

**Rechtssache C-429/19**  
**Vorabentscheidungsersuchen**

**Eingangsdatum:**

5. Juni 2019

**Vorlegendes Gericht:**

Oberlandesgericht Koblenz (Deutschland)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

14. Mai 2019

**Antragstellerin und Beschwerdeführerin:**

Remondis GmbH

**Antragsgegner und Beschwerdegegner:**

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel

---

[OMISSIS]

**OBERLANDESGERICHT**

**KOBLENZ**

**BESCHLUSS**

**In dem Nachprüfungsverfahren**

betreffend die Vergabe des Auftrags „*Behandlung von Restabfällen des Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel in der mechanisch-biologische[n] Abfallbehandlungsanlage des Landkreises Neuwied*“

Verfahrensbeteiligte:

1.

Remondis GmbH, [OMISSIS] 68219 Mannheim

Antragstellerin und **Beschwerdeführerin**

DE

[OMISSIS] [Or. 2]

2

Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel, [OMISSIS] 56299 Ochtendung

Antragsgegner und **Beschwerdegegner**

[OMISSIS]

3

Landkreis Neuwied, [OMISSIS] 56564 Neuwied

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz in der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2019 [OMISSIS] beschlossen:

Das Beschwerdeverfahren wird zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union ausgesetzt

Dem Gerichtshof wird folgende Frage vorgelegt

Ist Art 12 Abs 4 lit a) der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG dahingehend auszulegen, dass eine Zusammenarbeit schon dann vorliegt, wenn ein auf seinem Gebiet für die Abfallentsorgung zuständiger öffentlicher Auftraggeber eine ihm nach nationalem Recht allem obliegende Entsorgungsaufgabe, für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig sind, nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der auf seinem Gebiet ebenfalls für die Abfallentsorgung zuständig ist, damit beauftragt, einen der notwendigen Arbeitsgänge gegen Entgelt auszuführen? [Or. 3]

A.

I. Der Vergabesenat beim Oberlandesgericht Koblenz hat als Beschwerdegericht und letzte Instanz im Sinne des Art 267 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union darüber zu entscheiden, ob ein als Zweckvereinbarung bezeichneter Vertrag zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern vom 27. September 2018, der alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags aufweist, gemäß Art 12 Abs 4 der Richtlinie 2014/24/EU, umgesetzt in nationales Recht in § 108 Abs 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), aus dem Anwendungsbereich des nationalen und europäischen Vergaberechts herausfällt oder ob die Vereinbarung die vergaberechtswidrige Direktvergabe eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags beinhaltet. In der Sache geht es um die Frage, ob es für eine Zusammenarbeit (cooperation,

2

coopération) im Sinne der vorgenannten Ausnahmeregelungen ausreicht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine ihm zugewiesene Pflichtaufgabe teilweise selbst erledigt, teilweise von einem anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber ausführen lässt.

## II. Im Einzelnen

1. Antragstellerin und Beschwerdeführerin ist ein zur Remondis-Gruppe gehörendes, in Südwestdeutschland tätiges Privatunternehmen, das ein breites Spektrum von Dienstleistungen zur Abfallbehandlung und -entsorgung anbietet.

Antragsgegner und Beschwerdegegner ist der Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel (nachfolgend kurz: Zweckverband), dessen Mitglieder – die Landkreise Mayen-Koblenz und Cochem-Zell sowie die kreisfreie Stadt Koblenz – nach nationalem Recht für die Entsorgung der jeweils in ihrem Gebiet angefallenen Abfälle zuständig sind und die die Erfüllung dieser Aufgabe auf den von ihnen gemeinsam kontrollierten Zweckverband übertragen haben. Der Zweckverband ist öffentlicher Auftraggeber in Sinne des § 99 Nr. 2 GWB bzw. des Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1, 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

Der beigeladene Landkreis Neuwied (nachfolgend kurz: Landkreis) ist als kommunale Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 1 GWB bzw. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie 2014/24/EU). Er ist nach nationalem Recht für die gesamte [Or. 4] Abfallentsorgung im Kreisgebiet zuständig und betreibt in Linkenbach eine Abfallentsorgungsanlage, zu der auch eine mechanisch-biologische Abfallbehandlungsanlage (MBA) gehört.

