



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 10/01

vom

12. Juni 2001

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

GWB §§ 106 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 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.

GWB § 99 Abs. 1

Beträgt 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.

BGH, Beschl. v. 12. Juni 2001 - X ZB 10/01 - OLG Jena

Thüringer Landesverwaltungsamt,
Vergabekammer

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 12. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß der Vergabekammer des Landes Thüringen vom 10. Oktober 2000 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Der Beschwerdewert wird auf 75.000,-- DM festgesetzt.

Gründe:

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

Der Antragsgegner will die Durchführung der Technischen Hilfe künftig nicht mehr an außenstehende Unternehmen vergeben. Mit Bescheid vom 14. Dezember 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 Förderungsrichtlinien und Programme/Projekte des Antragsgegners und der Europäischen Union betreffen. In dieser Anlage ist auch die "Richtlinie für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaats Thüringen und der Europäischen Union zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung" im Rahmen des operationellen Programms des Freistaats Thüringen für den Europäischen Sozialfonds (Förderjahre 2001 bis 2006) aufgeführt. Nach Ziffer 5 des Bescheids vom 14. Dezember 2000 obliegt der GFAW im Rahmen der Richtlinien-/Programmumsetzung die Durchführung des gesamten Zuwendungsverfahrens. Am 22. Dezember 2000 schlossen der Antragsgegner 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 Antragsgegners und der GFAW geregelt wurden.

Die Antragstellerin hat sich an die Vergabekammer des Landes Thüringen gewandt und beantragt, dem Antragsgegner zu verbieten, die beratungs- und verwaltungsnahen Dienstleistungen im Rahmen der Technischen Hilfe zur Umsetzung der Richtlinie für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaats Thüringen und der Europäischen Union zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung im Rahmen des operationellen Programms des Freistaats Thü-

ringen für den Europäischen Sozialfonds (Förderjahre 2001 bis 2006) im Verhandlungsverfahren oder außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

Mit der Antragstellerin am 12. Oktober 2000 zugestelltem Beschluß vom 10. Oktober 2000 hat die Vergabekammer des Landes Thüringen den Antrag als unzulässig verworfen. Dieser Beschluß ist vom Vorsitzenden der Vergabekammer und vom hauptamtlichen Beisitzer, dagegen nicht vom ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben.

Gegen diesen Beschluß hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt, die am 26. Oktober 2000 beim Oberlandesgericht eingegangen ist.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Auffassung der Vergabekammer, daß sie ihrer Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen sei. Sie führt darüber hinaus im wesentlichen folgendes aus: Die Beleihung habe lediglich die Kompetenz der GFAW begründet, einzelne Verwaltungsmaßnahmen im Rahmen der Umsetzung der verfahrensgegenständlichen Richtlinie vorzunehmen und sich hierbei der hoheitlichen Handlungsformen des öffentlichen Rechts bedienen zu können. Die Beleihung habe nicht dazu geführt, daß die Umsetzung der Richtlinie eine Maßnahme der GFAW sei und diese somit keine Aufgaben der Technischen Hilfe mehr wahrnehme. Eine Beschränkung der Anwendbarkeit des bundesdeutschen Vergaberechts auf zivilrechtliche Verträge stünde im Widerspruch zum Regelungszweck der Koordinierungsrichtlinien. Der Anwendungsbereich des bundesdeutschen Vergaberechts sei auch auf Aufträge auszudehnen, die nicht zivilrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich begründet seien. Auch die Voraussetzungen für ein "in-

house"-Geschäft lägen nicht vor. Die in § 100 Abs. 2 GWB aufgelisteten Tatbestände regelten abschließend, für welche Aufträge der Vierte Teil des GWB keine Anwendung finde. Die Ausnahmegvorschrift des § 100 Abs. 2 lit. g GWB sei vorliegend nicht erfüllt.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluß des Thüringer Landesverwaltungsamtes, Vergabekammer, aufzuheben,

dem Antragsgegner zu verbieten, die beratungs- und verwaltungsnahen Dienstleistungen im Rahmen der Technischen Hilfe zur Umsetzung der "Richtlinie für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaats Thüringen und der Europäischen Union zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung" im Rahmen des operativen Programms des Freistaats Thüringen für den Europäischen Sozialfonds (Förderjahre 2001 bis 2006) im Verhandlungsverfahren oder außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben,

hilfsweise,

das Thüringer Landesverwaltungsamt, Vergabekammer, zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts eine die Rechte der Antragstellerin wahrende Entscheidung zu treffen,

hilfsweise,

festzustellen, daß die Vergabestelle durch die Beauftragung der Gesellschaft für A. des Freistaats Thüringen mbH (GFAW) mit der Durchführung der Technischen Hilfe zur Umsetzung der "Richtlinie für die Gewährung von Zuschüssen des Freistaates Thüringen und der Europäischen Union zur Förderung der Berufsvorbereitung und Fortbildung" gegen die Vorschriften des Vergaberechts verstoßen habe und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt worden sei.

