

Tenor:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gem. Artikel 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stellt eine Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, auf deren Grundlage die Gebietskörperschaften durch Satzungen einen gemeinsamen Zweckverband mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen, der fortan bestimmte Aufgaben, die bislang den beteiligten Gebietskörperschaften obliegen haben, in eigener Zuständigkeit wahrnimmt, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Artikel 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L134, Seite 114) dar, wenn dieser Aufgabenübergang Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie betrifft und entgeltlich erfolgt, der Zweckverband über die Wahrnehmung zuvor den beteiligten Körperschaften obliegenden Aufgaben hinausgehende Tätigkeiten entfaltet und der Aufgabenübergang nicht zu „den zwei Arten von Aufträgen“ gehört, die, obwohl sie von öffentlichen Einrichtungen vergeben werden, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (zuletzt: EuGH Urteil vom 13. Juni 2013 - C 386/11, ABl. EU 2013, Nr. C 225, 7, juris Tz. 33 ff.) nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fallen.

2. Soweit Frage 1 bejaht wird: Richtet sich die Frage, ob die Bildung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen ausnahmsweise nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fällt, nach den Grundsätzen, die der Gerichtshof betreffend Verträge zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person entwickelt hat, nach denen eine Anwendung des Vergaberechts der Union ausscheidet, wenn die Einrichtung über die betreffende Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und die genannte Person zugleich im Wesentlichen für die Einrichtung oder die Einrichtungen tätig ist, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. in diesem Sinne u.a. EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 - Teckal, Slg. 1999, I-8121, Tz. 50), oder finden demgegenüber die Grundsätze Anwendung, die der Gerichtshof betreffend Verträge entwickelt hat, mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart wird (dazu: EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-159/11, ABl. EU 2013, Nr. C 46, 4, juris Tz. 34 f.).

Gründe:

A.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen, das Entsorgungsdienstleistungen erbringt. Sie hat ein Interesse daran, einen Teil der Entsorgungsdienstleistungen, die der beigeladene Zweckverband Abfallwirtschaft Region H. erbringt, nämlich den Transport von PPK-Abfällen, selbst zu erbringen.

Die Antragsgegnerin war vor der Gründung des beigeladenen Zweckverbandes nach § 8 Abs. 8 des Gesetzes über die Region H. vom 5. Juni 2001 öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger im Sinne des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes im Gebiet des ehemaligen Landkreises H. Durch

Gebietsänderungsvertrag zwischen der Region H. und der Stadt H. über die Abfallwirtschaft vom 29. November 2002 (ABl. für den Regierungsbezirk H. 2002, 770 ff.) übertrug die Stadt H. ihre Aufgaben als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger auf die Region H.

Die Antragsgegnerin und die Stadt H. einigten sich über die Gründung des beigeladenen Zweckverbandes und beschlossen zu diesem Zweck gemeinsam am 19. Dezember 2002 die Verbandsordnung des Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region H. (Amtsblatt für den Regierungsbezirk H. 2002, 766 ff., zuletzt geändert durch Beschluss vom 19. Dezember 2007, vorgelegt als Anlage AS 2 zu den Akten der Vergabekammer). Die Verbandsordnung enthält - in ihrer aktuellen Fassung, soweit hier maßgeblich - insbesondere folgende Bestimmungen:

§ 1 (...)

(1) Die Region H. und die Stadt H. bilden einen Zweckverband. (...)

§ 2 (...)

(3) Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (...).

§ 4 (...)

(1) Der Zweckverband tritt an die Stelle der Region H. als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemäß § 15 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz und § 8 Abs. 8 Regionsgesetz und erhebt Gebühren.

(2) Der Zweckverband nimmt für die Stadt H. in deren Gebiet die Stadtreinigung i. S. des § 52 des Niedersächsischen Straßengesetzes wahr und erhebt Gebühren. Er nimmt für die Stadt H. auch die Aufgaben der Reinigung und des Winterdienstes vor städtischen Grundstücken wahr, soweit die Stadt H. als Eigentümerin der Grundstücke hierzu nach § 4 Abs. 1 der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt H. verpflichtet ist. Der Zweckverband übernimmt ferner für die Stadt H. die Beschaffung, die Überwachung, die Instandsetzung, die Aussonderung und den Verkauf der städtischen Kraftfahrzeuge. (...)

(4) Der Zweckverband entsorgt auch Abfälle zur Verwertung. Er kann Verträge mit Dualen Systemen zur Sammlung von Verkaufsverpackungen eingehen und diese Aufgaben auch der Abfallentsorgungsgesellschaft Region H. mbH übertragen.

(5) Der Zweckverband kann sich zur Erfüllung seiner Aufgaben Dritter bedienen und sich an Unternehmen und Einrichtungen beteiligen, die der Erfüllung der Aufgaben des Zweckverbandes dienen.

(6) Der Zweckverband erlässt über die Benutzung seiner öffentlichen Einrichtungen und über die Erhebung von Gebühren, Beiträgen und Kostenerstattungen Satzungen und Verordnungen.

(7) Die Aufgaben des Zweckverbandes werden wie folgt unterschieden:

- A-Aufgaben sind gemeinsame Aufgaben der beiden Verbandsmitglieder, die sowohl die Abfallentsorgung als auch die Straßenreinigung betreffen (...).

- B-Aufgaben sind Aufgaben, die nur die Abfallentsorgung betreffen und in die ausschließliche Zuständigkeit der Region H. fallen.

- C-Aufgaben sind Aufgaben der Straßen- und Gehwegreinigung sowie des Winterdienstes und der Kraftfahrzeugbewirtschaftung nach § 4 Abs. 2.

§ 5 (...)