2. Im Zuständigkeitsbereich des Zweckverbands fallen jährlich ca. 50.000 Mg als Restabfälle bezeichnete, überwiegend aus Haushalten stammende gemischte Siedlungsabfälle an. Dabei handelt es sich um den Teil des Abfalls, der im Idealfall keine oder allenfalls noch wenige wiederverwertbare Stoffe enthält. Ein nach nationalem Recht zulässiger Entsorgungsweg ist die Deponierung, der allerdings zwingend eine aufwendige Vorbehandlung in einer MBA vorausgehen muss. Bei dieser Vorbehandlung sollen Wertstoffe und heizwertreiche Abfälle abgetrennt, Schadstoffe soweit wie möglich entfernt und die biologische Aktivität des organischen Anteils deutlich verringert werden. Die danach verbleibenden Deponierungsreste machen durchschnittlich knapp 50% des Ausgangsvolumens aus.

3. Der Zweckverband verfügt über keine eigene MBA. Etwa 80% der im Verbandsgebiet anfallenden Restabfälle werden im Auftrag des Zweckverbandes vollständig von privaten Unternehmen entsorgt. Die übrigen 20% – ca. 10.000 Mg/a – sind Gegenstand einer am 27. September 2018 geschlossenen Zweckvereinbarung zwischen dem Zweckverband und dem Landkreis mit folgendem Inhalt:

### § 1

## **Ausgangslage**

1. Der Landkreis Neuwied – nachstehend Kreis genannt – ist öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (§ 17 Abs. 1 KrWG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 LKrWG). In dieser Zuständigkeit hat er die jeweils in seinem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushalten im Sinne des § 2 Abs. 2 GewAbfV und aus sonstigen Herkunftsbereichen entgegenzunehmen und ordnungsgemäß zu entsorgen.

Dem Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel – nachstehend AZV genannt – ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts u. a. die Restabfallbehandlung und -entsorgung der in den Mitgliedsgebietskörperschaften, der Stadt Koblenz und den Landkreisen Mayen-Koblenz und Cochem-Zell, anfallenden und diesem überlassenen Abfälle aus privaten Haushalten und aus sonstigen Herkunftsbereichen, insbesondere der Restabfälle und der hausmüllähnlichen Gewerbeabfälle, übertragen. [Or. 5]

Nach § 3 Abs. 2 LKrWG sollen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Erfüllung ihrer Aufgaben miteinander kooperieren. Der Kreis und der AZV vereinbaren entsprechend § 108 Abs. 6 GWB eine Zusammenarbeit bei der Restabfallbehandlung und Entsorgung gemischter Siedlungsabfälle auf der Grundlage dieser Zweckvereinbarung im Sinne der §§12, 13 KomZG.

2. Der Kreis betreibt in der Gemarkung Linkenbach die Abfallentsorgungsanlage (AEA) Linkenbach mit einer Mechanisch-Biologischen Abfallbehandlungsanlage (MBA). [OMISSIS]

3. Auf der Basis der genannten Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Grundsatzes der Nähe vereinbaren der Kreis und der AZV gemäß § 12 Abs. 1 KomZG die Mitbenutzung der MBA Linkenbach durch den AZV mit einer Teilmenge der ihm [OMISSIS] überlassenen Abfälle.

## **§2**

### **Gegenstand**

1. Der AZV verpflichtet sich, ihm überlassene Abfallmengen aus Haushalten und sonstigen Herkunftsbereichen (gemischte Siedlungsabfälle nach AVV 200301) einschließlich darin enthaltener Fehlwürfe von Abfällen lt. Anlage 1 in der MBA Linkenbach behandeln zu lassen.

2. Der Kreis verpflichtet sich, diese Abfälle gemäß § 3 der Zweckvereinbarung entgegenzunehmen und gemäß den Anforderungen von § 6 Abs. 4 DepV zu behandeln. Die Entsorgung der Restabfälle bleibt Aufgabe des AZV.

3. Im Rahmen der Kooperation erklärt sich der AZV bereit, Teilmengen mineralischer Abfälle von bis zu 3.000 Mg p.a. zu übernehmen, die im Rahmen der hoheitlichen Beseitigungspflicht des Landkreises Neuwied anfallen. Die durch den AZV insoweit zu übernehmenden Mengen richten sich nach dessen Leistungsfähigkeit und sind im Einzelnen zwischen den Beteiligten unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen zu vereinbaren. **[Or. 6]**

### §3

#### **Anlieferungsbedingungen**

1. Der AZV verpflichtet sich, arbeitstäglich (Montag – Freitag) höchstens 50 Mg der in § 2 definierten Abfälle zur MBA Linkenbach anzuliefern. Die Parteien sind sich einig, dass die durch den AZV anzuliefernde Jahresmenge 10.000 Mg beträgt; für das Jahr 2018 beträgt die anteilige Menge ca. 4.000 Mg. Der Kreis kann Abfälle, die nicht § 2 Abs. 1 entsprechen, im Benehmen mit dem AZV zurückweisen.