Der Antragsgegner tritt der sofortigen Beschwerde entgegen.

Das Oberlandesgericht möchte die sofortige Beschwerde zurückweisen. Es ist der Meinung, die Unterschrift des ehrenamtlichen Beisitzers der Vergabekammer sei keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des angefochtenen Beschlusses. Der sei auch in der Sache richtig, weil es an einem Sachverhalt fehle, der auf vergaberechtliche Verstöße hin überprüft werden könne. Der Antragsgegner habe mit der Beleihung vom 14. Dezember 2000 nach § 44 Abs. 3 ThürLHO die Umsetzung der streitgegenständlichen Richtlinie durch Verwaltungsakt in vollem Umfang der GFAW übertragen. Derartige Verwaltungsakte unterlägen nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 99 Abs. 1 GWB) und der maßgeblichen Richtlinie der EU (Art. 1 a Dienstleistungsrichtlinie der EG 92/50) sowie nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht der vergaberechtlichen Überprüfung, weil es an einem entgeltlichen Vertrag fehle. Im übrigen stelle die jedenfalls spätestens mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 22. Dezember 2000 erfolgte Beauftragung der GFAW für den Fall,

daß öffentlich-rechtliche Verträge dem Vergaberecht überhaupt unterfielen, nach Auffassung des Senats ein sogenanntes "in-house"-Geschäft dar.

Das Oberlandesgericht sieht sich an der von ihm beabsichtigten Entscheidung durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Januar 2001 (Az.: Verg 24/00) gehindert, weil das Oberlandesgericht Düsseldorf bei dieser Entscheidung davon ausgegangen ist, ein Beschluß der Vergabekammer müsse von allen Mitgliedern, die an der mündlichen Verhandlung und an der Entscheidungsfindung mitgewirkt haben, eigenhändig unterschrieben werden; das ergebe sich unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Das Oberlandesgericht hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II. Die Vorlage ist zulässig.

Nach § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB legt ein Oberlandesgericht, das über eine sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung einer Vergabekammer zu befinden hat, die Sache dem Bundesgerichtshof vor, wenn es von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofes abweichen will. Das ist hier gegeben.

III. Die in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluß der Vergabekammer des Landes Thüringen vom 10. Oktober 2000 bleibt ohne Erfolg.

1. Der angefochtene Beschluß ist wirksam, obwohl er von dem ehrenamtlichen Beisitzer der Vergabekammer, der bei der Beschlußfassung mitgewirkt hat, nicht unterschrieben ist.

a) Wie der Senat in anderem Zusammenhang bereits ausgeführt hat (Beschl. v. 10.05.1994 – X ZB 7/93, NJW-RR 1994, 1406 – Spinnmaschine), folgt aus dem gesetzlichen Erfordernis, eine staatliche Entscheidung in bestimmter Besetzung zu fällen, nicht ohne weiteres, daß alle Personen, welche die Entscheidung getroffen haben, die vollständige, mit Gründen versehene Fassung eigenhändig zu unterzeichnen haben. Es sind keine Gründe erkennbar, warum dies anders sein sollte, wenn es um die Unterschrift des ehrenamtlichen Beisitzers geht, der gemäß § 105 Abs. 2 Satz 1 GWB als Mitglied der Vergabekammer bei deren Entscheidung mitgewirkt hat.

b) Es fehlt eine bundesgesetzliche Regelung, wonach der ehrenamtliche Beisitzer Beschlüsse der Vergabekammer, die unter seiner Mitwirkung gefaßt wurden, zu unterzeichnen hat. Aus § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB folgt nur, daß die Entscheidungen der Vergabekammer in schriftlicher Form ergehen. Aus der Vorschrift läßt sich aber nicht herleiten, daß unter Einschluß des ehrenamtlichen Beisitzers alle drei Mitglieder der Vergabekammer (§ 105 Abs. 2 Satz 1 GWB) den von ihr gefaßten Beschluß unterschreiben müssen. Auch aus § 61 GWB, der gemäß § 114 Abs. 3 Satz 3 GWB im Vergabenachprüfungsverfahren entsprechend anzuwenden ist, läßt sich nichts für die Frage des Unterschriftserfordernisses entnehmen.

c) Die Unterschrift des ehrenamtlichen Beisitzers der Vergabekammer ist nicht so bedeutsam, daß sie auch ohne eine dies anordnende Regelung, also

gleichsam von der Sache her vorgegeben neben den Unterschriften der hauptamtlichen Mitglieder notwendig erscheinen könnte.