Die Region H. und die Stadt H. bringen in den Verband ihre jeweiligen bisher zur Aufgabenerfüllung der Abfallentsorgung, der Straßenreinigung und des Winterdienstes dienenden Einrichtungen (...) sowie 94,9 % der Anteile an der Abfallentsorgungsgesellschaft Region H. mbH (...) unentgeltlich ein.

§ 7 (...)

(1) Die Verbandsversammlung besteht aus der Hauptverwaltungsbeamtin bzw. dem Hauptverwaltungsbeamten der Region H. und der Stadt H. (...).

(2) Bei der Abstimmung über B-Aufgaben ist nur der Vertreter/die Vertreterin des Verbandsmitgliedes Region H. stimmberechtigt. Bei der Abstimmung über C-Aufgaben ist nur der Vertreter/die Vertreterin des Verbandsmitgliedes Stadt H. stimmberechtigt. Bei der Abstimmung über A-Aufgaben sind die Vertreter/Vertreterinnen beider Verbandsmitglieder stimmberechtigt.

(3) Die Vertreter/die Vertreterinnen sind an Weisungen des jeweils entsenden Verbandsmitgliedes gebunden.

§ 8 (...)

Die Verbandsversammlung beschließt über

1. Änderungen der Verbandsordnung, (...),

3. die Wahl ihrer oder ihres Vorsitzenden,

4. die Wahl der Verbandsgeschäftsführerin oder des Verbandsgeschäftsführers und die Regelung der Stellvertretung, (...).

6. Angelegenheiten, über die nach den Vorschriften der Niedersächsischen Gemeindeordnung der Rat oder der Verwaltungsausschuss beschließt und solche, die nicht gemäß § 11 der Verbandsgeschäftsführerin oder dem Verbandsgeschäftsführer obliegen.

§ 16 (...)

(1) Der Zweckverband arbeitet auf Dauer mindestens kostendeckend.

(2) Die Verbandsmitglieder werden zu jährlich festzusetzenden Umlagen herangezogen, soweit die sonstigen Einnahmen des Zweckverbandes zur Bestreitung der Verbandsaufgaben (...) nicht ausreichen (...).

Der beigeladene Zweckverband erwirtschaftete im Jahr 2011 gemeinsam mit der Abfallentsorgungsgesellschaft Region H. mbH, deren Anteile er mehrheitlich neben der Antragsgegnerin hält, einen Gesamtumsatz in Höhe von 189.020.912,00 €. Für das Jahr 2013 hat er einen Gesamtumsatz in Höhe von 188.670.370,92 € prognostiziert. Hierin sind Innenumsätze in Höhe von 8.504.115,20 € (für 2011) bzw. 6.443.549,71 € (Prognose für 2013) enthalten. Nach eigener Einschätzung des beigeladenen Zweckverbandes sind hiervon Umsätze in Höhe von 11.232.173,89 € (in 2011) bzw. 13.085.190,85 € (Prognose für 2013) als gewerbliche Drittumsätze zu qualifizieren, im

Übrigen entfielen die Umsätze auf Tätigkeiten, die der Zweckverband für die Antragsgegnerin bzw. die Stadt H. erbracht habe. Der beigelegene Zweckverband beabsichtigte zudem, im Jahr 2013 als Vertragspartner der Dualen Systeme tätig zu werden.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass der beigelegene Zweckverband heute jedenfalls mehr als 10 % - wohl auch mehr als 20 % - seiner Umsätze mit Tätigkeiten erziele, die er nicht für die Region H. oder die Stadt H. als öffentliche Auftraggeber erbringe. Durch diese Ausweitung des Geschäftsbetriebs seien unter Berücksichtigung der Grundsätze einer In-House-Vergabe die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Vergabe entfallen. Die Gründung des Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen seien daher zwischenzeitlich als unzulässige de-facto-Vergabe zu werten. Aufgrund ihrer Unwirksamkeit sei die Antragsgegnerin wieder zuständiger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger und damit, sofern sie entsprechende Dienstleistungen nicht selbst erbringen wolle, verpflichtet, die ihr obliegenden Entsorgungsdienstleistungen im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens auszuschreiben. Die Antragstellerin habe Interesse, sich an einem solchen Vergabeverfahren zu beteiligen, soweit die Einsammlung und der Transport von PPK-Abfällen betroffen seien. Die Antragstellerin hatte deshalb einen Nachprüfungsantrag eingereicht.

Die Vergabekammer hat diesen Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Es sei nicht ersichtlich, dass die Drittsätze des beigelegenen Zweckverbandes bereits die Schwelle überschritten, ab derer er nicht mehr im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig wäre.

Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie macht weiter geltend, die Gründung eines Zweckverbandes und die Aufgabenübertragung auf diesen stelle einen öffentlichen Auftrag i. S. des Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG sowie i. S. des § 99 Abs. 1 GWB dar, soweit die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht nach den Grundsätzen der In-House-Vergabe ausgeschlossen sei. Die nach diesen Grundsätzen maßgebliche Schwelle für Drittsätze werde im Geschäftsjahr 2013 überschritten. Damit entfielen nachträglich die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien Aufgabenübertragung, was zur Folge habe, dass der ursprüngliche Beschaffungsvorgang neu auszuschreiben sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Niedersachsen vom 29. Januar 2013 (VgK - 56/2012) aufzuheben,
2. die Unwirksamkeit der Übertragung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers von der Antragsgegnerin auf den Zweckverband der Abfallwirtschaft H. („a.“), die ursprünglich durch auf Verwaltungsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und der Stadt H. beruhenden Satzungsbeschluss vom 1. Januar 2003 erfolgte und nunmehr offensichtlich in wesentlichem Maße auf eine gewerbliche Tätigkeit ausgerichtet und damit als neu zu vergeben anzusehen ist, gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB festzustellen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, die auf ihrem Gebiet entsprechend ihren gesetzlichen Aufgaben anfallenden Entsorgungsdienstleistungen bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf im Rahmen eines transparenten Vergabeverfahrens neu zu vergeben.