Die im Satz 2 genannte Tonnage stellt eine voraussichtliche Abfallmenge dar, die um bis zu 15 % über- oder unterschritten werden kann, ohne dass sich dies auf das Entgelt (§ 5 Abs. 1) auswirkt.

[OMISSIS]

### §4

#### **Betrieb der MBA Linkenbach**

1. Die Einrichtung zur Behandlung und Entsorgung in der MBA Linkenbach werden vom Kreis unter Beachtung der jeweils geltenden Bestimmungen der Genehmigungsbescheide ordnungsgemäß betrieben.

2. [OMISSIS] **[Or. 7]**

3. Aus der Behandlung in der MBA Linkenbach entstehen aus den Inputmengen 46 % Deponierungsreste, die der AZV gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 übernimmt.

### §5

#### **Entgelte**

1. Für die ordnungsgemäße Behandlung der Restabfälle zahlt der AZV im Wege der Kostenerstattung ohne Berücksichtigung von Gewinnzuschlägen für die laufenden Betriebskosten an den Kreis ein Entgelt nach Abfallaufkommen. Näheres wird in einer gesonderten Entgeltordnung festgelegt.

2. Wird die in § 3 Abs. 1 vereinbarte Mindestabfallmenge von 8.500 Mg/a unterschritten, ist der AZV verpflichtet, für die Differenz zwischen der tatsächlich angelieferten Menge und 8.500 Mg/a eine tonnagebezogene Ausgleichszahlung zu leisten. Die Höhe dieser Ausgleichszahlung wird dann einvernehmlich zwischen den Parteien – unterbesonderer Berücksichtigung der Loyalitätsklausel gem. § 10 dieser Zweckvereinbarung – ermittelt. Bei der Ermittlung werden ersparte Aufwendungen des Kreises und akquirierte Drittmengen berücksichtigt. Eine Verpflichtung zur Akquisition von Abfällen in Höhe der fehlenden Differenzmenge besteht für den Kreis nicht. Ist dem Kreis die Verwertung freier Kapazitäten nicht möglich und kann er seine anlagebezogenen Aufwendungen nicht reduzieren, ist das in § 5 Abs. 1 vereinbarte Entgelt als Ausgleichszahlung für die fehlende Menge geschuldet. Im Falle der Überschreitung der Maximalabfallmenge (11.500 Mg/a) werden die Parteien in Anwendung des vorstehend beschriebenen Grundverständnisses in gleicherweise die Anpassung des Entgelts für die 11.500 Mg übersteigende Menge vereinbaren.

## §6

### **Dauer der Zweckvereinbarung**

1. Die Zweckvereinbarung tritt nach Genehmigung durch die [zuständige Behörde] mit ihrer Veröffentlichung, voraussichtlich zum 01.10.2018 in Kraft.
2. Sie hat eine Laufzeit von zehn Jahren. Sie kann zweimal jeweils mit einer Frist von einem Jahr – vor dem jeweiligen Ablauf – einvernehmlich um jeweils zwei Jahre verlängert werden. Ansonsten endet sie automatisch, ohne dass es einer Kündigung bedarf.
3. Unabhängig von der Bestimmung des § 12 Abs. 4 KomZG können der Kreis und der AZV diese Zweckvereinbarung nur aus wichtigem Grund aufheben oder kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die MBA nicht mehr zur Behandlung von [Or. 8] Restabfällen genutzt werden soll oder ein Wegfall oder eine Änderung der Genehmigung als mechanisch-biologische Abfallbehandlungslage vorliegt. Sonstige zwingende Gründe bleiben unberührt.
4. Die ordentliche Kündigung ist während der Laufzeit gemäß Abs. 2 S. 1 dieser Vereinbarung ausgeschlossen. Entsprechend § 13 Abs. 3 KomZG bleibt das Recht eines Partners auf Kündigung aus wichtigem Grund unberührt.

## §7

### **Haftung**

1. Soweit und solange ein Partner der Zweckvereinbarung durch Umstände oder Ereignisse, deren Verhinderung ihm unmöglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist, wie z.B. Streik, Aussperrung, Störung beim Bezug der Energie, Feuer oder Ereignisse höherer Gewalt, an der Erfüllung der Verpflichtungen dieser Zweckvereinbarung gehindert ist, ruhen seine Verpflichtungen. Entfällt das Hindernis, holen die Parteien die Verpflichtungen unter gegenseitiger Rücksichtnahme auf die jeweilige Leistungsfähigkeit nach. Für sonstige Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen gelten die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

2. Kreis und AZV verpflichten sich, etwaige Störungen oder Unterbrechungen in ihrem Einflussbereich unverzüglich zu beheben, soweit ihnen das möglich ist. Sie werden sich über den Eintritt und die Beendigung störender Umstände oder Ereignisse unverzüglich unterrichten.