Um die Herkunft des Beschlusses zu verbürgen und sicherzustellen, daß es sich hierbei nicht um einen bloßen Entwurf einer Entscheidung der Vergabekammer handelt, wie dies für die Sicherheit und Klarheit im Rechtsverkehr erforderlich ist, würde es schon ausreichen, wenn die eigenhändige Unterschrift eines hauptamtlichen Mitgliedes unter dem Text des Beschlusses vorhanden ist. Dies steht im Einklang mit gesetzlichen Regelungen, welche den Erlass eines Verwaltungsaktes betreffen, in dessen Form die Entscheidung der Vergabekammer ergeht (§ 114 Abs. 3 S. 1 GWB). So muß sowohl nach § 37 Abs. 3 VwVfG als auch nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Freistaats Thüringen (§ 37 Abs. 3 ThürVwVfG) ein schriftlicher Verwaltungsakt die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder seines Beauftragten enthalten. Nach § 8 Abs. 3 Kriegsdienstverweigerungsverordnung muß der Bescheid, der – wie der Beschluß der Vergabekammer – durch ein mehrköpfiges Gremium zu treffen ist, vom Vorsitzenden unterzeichnet werden.

Auch im Hinblick auf die Tragweite, die einem Beschluß einer Vergabekammer nach Inhalt und Begründung zukommt, kann es nicht als unverzichtbar angesehen werden, daß neben den anderen Mitgliedern der Vergabekammer auch der ehrenamtliche Beisitzer den Beschluß unterzeichnet. Die Bedeutung eines Beschlusses der Vergabekammer übersteigt nicht diejenige, die ein zu den Akten gelangtes Strafurteil für die Gesellschaft und die von ihm Betroffenen haben kann. Bei einer solchen Entscheidung bedarf es der Unterschrift der ehrenamtlichen Mitglieder des Spruchkörpers nicht (§ 275 Abs. 2 S. 3 StPO).

d) Ob der schriftliche Beschluß der Vergabekammer auch von dem ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben werden muß, ist danach eine Frage, die dem Bereich der Organisation der Vergabekammer zugeordnet werden kann. Wenn es – wie hier – um Nachprüfungsbehörden der Länder geht, wird diese nach § 106 Abs. 2 S. 1 GWB von den nach Landesrecht zuständigen Stellen bestimmt. Für den Bereich des Landes Thüringen ist auf der Grundlage des § 106 Abs. 2 S. 1 GWB die Thüringer Verordnung zur Regelung der Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern vom 10. Juni 1999 (GVBl. S. 417) ergangen. Nach deren § 2 Abs. 3 erläßt das Landesverwaltungsamt die Geschäftsordnung der Vergabekammer und veröffentlicht diese im Thüringer Staatsanzeiger. Beruhend auf dieser Ermächtigung hat das Landesverwaltungsamt am 8. Oktober 1999 die Geschäftsordnung der Vergabekammer des Freistaates Thüringen (Thüringer Staatsanzeiger 1999, S. 2347, 2348) erlassen. In § 4 Abs. 1 Spiegelstrich 9 dieser Geschäftsordnung ist geregelt, daß der Beschluß der Vergabekammer die Unterschriften des Vorsitzenden und des hauptamtlichen Beisitzers enthält. Für das Vergabennachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer des Landes Thüringen besteht damit eine organisationsrechtliche Regelung des Unterschriftserfordernisses für die von der Vergabekammer zu erlassenden Entscheidungen. Danach ist es zur Wirksamkeit der Beschlüsse der Vergabekammer des Landes Thüringen nicht erforderlich, daß diese auch vom ehrenamtlichen Beisitzer unterschrieben werden.

2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin unterliegt die rechtsgeschäftliche Betrauung der GFAW, die streitgegenständliche Richtlinie umzusetzen, nicht dem Vergaberecht; trotz der Personenverschiedenheit von An-

tragsgegnerin 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. Dezember 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 Rdn. 17 m.w.N.). Ein solcher Beleihungsvorgang allein kann einer den Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnenden vertraglichen Grundlage im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB auch nicht gleichgestellt werden.

