

## 2. „In-house“-Geschäfte öffentlicher Auftraggeber und GWB

§§ 99, 106, 11 GWB

**1. Zur Wirksamkeit von Beschlüssen der Vergabekammer des Landes Thüringen ist nicht erforderlich, daß diese auch vom ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben werden, der an der Entscheidung mitgewirkt hat.**

**2. Betraut ein öffentlicher Auftraggeber eine GmbH mit Dienstleistungen, kommt es zu einem öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB, wenn der öffentliche Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist, er über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und der Beauftragte seine Tätigkeit im wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet.**

*(Leitsatz)*

*BGH, Beschluß vom 12.6.2001 – X ZB 10/01 – (OLG Jena)*

**Zum Sachverhalt:** Zusammen mit der Gesellschaft für A. des Freistaats Thüringen mbH (nachfolgend: GFAW), deren Geschäftsanteile zu 100 % vom Ag. gehalten werden, ist die Ast. u. a. bei der Programm- und Projektentwicklung, der Antragsberatung und -bearbeitung sowie der EU-Begleitung (nachfolgend: Technische Hilfe) von aus Mitteln des Europ. Sozialfonds geförderten Maßnahmen der Berufsvorbereitung und Fortbildung für den Ag., den Freistaat Thüringen, tätig. Dieser Auftrag läuft im August 2001 aus.

Der Ag. will die Durchführung der Technischen Hilfe künftig nicht mehr an außenstehende Unternehmen vergeben. Mit Bescheid vom 14.12.2000 belieh er die GFAW mit hoheitlichen Befugnissen zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts auf dem Gebiet der Zuwendungsverfahren, die in einer Anlage im einzelnen aufgeführte arbeitsmarkt- und berufsbildungspolitische Förderungs-RLen und Programme/Projekte des Ag. und der EU betreffen. In dieser Anlage ist auch die „RL für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaats Thüringen und der EU zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung“ im Rahmen des operationellen Programms des Freistaats Thüringen für den Europ. Sozialfonds (Förderjahre 2002 bis 2006) aufgeführt. Nach Ziff. 5 des Bescheids vom 14.12.2000 obliegt der GFAW im Rahmen der RLen-Programmumsetzung die Durchführung des gesamten Zuwendungsverfahrens. Am 22.12.2000 schlossen der Ag. und die GFAW sodann eine als öffentlich-rechtlicher Vertrag bezeichnete Vereinbarung, mit der die im Rahmen der Beleihung zu erfüllenden Aufgaben konkretisiert und die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten des Ag. und der GFAW geregelt wurden.

Die Ast. hat sich an die Vergabekammer des Landes Thüringen gewandt und beantragt, dem Ag. zu verbieten, die beratungs- und verwaltungsnahen Dienstleistungen im Rahmen der Technischen Hilfe zur Umsetzung der RL für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaats Thüringen und der EU zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung im Rahmen des operationellen Programms des Freistaats Thüringen für den Europ. Sozialfonds (Förderjahre 2001 bis 2006) im Verhandlungsverfahren oder außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Die Vergabekammer hat den Antrag als unzulässig verworfen. Das OLG hat die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt, der die sofortige Beschwerde der Ast. zurückgewiesen hat.

### Aus den Gründen:

**III. 2.** Entgegen der Auffassung der Ast. unterliegt die rechtsge-

schäftliche Betrauung der GFAW, die Streitgegenständliche RL umzusetzen, nicht dem Vergaberecht; trotz der Personenverschiedenheit von Ag. und GFAW ist ein öffentlicher Auftrag nicht gegeben, der nach § 99 Abs. 1 GWB notwendig ist, damit die Regeln des Vierten Teiles des GWB eingreifen.