## **§8**

### **Ausfallverbund**

Der Kreis hat für den Fall, dass eine Behandlung des Restabfalls aufgrund von vorübergehenden Betriebsstörungen, Revisionszeiten oder ähnlichen von ihm zu vertretenden Ereignissen in der MBA Linkenbach nicht möglich ist, einen Ausfallverbund mit Betreibern anderer Anlagen vereinbart. Er ist berechtigt, in diesem Fall den Restabfall des AZV zu diesen Anlagen des Ausfallverbundes zu transportieren und dort behandeln zu lassen oder stellt anderweitig die Entsorgung sicher. Etwaige Mehrkosten trägt der Kreis.

Die – unter Umständen von § 2 Abs. 2 S. 1 und 2 dieser Zweckvereinbarung abweichende – Entsorgung der Restabfälle in diesen Anlagen stimmt der Kreis mit dem AZV gesondert und im Einzelfall ab. Es steht den Parteien frei, auch in einem Fall des § 8 Satz 1 das Ruhen der gegenseitigen Verpflichtungen nach § 7 zu vereinbaren. [Or. 9]

## **§9**

### **Zwischenlagerung**

Bei einem Ereignis gemäß § 8 Abs. 1 lagert der AZV die von ihm anzuliefernden Abfälle im Rahmen der Gegenseitigkeit der Vereinbarung vorrangig vor einer Inanspruchnahme des Ausfallverbundes auf seine Kosten auf dem Gelände des AZV zwischen, soweit dies möglich ist. Entfällt das Hindernis, holen die Parteien die Verpflichtungen unter gegenseitiger Rücksichtnahme auf die jeweilige Leistungsfähigkeit nach. Die Pflicht zur Zwischenlagerung gilt vorbehaltlich einer noch zu erteilenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für das Gelände des AZV.

## §10

### **Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit**

Die Parteien verpflichten sich, zur Umsetzung der mit Abschluss dieser Zweckvereinbarung bezweckten Ziele stets vertrauensvoll und loyal zusammenzuarbeiten und sich stets gegenseitig über Entwicklungen und/oder Veränderungen unterrichtet zu halten, die Einfluss auf die Durchführung dieser Zweckvereinbarung haben können.

## §11

### **Schlussvorschriften**

1. Änderungen und/oder Ergänzungen zu dieser Zweckvereinbarung bedürfen der Schriftform und der Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde. Dies gilt auch für die Aufhebung dieser Klausel.

2. Sollten einzelne Bestimmungen dieser Vereinbarung unwirksam sein oder sollte sich in dieser Vereinbarung eine Lücke herausstellen, so wird die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen hierdurch nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung oder zur Ausfüllung der Lücke soll eine rechtswirksame Ersatzregelung treten, die dem aus diesem Vertrag erkennbaren Willen der Parteien, dem wirtschaftlichen Sinn und Zweck der weggefallenen Regelung und der Gesamtvereinbarung Rechnung trägt bzw. möglichst nahe kommt. Dies gilt auch dann, wenn die Unwirksamkeit einer Bestimmung auf einer Leistungs- oder Zeitbestimmung beruht; es soll dann ein dem Gewollten möglichst nahekommendes rechtlich zulässiges Maß der Leistung oder Zeit als vereinbart gelten.

Die Zweckvereinbarung wurde am 18. Oktober 2019 von der zuständigen Behörde genehmigt und in der Folgezeit in lokalen und regionalen Amtsblättern bekanntgemacht. **[Or. 10]**

Nach den derzeitigen Vorstellungen der Beteiligten soll das kostendeckende Entgelt bei 100 €/Mg liegen. Als eigenen Vorteil aus der Arbeitsteilung verspricht sich der Landkreis eine höhere und damit insgesamt wirtschaftlichere Auslastung der MBA, ohne zugleich zusätzlichen (eigenen) Deponieraum verbrauchen zu müssen.

Weil die aus verschiedenen Quellen stammenden Restabfälle in der MBA Linkenbach nicht getrennt behandelt werden, soll der Zweckverband nicht „seine“ Deponierungsreste übernehmen, sondern Anteile vom Gesamtaufkommen, die mengenmäßig jeweils 46 % des von ihm angelieferten Inputs entsprechen.