Die Antragsgegnerin und der Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, die Gründung des Zweckverbandes und die Aufgabenübertragung auf diesen unterfalle nicht dem Vergaberecht. Beides beruhe auf einem Satzungsbeschluss und nicht auf einem

Vertrag oder einer Verwaltungsvereinbarung. Es handele sich auch nicht um einen Beschaffungsvorgang. Jedenfalls nach Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe sei die Gründung eines Zweckverbandes und der damit verbundene gesetzliche Aufgabenübergang von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Zudem unterfalle die Beauftragung eines von dem Auftraggeber kontrollierten externen Unternehmens als sog. In-House-Geschäft nach Art. 12 Nr. 1 b) der vorgenannten novellierten Vergaberichtlinie nicht dem Vergaberecht, wenn mehr als 80 % der Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens der Ausführung der Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers diene.

Nachdem der Beigeladene seine Umsätze zunächst teilweise erläutert hatte, hat er auf den Hinweis- und Auflagenbeschluss des Senates vom 9. Januar 2014 hin, mit dem eine weitere Sachaufklärung angeordnet wurde, erklärt, vor dem Hintergrund der nach seiner Auffassung eindeutigen Rechtslage nicht zu weiteren Auskünften oder zur Vorlage aussagekräftiger Unterlagen aus der Buchführung bereit zu sein.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten sowie die Akte der Vergabekammer verwiesen.

B.

Die Entscheidung des Senats hängt von der Auslegung des Rechts der Europäischen Union ab, welches in den genannten Punkten weder klar noch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union abschließend geklärt ist. Der Senat hält daher die Vorlage der genannten Fragen an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV für notwendig.

I. Die Entscheidung des Senats hängt allein von der Frage ab, ob es sich bei der Gründung des beigeladenen Zweckverbandes und dem damit verbundenen Aufgabenübergang auf diesen um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG handelt.

1. Sollte es sich hierbei nicht um einen „öffentlichen Auftrag“ handeln, wäre der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin - wie bereits die Vergabekammer angenommen hat - unzulässig.

Sollte es sich demgegenüber um einen „öffentlichen Auftrag“, handeln, wäre der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig und begründet. Die übrigen Voraussetzungen für eine Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG liegen vor. Bei der Antragsgegnerin - und auch bei der Stadt H. - handelt es sich um eine Gebietskörperschaft und damit nach Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie und § 98 Nr. 1 GWB um einen öffentlichen Auftraggeber. Der Beigeladene ist nach Art. 1 Abs. 8 der Richtlinie als juristische Person bzw. öffentliche Einrichtung als „Wirtschaftsteilnehmer“ anzusehen.

Gegenstand der Beauftragung ist nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1, Art. 62 AEUV (vgl. dazu: EuGH, Urteil vom 29. April 2010 - C-160/08, Slg. 2210, I-3713, Tz. 73 ff.). Nach gefestigter Rechtsprechung muss sich die in diesen Artikeln vorgesehene Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränken, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, was eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraussetzt. Einen solchen hoheitlichen Charakter hat die vorliegend in Frage stehende Entsorgungstätigkeit nicht, was von den Parteien dieses Rechtsstreits auch nicht geltend gemacht wird.

Der Auftrag betrifft vielmehr eine Dienstleistung, die nach Art. 20 i. V. mit Anh. II Teil A Nr. 16 der Richtlinie 2004/18/EG nach den Art. 23 - 55 der Richtlinie hätte vergeben werden müssen, so dass der Vergabe eine öffentliche Bekanntmachung hätte vorangehen müssen, aufgrund derer die Antragstellerin ihr Interesse hätte anmelden können. Der Schwellenwert gem. Art. 7 lit. b) RL 2004/18/EG nach Maßgabe des Art. 2 Nr. 1 b) der EU-Verordnung 1336/2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Höhe von 207.000 € netto, der auch im nationalen Recht nach § 100 Abs. 1 Nr. 1, § 127 Nr. 1 GWB i. V. mit § 2 Nr. 2 VgV maßgeblich ist, ist überschritten.

Nach der nationalrechtlichen Umsetzungsregelung der § 101 Abs. 1 GWB, § 4 Abs. 2 VgV, § 3 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A hätte die Vergabe nur im offenen Verfahren, d. h. nach Bekanntmachung und Versendung der Vergabeunterlagen an die Bieter sowie Prüfung und Wertung sämtlicher eingegangener Angebote erfolgen können. Ein solches wettbewerbliches Vergabeverfahren ist nicht durchgeführt worden. Vielmehr haben die Antragsgegnerin und die Stadt H. den Aufgabenübergang auf den beigeladenen Zweckverband ohne Beteiligung anderer Unternehmen unmittelbar herbeigeführt, den beigeladenen Zweckverband mithin - bei Bejahung der Vorlagefrage 1 - unmittelbar beauftragt.

Anhaltspunkte dafür, dass der Zweckverband bereits vor Mitte des Jahres 2012 vergaberechtsrelevante Drittumsätze in einer Höhe von mehr als 10 % seines Gesamtumsatzes erzielt hätte, so dass ein möglicher öffentlicher Auftrag bereits damals nicht mehr nach den Grundsätzen unter anderem der In-house-Vergabe vergaberechtsfrei gewesen wäre und der vorliegende Nachprüfungsantrag nach § 101 b Abs. 2 GWB verspätet und unzulässig sein könnte, bestehen derzeit nicht.