a) Der Anwendungsbereich des in den §§ 97 ff. GWB geregelten Vergaberechts ist nicht durch das Geschehen vom 14.12.2000 eröffnet. Nach § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge. Ein entgeltlicher Vertrag wurde damals nicht geschlossen; es ist vielmehr ein Beleihungsakt zustande gekommen, der auf § 44 Abs. 3 ThürLHO beruht und materiell die Übertragung eines Teils der Staatsfunktion an ein Subjekt des Privatrechts darstellt mit der Befugnis, selbständig und im eigenen Namen öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit auszuüben (vgl. nur *Knack/Meyer*, VwVfG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 17 m. w. N.). Ein solcher Beleihungsvorgang allein kann einer den Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnenden vertraglichen Grundlage i. S. des § 99 Abs. 1 GWB auch nicht gleichgestellt werden.

b) Auch der zwischen dem Ag. und der GFAW geschlossene Vertrag vom 22.12.2000 führt nicht zur Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB.

aa) Betraut ein öffentlicher Auftraggeber eine GmbH mit Dienstleistungen, kommt es nicht zu einem öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB, wenn der öffentliche Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist, er über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und der Beauftragte seine Tätigkeit im wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet. Denn dann wird der Sache nach kein anderer mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt; es kommt vielmehr zu einem sog. „in-house“-Geschäft, bei dem die Dienstleistung von einer Stelle erbracht wird, die der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist.

Diese Bewertung berücksichtigt die EG-RLen im Bereich des öffentlichen Auftragwesens. Diese Berücksichtigung ist geboten, weil der Vierte Teil des GWB der vollständigen Umsetzung dieser RLen dient und die §§ 97 ff. GWB im Einklang mit dem europäischen Recht die Rechte der Beteiligten festlegen sollen (vgl. *BT-Drucks.* 13/9340, S. 12). Dies führt zur Anwendung der Grundsätze, die der EuGH in seinem Urteil vom 18. 11. 1999 in der Rechtssache „Teckal“ (Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 ff.) aufgestellt hat. In dieser Entscheidung hat der EuGH die RL 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge – ABl. EG Nr. L 199, 1-53 – (im folgenden: RL 93/96/EWG) für anwendbar gehalten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Körperschaften verrichte, die ihre Anteile innehaben. Der Senat hat keine Bedenken, diese Grundsätze auch im Hinblick auf die vorliegend einschlägige RL 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge – ABl. EG Nr. L 209, S. 1-24 – (im folgenden: RL 92/50/EWG) anzuwenden. Die Gleichbehandlung ist sachgerecht, weil beide RLen einen Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzen (*Gnitke/Siederer*, ZVGR 2000, 236 f.). Sie verbietet sich auch nicht etwa deshalb, weil die RL 92/50/EWG für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in Art. 6 - anders als die RL 93/36/EWG für die ihr unterfallenden Verträge - eine die Anwendung ausschließende Ausnahme für den Fall enthält, dass eine Dienstleistung an einen Auftragnehmer vergeben wird, der seinerseits zum Lager der öffentlichen Auftraggeber gehört, und diese Ausnahme unter anderen als den vorstehend genannten Voraussetzungen eingreift. Denn es ist nichts dafür erkennbar, dass durch die-

se Regelung die Frage berührt wäre, welche Rechtsgeschäfte einen Vertrag i.S. von Art. 1 lit. a der RL darstellen. Bei ihrer Beantwortung ist eine funktionelle Betrachtungsweise nötig (vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs.-C-108/98 – *RLSAN.*, Slg. 1999, I-5219, 5234 Rdnr. 52). Dass sie auch in dem Bereich, der bei Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages der RL 92/50/EWG unterfallen würde, dazu führen kann, dass unter den oben genannten Voraussetzungen eine Auftragsvergabe i.S. von § 99 Abs. 1 GWB zu verneinen ist, wird bestätigt durch das Urteil des EuGH vom 7.12.2000 (Rs. C-94/99 - *ARGE Gewässerschutz*, NZBau 2001, 99, 101), weil der EuGH im Erwägungsgrund Nr. 40 seiner die RL 92/50/EWG betreffenden Ausführungen einen Hinweis darauf für notwendig gehalten hat, wie er die Vorlagefrage in der Rechtssache „Teckal“ beantwortet hat. Bei richtlinienkonformer Anwendung des § 100 Abs. 2 GWB kann deshalb auch aus dieser Vorschrift nichts dagegen hergeleitet werden, dass unter den genannten Voraussetzungen sog. „in-house“-Geschäfte nicht dem Vierten Teil des GWB unterfallen. § 102 Abs. 2 GWB setzt einen öffentlichen Auftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB voraus und schließt nur für derartige Aufträge die Anwendung der § 97 ff. GWB aus, wenn einer der in § 102 Abs. 2 GWB geregelten Fälle gegeben ist.

