
01.01.2004 zu beauftragen.

III. 86

Eine gesonderte Kostenentscheidung ist nicht angezeigt. Bei den Kosten des Verfahrens 87
nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB handelt es sich um Kosten des Beschwerdeverfahrens, über die
im Rahmen der Endentscheidung nach Maßgabe des § 128 GWB zu befinden ist.

a. Dr. M. 88