4. Die Partner der Zweckvereinbarung sind sich darüber einig, dass es sich bei § 2 Abs. 3 um eine Absichtserklärung handelt, die mangels eines aktuellen tatsächlichen Bedarfs des Landkreises einerseits und Kapazitätsproblemen des

Zweckverbandes andererseits wahrscheinlich nie in die Tat umgesetzt werden wird (und wohl auch nie in die Tat umgesetzt werden sollte). Sie wurde zudem mit Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten des Zweckverbandes an die Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 18. Februar 2019 „*ausdrücklich für gegenstandslos*“ erklärt.

Die in § 9 der Zweckvereinbarung angesprochene immissionsschutzrechtliche Genehmigung gibt es nicht; sie wurde bisher noch nicht einmal beantragt.

5. Der Landkreis ist seit 2004 Mitglied des Vereins „Arbeitsgemeinschaft Stoffspezifische Abfallbehandlung (ASA) e.V.“, dem sowohl Kommunen als auch private Entsorgungsunternehmen angehören. Zu den Aufgaben dieses in ganz Deutschland tätigen Vereins gehört die Organisation eines Ausfallverbundes. Kommt es in einer Abfallbehandlungsanlage zu einer Betriebsstörung oder einem anderen Ereignis, das vorübergehend eine Behandlung unmöglich macht, wird dem Betreiber im Rahmen eines Ausfallverbundkonzeptes die Möglichkeit gegeben, die Ausfallzeit durch die entgeltliche Nutzung von Anlagenkapazitäten anderer Vereinsmitglieder zu überbrücken. Bisher musste der Landkreis den Ausfallverband noch nie in Anspruch nehmen.

6. In der MBA des Landkreises in Linkenbach werden etwa 30.000 Mg/a Restabfälle aus den Landkreisen Rhein-Hunsrück und Bad Kreuznach vorbehandelt. Diese [Or. 11] Tätigkeit ist eingebettet in eine Kooperation der beteiligten Landkreise, die neben der delegierenden Übertragung der Aufgabe Restabfallentsorgung mit allen Rechten und Pflichten einschließlich des Rechts zur Gebührenerhebung auf den Landkreis Neuwied u. a. auch die gemeinsame Nutzung und konsekutive Verfüllung der den Beteiligten gehörenden Deponien Meisenheim, Kirchberg und Linkenbach (in dieser Reihenfolge) zum Gegenstand hat.

Daneben werden in geringem Umfang (< 500 Mg/a) Abfälle vorbehandelt, die aus Selbstanlieferungen (überwiegend von Gewerbetreibenden) stammen, für die keine Überlassungspflicht an den Landkreis besteht.

**II.** Der Antragstellerin, die an öffentlichen Abfallentsorgungsaufträgen aller Art interessiert ist, war im Herbst 2018 war bekannt, dass der Zweckverband bei der Entsorgung von Restabfällen eine noch zu schließende Lücke von ca. 10.000 Mg/a hatte. Auf Nachfrage vom 26. Oktober 2018 informierte der Zweckverband mit Schreiben vom 31. Oktober 2018, das am selben Tag um die Mittagszeit per Telefax übermittelt wurde, den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin unter Beifügung einer Kopie über den Abschluss der Zweckvereinbarung. Nach erfolgloser Rüge einer nach ihrer Auffassung unzulässigen Direktvergabe reichte die Antragstellerin am 3. Dezember 2018 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland-Pfalz ein.

**III.** Mit Beschluss vom 6. März 2019 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, weil eine unter § 108 Abs. 6

GWB (= Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24) fallende Kooperation zweier öffentlicher Aufträge vorliege, weshalb nach nationalem Recht der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet sei. Zu dem zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittenen Tatbestandsmerkmal „Zusammenarbeit“ hat sie u. a. ausgeführt:

„Eine Abs. 6 Nr. 1 entsprechende Zusammenarbeit setzt zwar nicht voraus, dass alle an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber in gleichem Umfang zur Erbringung der Dienstleistung beitragen müssen. Notwendig ist insofern aber ein kooperatives Konzept (OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017, [OMISSIS]). Es reicht im Allgemeinen aus, dass jeder Kooperationsbeteiligte überhaupt einen Beitrag zur gemeinsamen [Or. 12] Ausführung der Dienstleistung erbringt (OLG Naumburg, a.a.O.; [OMISSIS]).