bb) Die eingangs aa) genannte Fallgestaltung liegt hier vor. Der Ag. übt über die GFAW eine vergleichbare Kontrolle aus wie über seine eigenen Dienststellen. Er hält alle Geschäftsanteile der GFAW. Die Auswahl der Rechtsform der GmbH für die als Eigen-gesellschaft anzusehende GFAW bietet dem Ag. aufgrund der ihrer eigenen Organisationsstruktur umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten (vgl. *Faber*, DVBl. 2001, 254, unter Hinweis auf § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG). Hinzu kommt, dass nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag (§ 12) ein Aufsichtsrat gebildet wurde, dessen Mitglieder mehrheitlich aus Vertretern des Ag. bestehen, dem die Geschäftsführer der GFAW regelmäßig über den Gang der Geschäfte zu berichten haben. Weiterhin ist in § 11 des Gesellschaftsvertrages ein Katalog von Geschäften aufgeführt, welche die Geschäftsführer nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen dürfen. Durch diese auf Gesetz und Gesellschaftsvertrag beruhenden Steuerungsmöglichkeiten wird gewährleistet, dass der Ag. die GFAW vergleichbar einer eigenen Dienststelle kontrollieren kann. Die GFAW besitzt damit gegenüber dem Ag. keine eigene Entscheidungsgewalt. Anhaltspunkte, die insoweit Anlass zu Zweifeln böten und zu der von der Ast. vorgetragene Annahme berechtigten, der Ag. verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf die Tatsache beruft, dass er alle Anteile der GFAW halte, bestehen nicht.

Schließlich ist auch festzustellen, dass die GFAW ihre Tätigkeit im wesentlichen für den Ag. verrichtet, der alle ihre Geschäftsanteile innehat. Der Ag. hat im Beschwerdeverfahren vorgetragen, dass die GFAW von ihm ausschließlich zum Zwecke einer effektiven Umsetzung arbeitsmarktpolitischer und berufsbildungspolitischer Richtlinien und Programme unterhalten wird und ausschließlich im Auftrag der Landesregierung und nicht für Dritte tätig sei bzw. am Markt auftrete. Diesem Vorbringen entspricht es, dass in § 2 des Gesellschaftsvertrages der GFAW als Gegenstand des Unternehmens die Unterstützung des Ag. bei der Verwirklichung seiner arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Ziele, insbesondere die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben bei der Vergabe von Zuwendungen, genannt ist. Die Ast. ist diesem Vorbringen des Ag. nicht entgegengetreten. Nach § 120 Abs. 2 i. V. mit § 70 Abs. 1 GWB ist im Beschwerdeverfahren der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt zwar von Amts wegen zu erforschen. Andere als die vorgetragene Tatsachen und Beweismittel muss das Gericht aber nur berücksichtigen, wenn der Sachverhalt hierzu begründeten Anlass bietet (vgl. *Boesen*, Vergaberecht, § 117 Rdnr. 40), woran es hier fehlt. Da die GFAW ausschließlich für den Ag. tätig ist, bedarf es vorliegend keiner Stellungnahme dazu, ab welchem Umfang einer Tätigkeit am Markt nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit im wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber ausübt.