2. Die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, hängt maßgeblich von den bezeichneten Vorlagefragen ab.

a) Sollte die Gründung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen schon grundsätzlich keinen „öffentlichen Auftrag“ darstellen (Vorlagefrage 1), wäre der Nachprüfungsantrag unzulässig, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen ankäme.

b) Sollte die Gründung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen demgegenüber grundsätzlich einen „öffentlichen Auftrag“ darstellen können, hinge die Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrages zunächst davon ab, ob auf diesen Auftrag die Grundsätze zu In-House-Vergaben im Sinne u. a. des Urteils T. des Gerichtshofs oder aber die Grundsätze betreffend eine interkommunale Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe im Sinne u. a. des Urteils „L.“ des Gerichtshofs Anwendung finden können (Vorlagefrage 2).

Sollten die Voraussetzungen dieser Grundsätze für eine Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts nicht vorliegen, wäre ein „öffentlicher Auftrag“ gegeben. Dieser wäre insbesondere entgeltlich im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie. Eine solche Entgeltlichkeit liegt bereits dann vor, wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-159/11, „L.“, a. a. O., Tz. 29). Einen solchen Kostenersatz sieht § 16 Abs. 2 der Verbandsordnung vor. Darüber hinaus haben die Antragsgegnerin und die Stadt H. nach § 5 der Verbandsordnung verschiedene Einrichtungen in den Verband unentgeltlich eingebracht.

Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (...) stünde nach Auffassung des Senats der grundsätzlichen Einordnung der Gründung eines Zweckverbandes mit dem damit verbundenen

Aufgabenübergang als „öffentlichen Auftrag“ auch dann nicht entgegen, wenn diese Regelung bereits vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist zu berücksichtigen wäre. Hiernach sind delegierende Vereinbarungen nur dann von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen, wenn keine Vergütung vorgesehen ist. Wird - wie vorliegend - auch nur eine Entschädigung oder ein sonstiger Ausgleich für die Kompetenzübertragung gewährt, ist diese Ausnahmeregelung nicht einschlägig (Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 105; Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 633).

c) Sollten auf den vorliegenden Auftrag die Grundsätze Anwendung finden, die der Gerichtshof u. a. in dem Urteil „T.“ zu In-House-Geschäften entwickelt hat, wäre der Nachprüfungsantrag nach derzeitigem Sach- und Streitstand zulässig und begründet.

Eine Auftragsvergabe zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person fällt nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union, wenn die Einrichtung über die betreffende Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und die genannte Person zugleich im Wesentlichen für die Einrichtung oder die Einrichtungen tätig ist, die ihre Anteile inne hat, bzw. inne haben (u.a. EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 - T., Slg. 1999, I-8121, Tz. 50). Diese Voraussetzungen liegen jedenfalls nach derzeitigem Sach- und Streitstand nicht vor.

aa) Die erste Voraussetzung einer In-House-Vergabe, die Kontrolle wie über eigene Dienststellen, ist allerdings gegeben: Nach § 7 der Verbandsordnung setzt sich die Verbandsversammlung aus dem jeweiligen Hauptverwaltungsbeamten der Antragsgegnerin sowie der Stadt H. bzw. aus jeweils einem anderen Bediensteten dieser Körperschaften zusammen. Über die Verbandsversammlung haben die Verbandsmitglieder Kontrolle über den beigeladenen Zweckverband wie über eigene Dienststellen.

Dass mehrere öffentliche Stellen an dem Auftragnehmer beteiligt sind und ihn gemeinsam kontrollieren, steht einer ausschreibungsfreien In-House-Vergabe nicht entgegen (EuGH, Urteil vom 13. November 2008 - C-324/07, Slg. 2008, I - 8457, Tz. 50 ff.; Urteil vom 19. April 2007 - C-295/05, Slg. I 2999, Tz. 62). Angesichts der in § 8 der Verbandsordnung vorgesehenen Leitungs- und Kontrollrechte der Verbandsversammlung verfügt der Zweckverband auch nicht über eine so weitreichende Selbständigkeit, dass das Kontrollkriterium nicht erfüllt wäre (vgl. dazu: EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005 - C-458/03, Slg. 2005, I - 8585, Tz. 65).

bb) Der beigeladene Zweckverband ist aber nach derzeitigem Sach- und Streitstand jedenfalls heute nicht mehr im Wesentlichen für die Verbandsmitglieder als öffentlicher Auftraggeber tätig.

Die Umstände, die eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht begründen, hier also die Umstände, die die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien In-House-Vergabe erfüllen, sind von demjenigen zu „beweisen“, der sich auf sie beruft (EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005 - C-26/03, Slg. 2005, I - 1, Tz. 46 m. w. N.). Auch wenn nach § 110 Abs. 1, § 120 Abs. 2 i. V. m. § 70 Abs. 1 GWB im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren der sofortigen Beschwerde der Untersuchungsgrundsatz gilt, gehen verbleibende erhebliche Zweifel zu Lasten des Auftragnehmers (vgl. auch GK-KrWG/Klement, § 22 KrWG Rn. 48). Derartige erhebliche Zweifel verbleiben hier, nachdem der Zweckverband erklärt hat, derzeit keine weiteren Angaben zu seinen Umsätzen zu machen und keine Unterlagen vorzulegen, aufgrund derer eine genauere Differenzierung zwischen Umsätzen für den öffentlichen Auftraggeber und Drittumsätzen möglich ist. Nach § 120 Abs. 2, § 70 Abs. 3 GWB kann ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Beweismittel entschieden werden. Eine sonstige Amtsaufklärung ist nicht vorzunehmen.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der beigeladene Zweckverband in einem solchen Umfang Tätigkeiten ausübt, die nicht für die kontrollierenden Körperschaften erfolgen, dass er nicht mehr im Wesentlichen für diese tätig wird.