Die insoweit erforderliche Zusammenarbeit ist jedoch schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung bzw. bloßer Austausch von Leistungen gegen Entgelt und meint ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels (OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014, [OMISSIS]). Dies ergibt sich auch aus dem Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU (OLG Naumburg, a.a.O., OLG Koblenz, a.a.O.). Dort heißt es bzgl. der gemeinsamen Erbringung ihrer öffentlichen Dienstleistungen im Wege der Zusammenarbeit, dass ‚die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen [...] nicht notwendigerweise identisch sein [müssen], sie können sich auch ergänzen.‘ Weiter heißt es zu der Art der auf einem kooperativen Konzept beruhenden Zusammenarbeit, dass zwar nicht vorausgesetzt sei, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen müssten. Dies solle aber nur gelten, ‚solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten‘.

Angesichts der dargestellten eindeutigen Aussagen im Erwägungsgrund 33 verbietet es sich, aus dem Umstand, dass in Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 2 von einer ‚Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern‘ die Rede ist, zu schließen, für eine (auch nach nationalem Recht) vergaberechtsfreie Kooperation reiche es aus, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung beschränkt (OLG Koblenz, a.a.O.). Dies wäre kein ‚Beitrag‘ mehr im Sinne einer gemeinsamen Ausführung, sondern eine Gegenleistung [OMISSIS].

...

Darüber hinaus hat sich aber der Antragsgegner verpflichtet, jährlich eine Menge von 10.000 Mg der in der Zweckvereinbarung definierten Restabfälle

zur MBA Linkenbach zu liefern und dort behandeln zu lassen. Der Beigeladene stellt insoweit seine Kapazitäten dem Antragsgegner zur Verfügung und übernimmt die Behandlung der Abfälle. Durch diese mechanische bzw. biologische Behandlung erreicht der Beigeladene, dass die Abfälle zum Teil noch verwertet und im Umfang erheblich reduziert werden. Der Antragsgegner wiederum hat in § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 der Zweckvereinbarung zugesagt, die aus der Behandlung in der MBA Linkenbach entstehenden Deponierungsreste, die ca. 46 % der Inputmengen ausmachen, zurückzunehmen und in eigener Verantwortung zu beseitigen. Somit haben beide Beteiligte aufeinander [Or. 13] aufbauende Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erbringung der Dienstleistungen zur Abfallentsorgung übernommen. Ein kooperatives Konzept ist damit gegeben.

Des Weiteren haben die Parteien in § 9 der Zweckvereinbarung verabredet, dass in den Fällen des § 8 der Antragsgegner vorrangig vor einer Inanspruchnahme des Ausfallverbundes auf seine Kosten auf seinem Gelände soweit tatsächlich und rechtlich möglich die Abfälle zwischenlagert. Dadurch übernimmt der Antragsgegner bei durch den Beigeladenen verschuldeten Leistungsstörungen eine Verpflichtung zur Zwischenlagerung des Abfalls. Auch dies spricht für ein kooperatives Konzept“.

**IV.** Gegen die Entscheidung der Vergabekammer wendet sich die Antragstellerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde. Sie ist weiterhin der Auffassung, es fehle an einer Zusammenarbeit auf der Grundlage eines kooperativen Konzepts; vielmehr liege die Konstellation „Leistung gegen Entgelt“ und damit ein ausschreibungspflichtiger Auftrag vor, dessen Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung der Vergabeabsicht im Amtsblatt der EU gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sei.

Der Antragsgegner hält die angefochtene Entscheidung für richtig.

Der beigeladene Landkreis hat sich nicht aktiv am Beschwerdeverfahren beteiligt.

## **B.**

**I.** Die Vorlagefrage ist entscheidungserheblich; der Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird von der Antwort des Gerichtshofs bestimmt.

1. Vorab ist festzuhalten, dass § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB dem Erfolg des Nachprüfungsantrages nicht entgegensteht. Danach kann die Unwirksamkeit eines ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergebenen öffentlichen Auftrags nur festgestellt werden, wenn sie innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss mit einem Nachprüfungsantrag geltend gemacht worden ist. Wäre die 30-Tages-Frist hier

anwendbar, hätte der **[Or. 14]** Nachprüfungsantrag spätestens am 30. November 2018 (einem Freitag) gestellt werden müssen; die Antragstellung am 3. Dezember 2018 wäre zu spät gewesen.