b) Auch der zwischen dem Antragsgegner und der GFAW geschlossene Vertrag vom 22. Dezember 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-Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Diese Berücksichtigung ist geboten, weil der Vierte Teil des GWB der vollständigen Umsetzung dieser Richtlinien 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 Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache "Teckal" (Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 ff. = NZBau 2000, 90, 91) aufgestellt hat. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge - ABl. EG Nr. L 199, S. 1-53 - (im folgenden: Richtlinie 93/36/EWG) für anwendbar gehalten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtige, 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 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - ABl. EG Nr. L 209, S. 1-24 - (im folgen-

den: Richtlinie 92/50/EWG) anzuwenden. Die Gleichbehandlung ist sachgerecht, weil beide Richtlinien einen Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzen (Gnittke/Siederer, ZVgR 2000, 236 f.). Sie verbietet sich auch nicht etwa deshalb, weil die Richtlinie 92/50/EWG für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in Art. 6 – anders als die Richtlinie 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 diese Regelung die Frage berührt wäre, welche Rechtsgeschäfte einen Vertrag i. S. von Art. 1 lit. a der Richtlinie darstellen. Bei ihrer Beantwortung ist eine funktionelle Betrachtungsweise nötig (vgl. dazu die Schlußanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-108/98 - RI.SAN., Slg. 1999, I-5219, 5234 Rdn. 52). Daß sie auch in dem Bereich, der bei Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages der Richtlinie 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 Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 7. Dezember 2000 (Rs. C-94/99 - ARGE Gewässerschutz, NZBau 2001, 99, 101), weil der Gerichtshof im Erwägungsgrund Nr. 40 seiner die Richtlinie 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 Antragsgegner 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 Eigengesellschaft anzusehende GFAW bietet dem Antragsgegner aufgrund der ihr eigenen Organisationsstruktur umfassende Einfluß- und Steuerungsmöglichkeiten (vgl. Faber, DVBl. 2001, 248, 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 Antragsgegners 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 Antragsgegner die GFAW vergleichbar einer eigenen Dienststelle kontrollieren kann. Die GFAW besitzt damit gegenüber dem Antragsgegner keine eigene Entscheidungsgewalt. Anhaltspunkte, die insoweit Anlaß zu Zweifeln böten und zu der von der Antragstellerin vorgetragene Annahme berechtigten, der Antragsgegner 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 Antragsgegner verrichtet, der alle ihre Geschäftsanteile innehat. Der Antragsgegner hat im Beschwerdeverfahren vorgetragen, daß die GFAW von ihm ausschließlich zum Zwecke einer effektiven Umsetzung arbeitsmarktpolitischer und berufsbildungspolitischer Richtlinien und Programme unterhalten werde 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 Antragsgegners bei der Verwirklichung seiner arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Ziele, insbesondere die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben bei der Vergabe von Zuwendungen, genannt ist. Die Antragstellerin ist diesem Vorbringen des Antragsgegners 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 vorgetragenen Tatsachen und Beweismittel muß das Gericht aber nur berücksichtigen, wenn der Sachverhalt hierzu begründeten Anlaß bietet (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 117 Rdn. 40), woran es hier fehlt. Da die GFAW ausschließlich für den Antragsgegner 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 Abgrenzung 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. Dezember 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 Niebuhr u.a., Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rdn. 22; vgl. auch Boesen, aaO, § 99 Rdn. 23-31; andererseits - dagegen - OLG Celle NZBau 2000, 299, 300; Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 99 Rdn. 1; Dreher, DB 1998, 2579, 2587; vgl. im übrigen auch Begründung des Regierungsentwurfs zu § 99 GWB - BT-Drucks. 13/9340, S. 15). Unentschieden kann außerdem bleiben, ob die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB nachgekommen ist.

IV. Die Voraussetzungen einer Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 3 EG zur Beantwortung etwa der von der Antragstellerin angeregten Frage, ob die Verneinung der Ausschreibungspflichtigkeit eines Auftrags an eine juristische Person, an der die Vergabestelle zu 100 % beteiligt ist, mit der Dienstleistungsrichtlinie 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 Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften 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, Urt. v. 06.10.1982, Rs. C-283/81 - C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, 3415, 3429 Rdn. 13; Urt. v. 04.11.1997, Rs. C-337/95 - Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013, 6045, Rdn. 29) oder wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vorliegt, durch welche die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind (EuGH, Urt. v. 06.10.1982, aaO, 3429 Rdn. 14). Das ist hier der Fall.

Wie bereits ausgeführt, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache "Teckal" (s. oben III 2 b aa)) für einen Sachverhalt, der dem Anwendungsbereich der Richtlinie 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 Richtlinie 92/50/EWG ergangenen Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache "ARGE Gewässerschutz" (s. oben III 2 b aa)) hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Erwägungsgrund Nr. 40 zu erkennen gegeben, daß die in der Rechtssache "Teckal" entwickelten Grundsätze auch im Bereich der Richtlinie 92/50/EWG anzuwenden sind.

V. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Festsetzung des Beschwerdewerts hat ihre Rechtsgrundlage in § 12 a Abs. 2 GKG.

Rogge

Melullis

Scharen

Mühlens

Meier-Beck