(1) Bei der Bewertung des Wesentlichkeitskriteriums sind alle qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Ausschlaggebend ist insbesondere der mit der kontrollierenden Körperschaft aufgrund der Vergabeentscheidung erzielte Umsatz einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Zu berücksichtigen sind dabei sämtliche Tätigkeiten, die ein Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Vergütung durch die Körperschaft oder durch Dritte als Nutzer der Dienstleistung erfolgt (EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Tz. 63 ff.). Eine solche Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber kann angenommen werden, wenn 90 % der Tätigkeit für diesen erfolgt (EuGH, Urteil vom 19. April 2007 - C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Tz. 62 f.). Der Senat hat zwar früher eine erhebliche Tätigkeit für Dritte bereits dann angenommen, wenn das für den Auftrag vorgesehene Unternehmen 7,5 % seines Umsatzes aus Drittgeschäften erzielt (OLG Celle, Beschluss vom 29. Oktober 2009 – 13 Verg 8/09, juris Tz. 41; Beschluss vom 14. September 2006 – 13 Verg 2/06, juris Tz. 15), neigt allerdings dazu, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nunmehr grundsätzlich eine Grenze von 10 % zu berücksichtigen.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist es naheliegend, dass der beigeladene Zweckverband nicht mehr im Wesentlichen nur für die Antragsgegnerin und die Stadt H. tätig ist.

(a) Der beigeladene Zweckverband stuft selbst 13.085.190,85 € seiner Umsätze sowie der Umsätze seiner Tochtergesellschaft als gewerbliche Drittumsätze ein. Ausgehend von dem prognostizierten Gesamtumsatz für 2013 (ohne Innenumsätze) von 182.226.821,21 € macht bereits dies eine Quote von 7,18 % aus. Inwiefern auch weitere Umsätze des beigeladenen Zweckverbandes als Drittumsätze einzuordnen sind, die nicht für die kontrollierenden Körperschaften erbracht wurden, hängt grundsätzlich davon ab, in welchen Fällen solche Drittumsätze anzunehmen sind.

Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass die Annahme und Verwertung sämtlicher dem Beigeladenen überlassener Abfälle ein „hoheitliches“ Hilfsgeschäft darstelle, unabhängig davon, ob dieser rechtlich zur Annahme verpflichtet sei; die daraus erzielten Erlöse seien als Erlöse aufgrund der Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin und der Stadt H. zu werten.

Der Senat neigt demgegenüber dazu, nur die Annahme und Verwertung solcher Abfälle als Tätigkeit für die kontrollierenden Körperschaften zu behandeln, für die eine Annahmepflicht nach § 20 KrWG besteht (ebenso: GK-KrWG/Klement, vor § 17 Rn. 59). Nicht annahmepflichtig sind hiernach Gewerbeabfälle zur Verwertung sowie Abfälle, die nicht auf dem Gebiet der Region und der Stadt H. angefallen sind (vgl. auch: Klement, a. a. O.). Zwar wurde dem Beigeladenen durch § 4 Abs. 4 der Verbandsordnung i. d. F. vom 29. Februar 2008 auch die Entsorgung sämtlicher Abfälle zur Verwertung aufgegeben. Insofern ließe sich begrifflich argumentieren, dass auch sämtliche dieser Erlöse auf der Vergabeentscheidung beruhen. Insoweit tritt das Unternehmen jedoch in den Wettbewerb, ohne hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein. Soweit die Bildung eines Zweckverbandes und der Aufgabenübergang auf diesen überhaupt dem Vergaberecht unterfällt, kann es der öffentliche Auftraggeber nicht in der Hand haben, diese Vergabeentscheidung dadurch wieder dem Vergaberecht zu entziehen, dass er durch eine weitere Aufgabenzuweisung jegliche Tätigkeit als Tätigkeit für die kontrollierenden Körperschaften qualifiziert.

Ob darüber hinaus sogar nur die Annahme und Verwertung solcher Abfälle als Tätigkeit für die qualifizierenden Körperschaften zu werten sein sollte, betreffend derer nicht nur eine Annahmepflicht des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach § 20 KrWG, sondern auch eine Überlassungspflicht der Erzeuger oder Besitzer von Abfällen nach § 17 KrWG besteht (in diesem Sinne wohl OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011 - Verg 20/11, juris Tz. 85), kann an dieser Stelle noch offen bleiben. Vielmehr spricht einiges dafür, dass die maßgebliche Grenze von 10 % des

Gesamtumsatzes bereits bei Berücksichtigung der Annahme und Verwertung nur solcher Abfälle, für die keine Annahmepflicht nach § 20 KrWG besteht, überschritten ist.

Nach den von dem Geschäftsführer des Zweckverbands erläuterten Umsatzzahlen erzielte der beigeladene Zweckverband allein aus der Verwertung von PPK-Abfällen prognostizierte Erlöse in Höhe von rund 13.000.000 €. Dies stellt einen Anteil in Höhe von 7,13 % des Gesamterlöses dar. Mangels genauerer Aufgliederung ist auch nicht näherungsweise greifbar, welcher Anteil dieser Abfälle auf Gewerbeabfälle zur Verwertung entfällt. Schon unter Berücksichtigung nur dieser Verwertungserlöse ist daher ein Überschreiten der 10 %-Grenze jedenfalls konkret möglich, wenn nicht sogar naheliegend.

(b) Der beigeladene Zweckverband wäre daher jedenfalls derzeit nicht mehr im Wesentlichen für die kontrollierenden Körperschaften tätig. Dies stellt nach Auffassung des Senats eine wesentliche Vertragsänderung dar, aufgrund derer der Auftragnehmer nachträglich die Fähigkeit verliert, als In-House-Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers zu fungieren und damit vergaberechtsfrei von diesem beauftragt zu werden. Dieser Sachverhalt ist rechtlich nicht anders zu bewerten als die nachträgliche Zulassung von Privatpersonen zur Beteiligung am Grundkapital der Auftragnehmerin (dazu: EuGH, Urteil vom 10. September 2009 - C-573/07, Slg. 2009, I-8127, Tz. 53; zum Ganzen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011 - Verg 20/11, juris Tz. 89).