Ausgehend vom Wortlaut der Norm wird in Deutschland die – vom Vergabesenat geteilte – Auffassung vertreten, die 30-Tages-Frist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB spiele bei Direktvergaben ohne Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen – wie vorliegend – keine Rolle [OMISSIS]. Entgegen der gegenteiligen Auffassung des Antragsgegners hat die Regelung auch dann noch einen weiten Anwendungsbereich, z.B. bei einer Auftragsvergabe in einem unzulässigen Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, aber mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern oder nach einer trotz Überschreitung des einschlägigen Schwellenwerts ohne europaweite Bekanntmachung durchgeführten Öffentlichen Ausschreibung nach nationalem Recht. Dass die Ausnahmeregelung, die die Anfechtungsfrist (und damit auch den Rechtsschutz) um bis zu fünf Monate verkürzen kann, nicht über den eindeutigen Wortlaut hinaus auf eine Direktvergabe ohne nicht berücksichtigte Bewerber oder Bieter Anwendung finden kann, ergibt sich auch aus dem der nationalen Regelung zugrundeliegenden, aber nur unvollständig in nationales Recht umgesetzten Art. 2 f Abs. 1 lit. a), zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/665/EWG (in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007). Danach reicht es nicht aus, lediglich den Vertragsschluss mitzuteilen; die Mitteilung muss zudem auch Informationen im Sinne des Artikels 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG (heute ähnlich: Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU) enthalten. Diese Informationen setzen aber die Existenz mindestens eines weiteren Wirtschaftsteilnehmers voraus, dessen Bewerbung bzw. Angebot abgelehnt wurde.

2. Der für den Zugang zum Nachprüfungsverfahren notwendige Auftragswert von mindestens 221.000 € wäre mit ca. 1 Million €/a weit überschritten.

3. Die Zweckvereinbarung enthält alle Elemente eines öffentlichen Auftrags: Ein öffentlicher Auftraggeber will einen wesentlichen Teil einer ihm obliegenden öffentlichen Aufgabe, der zugleich eine marktgängige Leistung beinhaltet, nicht selbst erledigen, sondern von einer von ihm personenverschiedenen und unabhängigen juristischen Person erledigen lassen, die sich zur Leistungserbringung verpflichtet und als **[Or. 15]** Gegenleistung ein Entgelt erhält. Der Annahme eines Auftrags im Sinne des Vergaberechts steht nicht entgegen, dass die Vereinbarung öffentlich-rechtlicher Natur und der Ausführende seinerseits öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB ist. Auch ist es unerheblich, ob die Gegenleistung des Auftraggebers kostendeckend oder gar gewinnbringend ist (Gerichtshof, Urteil v. 19.12.2012 – C-159/11).

4. Dieser öffentliche Auftrag unterläge allerdings nicht dem europäischen und nationalen Vergaberecht, wenn die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des § 108 Abs. 6 GWB vorlägen.

a) Der Bejahung der Bereichsausnahme steht nicht entgegen, dass auf der mechanisch-biologischen Abfallbehandlungsanlage (MBA) des Landkreises auch in großem Umfang Restabfälle vorbehandelt werden, die aus anderen Gebietskörperschaften stammen. Insoweit handelt es sich nicht um Tätigkeiten „auf dem offenen Markt“ im Sinne des Art. 12 Abs. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU, weil sie im Rahmen einer aus dem Anwendungsbereich des (europäischen und nationalen) Vergaberechts herausfallenden interkommunalen Kooperation erbracht werden. Sie stehen deshalb ebenso wenig wie die sich auf ca. 500 Mg/a summierenden Kleinmengen verschiedener Anlieferer der Annahme entgegen, dass die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU erfüllt sind.

b) Es kann dahin stehen, ob auch nach der Kodifizierung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Nichtanwendbarkeit des europäischen Vergaberechts auf bestimmte Vereinbarungen zwischen öffentlichen Auftraggebern weiterhin – als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal – zu verlangen ist, dass durch die fragliche Vereinbarung kein privater Dritter besser gestellt wird als seine Wettbewerber (siehe dazu den Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf v. 28.11.2018 – [OMISSIS] beim Gerichtshof anhängig unter C-796/18). Eine solche Besserstellung wäre hier zu verneinen. Sie ergäbe sich insbesondere nicht schon aus der Möglichkeit, dass bei einem vorübergehenden Ausfall der MBA Linkenbach im Rahmen des Ausfallverbundkonzeptes kurzfristig auch eine von einem Privatunternehmen betriebene MBA einspringen könnte. Dies wäre keine in der hier fraglichen Vereinbarung angelegte Besserstellung eines Privaten, sondern Folge der unabhängig von dieser Vereinbarung für bestimmte Ausnahmesituationen gedachten Mitgliedschaft des Landkreises in einem Verein, der einen Ausfallverbund organisiert. [Or. 16]

c) Somit fiel die Zweckvereinbarung aus dem Anwendungsbereich des europäischen und nationalen Vergaberechts heraus, wenn sie „eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden“ (Art. 12 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU). Was darunter genau zu verstehen ist, erschließt sich weder allein aus dem Wortlaut der Norm noch aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und ist in Deutschland umstritten.