d) Der Fall gibt keine Veranlassung zu einer abschließenden Ab-

grenzung derjenigen Geschäfte, die als sog. "in-house"-Geschäfte nicht zur Beachtung der §§ 97 ff. GWB zwingen. Jedenfalls bei der vorliegenden engen Beziehung zwischen öffentlichem Auftraggeber und betrauter Stelle findet das in den §§ 97 ff. GWB geregelte Vergaberecht keine Anwendung. Es kann deshalb auch dahinstehen, ob ein öffentlich-rechtlicher Vertrag wie der vom 22.12.2000 überhaupt den Begriff des entgeltlichen Vertrages i. S. von § 99 Abs. 1 auszufüllen vermag (vgl. zum Streitstand einerseits - dafür - *Schulte*, NZBau 2000, 272, 275; *Althaus*; NZBau 2000, 277, 279; *Eschenbruch*, in: *Niederbuhr u. a.*, Vergaberecht, § 99 Rdnr. 22; vgl. auch *Boesen*, a.a.O., § 99 Rdnr. 23-31; andererseits - dagegen - OLG Celle, NZBau 2000, 299, 300; *Bechtold*, GWB, 2. Aufl., § 99 Rdnr. 1; *Dreher*, DB 1998, 2579, 2587; vgl. im übrigen auch Begr. des RegE zu § 99 GWB - BT-Drucks. 13/9340, S. 15). Unentschieden kann außerdem bleiben, ob die Ast. ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB nachgekommen ist.

**IV.** Die Voraussetzungen einer Vorlage der Sache an den EuGH zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Abs. 1 lit. b i. V. mit Abs. 3 EG zur Beantwortung etwa der von der Ast. angeregten Frage, ob die Verneinung der Ausschreibungspflichtigkeit eines Auftrags an eine juristische Person, an der die Vergabestelle zu 100% beteiligt ist, mit der Dienstleistungs-RL 92/50/EWG in Einklang stehe, sind nicht gegeben.

Erlangt die Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht bzw. von Handlungen der Organe der Gemeinschaft in einem vor einem innerstaatlichen Gericht rechtshängigen Verfahren Bedeutung und können dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden, ist dieses Gericht grundsätzlich verpflichtet, den EuGH zu ersuchen, die Auslegung im Wege einer Vorabentscheidung vorzunehmen (Art. 234 Abs. 3 EG). Eine Vorlagepflicht besteht jedoch dann nicht, wenn die gestellte Frage bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist (EuGH, Urteil vom 6.10.1982 - C-283/81 - C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, 3415, 3429 Rdnr. 13; Urteil vom 4.11.1997 - C-337/95 - *Parfums Christian Dior*, Slg. 1997, I-6013, 6045 Rdnr. 29) oder wenn bereits eine gesicherte Rspr. des EuGH vorliegt, durch welche die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rspr. gebildet hat, und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind (EuGH, Urteil vom 6.10.1982, a.a.O., S. 3429 Rdnr. 14). Das ist hier der Fall.

Wie bereits ausgeführt, hat der EuGH in seinem Urteil vom 18.11.1999 in der Rechtssache „Teckal“ (s. oben III 2 b aa) für einen Sachverhalt, der dem Anwendungsbereich der RL 93/36/EWG unterfiel, die maßgeblichen Kriterien dafür entwickelt, nach denen zu beurteilen ist, ob eine Auftragsvergabe eines öffentlichen Auftraggebers an eine Eigengesellschaft, deren Anteile zu 100% von dem Auftraggeber gehalten werden, dem Vergaberecht unterliegt. In dem zur RL 92/50/EWG ergangenen Urteil vom 7.12.2000 in der Rechtssache „ARGE Gewässerschutz“ (s. oben III 2 b aa) hat der EuGH im Erwägungsgrund Nr. 40 zu erkennen gegeben, dass die in der Rechtssache „Teckal“ entwickelten Grundsätze auch im Bereich der RL 92/50/EWG anzuwenden sind.