(2) Die Antragsgegnerin und der Beigeladene sind der Auffassung, dass der Begriff des öffentlichen Auftrags auch i. S. des § 99 GWB unter Berücksichtigung von Art. 12 Nr. 1 b) der Richtlinie 2014/24/EU dahingehend auszulegen sei, dass die Beauftragung eines von dem Auftraggeber kontrollierten externen Unternehmens als sog. In-House-Geschäft dann nicht dem Vergaberecht unterliegt, wenn mehr als 80 % der Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens der Ausführung der Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers dient, die Grenze für Drittumsätze mithin bei 20 % zu ziehen sei.

Auch der Senat hat eine solche Auslegung des nationalen Rechtes für möglich gehalten, obwohl die bezeichnete novellierte Vergaberichtlinie bislang nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, und die Umsetzungsfrist nicht abgelaufen ist, so dass eine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht besteht (im Ergebnis ebenso: Müller/Klostermann, ZfBR 2014, 347 ff.). Der vierte Teil des GWB dient der vollständigen Umsetzung der geltenden europäischen Richtlinien; die § 97 ff. GWB sollen im Einklang mit dem europäischen Recht die Rechte der Beteiligten festlegen (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001- X ZB 10/01, juris Tz. 32 m. w. N.). Sofern dieser Gesetzeszweck i. S. einer dynamischen Verweisung zu verstehen ist, wären auch noch nicht umgesetzte Richtlinien, die geltendes europäisches Recht darstellen, bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen.

Ob § 99 GWB dergestalt auszulegen ist, muss derzeit nicht entschieden werden. Auch unter Berücksichtigung einer Grenze für Drittumsätze von 20 % besteht vorliegend die konkrete Möglichkeit, dass die zu berücksichtigenden Umsätze des beigeladenen Zweckverbandes diese Grenze überschreiten. Der Senat hatte zwar mit Beschluss vom 25. April 2014 die Auffassung vertreten, dass dies auszuschließen sei. Hieran hält er jedoch u. a. unter Berücksichtigung der weiteren Erwägungen der Antragstellerin nicht mehr fest:

Unklar ist über die Einordnung der Erlöse aus der Verwertung von PPK-Abfällen hinaus insbesondere die Einordnung von Erlösen aus der Verwertung von Bauschutt aus Gewerbebetrieben, aus der Verwertung gewerblicher Grün- und Bioabfälle, aus der Verwertung von Altmetall und sonstigen gewerblichen Wertstoffen, die der Beigeladene u. a. mit Gewerbeabfalltonnen sammelt, aus dem sog. „Großcontainerbereich“ und aus nicht infektiösen Abfällen aus dem Bereich des Klinikums. Genaue Größenordnungen sind insoweit bislang nicht greifbar. Nach den bisherigen Erläuterungen

durch den Beigeladenen spricht einiges dafür, dass Erlöse aus der Verwertung gewerblicher Grün- und Bioabfälle in verschiedenen Positionen enthalten sind, die zusammen einen Betrag in Höhe von rund 2.022.000 € (entsprechend 1,11 % des Gesamtumsatzes) ausmachen. Erlöse aus dem Großcontainerbereich können bisher nur näherungsweise unter Berücksichtigung von Teilen der Erlöse aus diesem Bereich im Wirtschaftsjahr 2006 von 1.186.000 € (entsprechend 0,65 % des Gesamtumsatzes) gegriffen werden. Erlöse aus der Verwertung von Altmetallen aus Gewerbebetrieben dürften einen Teil von 1.300.000 € (entsprechend 0,71 % des Gesamtumsatzes) ausmachen.

Entscheidend ist für den Senat aber, dass zum einen mangels Offenlegung dezidierter Umsatzzahlen für einzelne Abfallfraktionen und zum anderen mangels Offenlegung der genauen Umsatzzahlen - ggf. der Prognose - für das laufende Geschäftsjahr unter Berücksichtigung der durch die Erweiterung der gewerblichen Tätigkeit vermutlich gesteigerten Drittumsätze eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist, es aber konkret möglich erscheint, dass maßgebliche Drittumsätze auch die Grenze von 20 % übersteigen, auch wenn der Senat die Auffassung der Antragstellerin, es sei sogar überaus wahrscheinlich, dass der Beigeladene bis zu 22,79 % seiner Umsätze mit Dritten tätige, nicht teilt.

cc) Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene bereits vor Mitte des Jahres 2012 vergaberechtsrelevante Drittumsätze in Höhe von mehr als 10 % des Gesamtumsatzes erzielt hat, so dass der Nachprüfungsantrag nach § 101 b Abs. 2 GWB verspätet sein könnte, hat der Senat demgegenüber derzeit auch mangels konkreter Darlegung nicht.

79

d) Sollten demgegenüber die Grundsätze der Vergaberechtsfreiheit von In-House-Vergaben keine Anwendung auf die Gründung eines Zweckverbandes und den damit verbundenen Aufgabenübergang auf diesen finden, sondern sollte sich die Anwendung des Vergaberechts nach den Grundsätzen bestimmen, die für eine interkommunale Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung von ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgaben zu beachten sind, wären die Voraussetzungen einer Vergaberechtsfreiheit ebenfalls nicht gegeben.

Insoweit ist im vorliegenden Fall bereits zweifelhaft, ob die Gründung des Zweckverbandes überhaupt zur Wahrnehmung einer beiden Verbandsmitgliedern obliegenden Gemeinwohlaufgabe erfolgte, weil die Stadt H. ihre Aufgabe als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger unmittelbar vor Entstehung des Zweckverbandes für eine logische Sekunde auf die Antragsgegnerin übertragen hatte.