aa) Bei dieser Prüfung geht der Senat davon aus, dass die (angebliche) Übernahme von 3.000 Mg/a mineralischer Abfälle durch den Zweckverband von Anfang an nur auf dem Papier stand und ein Feigenblatt war, das die Blöße des Fehlens eines kooperativen Konzepts verbergen sollte. Gleiches gilt angesichts der Einschränkung „soweit dies möglich ist“ und der Tatsache, dass sich der Zweckverband bis heute noch nicht einmal um die für eine Zwischenlagerung notwendige Genehmigung bemüht hatte, für § 9 der Zweckvereinbarung.

bb) Damit beschränkt sich der wesentliche Inhalt der Zweckvereinbarung auf die Verpflichtung des Landkreises (= Auftragnehmer), gegen Entgelt die vom

Zweckverband (= Auftraggeber) angelieferten Restabfälle entsprechend den nationalen gesetzlichen Vorgaben vorzubehandeln, um damit die Voraussetzungen für die vom Zweckverband angestrebte Deponierung zu schaffen. Dabei verfolgen die Beteiligten, wenn auch unter dem Dach des allgemeinen Interesses an einer ordnungsgemäßen Abfallentsorgung, unterschiedliche Interessen. Der Zweckverband hat eine ihm gesetzlich zugewiesene Aufgabe zu erfüllen; dafür benötigt er fremde Hilfe, weil er selbst nicht über eine MBA verfügt. Der Landkreis gewährt diese Hilfe, weil er sich von der Übernahme der Vorbehandlung gegen Kostenerstattung eine insgesamt wirtschaftlichere Auslastung seiner Anlage verspricht.

cc) Diese Feststellung muss aber nicht zwangsläufig zur Verneinung der Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU führen. Nach dem Erwägungsgrund 33 sollen öffentliche Auftraggeber berechtigt sein, *„ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein“*. Notwendig sei, dass *„die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept“* beruhe. Dies setze *„nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher [Or. 17] Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten“*.

Zusammen mit dem interpretationsfähigen Wortlaut der Norm lassen diese eher kryptischen Erwägungen Spielräume für Auslegungen und letztlich offen, ob

- zwei öffentliche Auftraggeber, die beide Entsorgungsträger sind, schon allein deshalb im Sinne des Ausnahmetatbestands zusammenarbeiten, weil sie sich die Erledigung einer nur einem von ihnen obliegenden konkreten Entsorgungsaufgabe teilen;
- der Zweckverband einen *„Beitrag zur gemeinsamen Ausführung“* der öffentlichen Aufgabe Abfallentsorgung leistet, wenn er den Landkreis dafür bezahlt, dass dieser einen Teil der dem Zweckverband obliegenden Aufgabe erledigt.

In der deutschen Fachliteratur wird die Auffassung vertreten, dass allein die Leistung eines finanziellen, auf die Kostenerstattung beschränkten Beitrags ausreicht [OMISSIS]. Andere Autoren widersprechen dieser Sichtweise [OMISSIS].

**II.** Der Senat würde der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin stattgeben, weil er der Auffassung ist, dass eine Vereinbarung, die sich auf das entgeltliche Outsourcing eines Teils einer einem der Beteiligten obliegenden Aufgabe beschränkt, ein „normaler“, nicht unter die Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB fallender öffentlicher Auftrag ist, und zwar unabhängig davon, ob – wie hier – die Beteiligten, jeweils auf ihrem Gebiet, identische Aufgaben haben. Er würde folglich den dortigen Begriff *„Zusammenarbeit“* in dem Sinne auslegen,

dass für ein kooperatives Konzept mehr erforderlich ist, insbesondere ein Beitrag eines jeden Beteiligten, der mehr beinhaltet als die Erfüllung einer ihm ohnehin obliegenden Pflicht und auch über einen rein finanziellen „Beitrag“ hinausgeht. Anders ausgedrückt: Eine Zusammenarbeit setzt voraus, dass jeder Beteiligte einen Beitrag leistet, der ohne die Kooperationsabrede nicht von ihm, sondern von einem anderen Beteiligten geleistet werden müsste. **[Or. 18]**

Zu einer Auslegung ist der Senat aber nicht befugt, weil § 108 Abs. 6 GWB auf Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zurückgeht. Der Begriff „Zusammenarbeit“ müsste europarechtskonform ausgelegt werden, also in Übereinstimmung mit der Auslegung des zugrundeliegenden Art. 12 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU. Zur Auslegung des Rechts der Union ist aber allein der Gerichtshof berufen, weshalb dessen Vorabentscheidung einzuholen ist.

[OMISSIS]