Darüber hinaus sind in einem solchen Fall die unionsrechtlichen Vergabevorschriften nur dann nicht anwendbar, sofern solche Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung privater Dienstleistungserbringer geschlossen werden, kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber und die darin vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen (EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013 - C-386/11, a. a. O., Tz. 36 f. m. w. N.). Eine hiernach schädliche Besserstellung privater Dienstleistungserbringer liegt bereits dann vor, wenn private Dienstleistungserbringer zur Durchführung bestimmter Leistungen herangezogen werden dürfen (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-159/11, a. a. O., Tz. 38; Urteil vom 13. Juni 2013 - C-386/11, a. a. O., Tz. 40), was vorliegend der Fall ist. Der beigeladene Zweckverband kann sich nach § 4 Abs. 5 der Verbandsordnung zur Erfüllung seiner Aufgaben Dritter bedienen und sich an Unternehmen und Einrichtungen beteiligen. Auch nach § 22 KrWG ist die Beauftragung Dritter mit der Erfüllung von Pflichten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zulässig.

Darüber hinaus ist die vereinbarte Zusammenarbeit nicht allein durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Vielmehr ist der beigeladene Zweckverband auch über die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichtaufgaben hinaus im Wettbewerb tätig. Dies steht im Einklang mit der ihm durch § 4 Abs. 4 der Verbandsordnung zugewiesenen Aufgabe. Der Senat geht davon aus, dass zu der hier vorzunehmenden Abgrenzung auf die Auslegung des „Wesentlichkeitskriteriums“ im Zusammenhang mit In-House-Vergaben zurückgegriffen werden kann (ebenso: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011 - Verg 20/11, juris Tz. 84). Entsprechend den vorstehenden Erwägungen sind dessen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt.

e) Obwohl damit derzeit nicht entscheidungserheblich ist, ob sich die Frage, ob die Bildung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen ausnahmsweise nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fällt, nach den Grundsätzen über eine In-house-Vergabe oder vielmehr nach den Grundsätzen einer interkommunalen Zusammenarbeit richtet, ist diese Frage dem Gerichtshof für den Fall vorzulegen, dass er die Vorlagefrage 1 bejahen sollte. Der Senat geht davon aus, dass der beigeladene Zweckverband in diesem Fall seine Umsatzangaben entsprechend der Anforderung des Senats aktualisieren und auflgliedern wird. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass danach festzustellen ist, dass der beigeladene Zweckverband noch im Wesentlichen für die ihn kontrollierenden Körperschaften tätig wird. In diesem Fall wäre die Vorlagefrage 2 entscheidungserheblich.

II. Die Vorlagefrage 1, ist bisher nicht geklärt.

1. Art. 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG definiert öffentliche Aufträge als

zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern oder einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die (...) Erbringung von Dienstleistungen.

Das nationale Recht definiert in § 99 Abs. 1 GWB öffentliche Aufträge als

entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die (...) Dienstleistungen zum Gegenstand haben, (...).

Bei der Auslegung dieser Bestimmung des nationalen Rechts sind die unionsrechtlichen Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens und deren Auslegung zu berücksichtigen, 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, weshalb beispielsweise die unionsrechtlichen Grundsätze zur Vergaberechtsfreiheit bei Vorliegen eines sog. In-House-Geschäfts im nationalen Recht zu berücksichtigen sind (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 - X ZB 10/01, juris Tz. 32 m. w. N.).

2. Die Gründung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen haben folgende Rechtsgrundlagen:

a) Das zur Zeit der Gründung des beigeladenen Zweckverbandes zum 1. Januar 2003 und zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses über dessen Verbandsordnung vom 19. Dezember 2002 geltende Niedersächsische Zweckverbandsgesetz vom 7. Juni 1939 enthielt - soweit hier maßgeblich - folgende Regelungen:

§ 1

(1) Gemeinden und Gemeindeverbände können sich zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben, zu deren Durchführung sie berechtigt oder verpflichtet sind, zu Zweckverbänden zusammenschließen (Freiverbände) oder zu solchen zusammengeschlossenen werden (Pflichtverbände). (...)

§ 2

(1) Das Recht und die Pflicht der an einem Zweckverband beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände zur Erfüllung der Aufgabe, die dem Zweckverband gestellt wird, gehen auf den Zweckverband über. (...)

§ 4

Die Zweckverbände sind öffentliche Körperschaften. Sie verwalten sich selbst unter eigener Verantwortung. (...)

§ 7

(1) Haben sich die Beteiligten, die Verbandsmitglieder des Zweckverbandes werden sollen, über die Verbandssatzung geeinigt, so haben sie unter Anerkennung der vereinbarten Verbandssatzung der zur Bildung des Zweckverbandes zuständigen Behörde gegenüber zu erklären, dass sie auf dieser Grundlage dem Zweckverband beitreten. (...)

(3) Die Erklärungen der Beteiligten sind schriftlich abzugeben. (...)

§ 11

(1) Ist die Verbandssatzung durch Vereinbarung der Beteiligten (...) zustande gekommen, so beschließt die nach § 7 Abs. 2 zuständige Behörde über die Bildung des Zweckverbandes unter Feststellung der Verbandssatzung.

§ 29

(1) Die Verbandssatzung hat die Deckung des Ausgabenbedarfs in der Weise zu regeln, dass die Verbandsmitglieder zu jährlich festzusetzenden Umlagen herangezogen werden, soweit die sonstigen Einnahmen des Zweckverbandes zur Bestreitung der Verbandsausgaben (...) nicht ausreichen.

§§ 15 ff. des Niedersächsischen Zweckverbandsgesetzes sahen eine Ergänzung der mangelnden Zustimmung von Gemeinden und Gemeindeverbänden zur Bildung und Aufgabenstellung eines Zweckverbandes durch die zuständige Behörde in Fällen vor, bei denen die Bildung eines Zweckverbandes zur Durchführung von Auftragsangelegenheiten oder von Pflichtaufgaben (...) aus Gründen des öffentlichen Wohles dringend geboten war und sich die beteiligten Körperschaften innerhalb einer gesetzten Frist nicht über die Bildung eines Freiverbandes geeinigt haben. Eine solche Bildung eines Pflichtverbandes steht vorliegend nicht in Frage.

b) Das heute geltende Niedersächsische Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (NKomZG) i. d. F. v. 21. Dezember 2011 enthält - soweit für die hier zu beurteilende Rechtsfrage von Bedeutung - folgende Regelungen:

§ 1 (...)

(1) Zur gemeinsamen Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben können Kommunen (...)

4. einen Zweckverband errichten (...).

§ 2 (...)

(1) Im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit nach diesem Gesetz können Kommunen

1. öffentliche Aufgaben auf (...) einen Zweckverband übertragen (...).

(3) Mit der Übertragung einer Aufgabe nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gehen alle mit der Erfüllung der Aufgabe verbundenen Rechte und Pflichten (...) über (...).

(4) Soweit Kommunen eine Aufgabe übertragen haben, sind sie von der Pflicht zur Aufgabenerfüllung frei (...).

§ 7 (...)

(1) Kommunen können sich zu einem Zweckverband zusammenschließen, der bestimmte Aufgaben der Beteiligten übernimmt oder für diese durchführt. (...)

§ 8 (...)

(1) Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. (...)

§ 9 (...)

(1) Zur Errichtung des Zweckverbandes vereinbaren die Beteiligten durch öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Verbandsordnung, die für den Zweckverband als Satzung gilt. (...)

§ 16 (...)

(1) Der Zweckverband erhebt von den Verbandsmitgliedern eine Verbandsumlage, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen, um den Finanzbedarf zu decken (...).

c) Entsprechend dieser Regelungen ist anerkannt, dass es zur Gründung eines Freiverbandes zunächst einer Einigung der beteiligten Kommunen, dass und für welchen Zweck ein Zweckverband gegründet werden soll, bedarf und auf dieser Grundlage zwischen den Beteiligten ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zu schließen ist, der die Grundlage der Verbandssatzung darstellt (Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., § 98 Rn. 49).

Die Zweckverbände haben das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung der ihnen durch die der Verbandssatzung zugrunde liegende Vereinbarung oder Anordnung übertragenen Aufgaben des eigenen oder übertragenen Wirkungskreises. Es handele sich damit um eine echte Kompetenzverlagerung (bzw. echte Delegation) mit Kompetenzverlust bei den Mitgliedern (a. a. O., Rn. 77).

d) Speziell für den Bereich des Abfallrechtes weisen § 17 Abs. 1, § 20 Abs. 1 des aktuell geltenden Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) die Entsorgungspflichten den nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu. §§ 13, 15 des zur

Zeit der vorliegenden Verbandsgründung geltenden Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) enthielten eine inhaltsgleiche Zuständigkeitsbestimmung.

Das Niedersächsische Abfallgesetz i. d. F. vom 14. Juli 2003 enthält diesbezüglich folgende Regelung:

„§ 6 Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger

(1) Die Landkreise, die kreisfreien Städte (...) sind öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG). An deren Stelle treten die Zweckverbände, die von diesen Körperschaften zum Zweck der Abfallbewirtschaftung gegründet werden, wenn die Verbandsordnung dies vorsieht.“

§ 6 Abs. 1 des zum Zeitpunkt der Gründung des Beigeladenen am 1. Januar 2003 geltenden Niedersächsischen Abfallgesetz in der Fassung vom 14. Oktober 1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Dezember 2002, enthielt eine inhaltsgleiche Regelung.

3. Nach weit überwiegender Auffassung ist die Gründung von Zweckverbänden und der Aufgabenübergang auf diese ausschreibungsfrei (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juni 2006 - Verg 17/06, juris Tz. 33 ff.; Eschenbruch in: Kulartz/ Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., § 99 Rn. 379; Zeiss in: jurisPK-VergR, 4. Aufl. 2013, § 99 GWB, Rn. 62 ff.; Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 Rn. 140; Frenz in: Willenbruch/Wieddekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 2. Aufl., 19. Los, Rn. 118; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl., § 99 Rn. 43; Weyand, Ibr-online-Kommentar Vergaberecht (Stand 16. Juni 2014), § 99 Rn. 436 f.; Oebbecke in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I, 3. Aufl., § 29 Rn. 35; Klement in: GK-KrWG, vor § 17, Rn. 39; Schröder NVwZ 2005, 25, 27 ff.; Müller, VergabeR 2005, 436, 446 f.; Burgi, NZBau 2005, 208, jeweils m. w. N.). Nach dieser Auffassung fehle es bereits an einem von Art. 1 Abs. 2 lit. a) RL 2004/18/EG vorausgesetzten Vertrag, jedenfalls aber an einem Vertrag zwischen einem „öffentlichen Auftraggeber“ auf der einen Seite und einem „Unternehmen“ auf der anderen Seite (so u. a. Schröder, a. a. O., S. 27 f.). Weiter fehle es an einem Beschaffungsvorgang, weil die Bildung eines Zweckverbandes mit der entsprechenden Aufgabenzuweisung zu einer Kompetenzverlagerung führe, aufgrund derer die beteiligten Kommunen im Umfang der Aufgabenerfüllung von eigenen öffentlich-rechtlichen Handlungspflichten entlastet würden (so u. a.: OLG Düsseldorf, a. a. O., Tz. 32 f.; Schröder, a. a. O., S. 28; Klement, a. a. O., Rn. 39). Die Gründung eines Zweckverbandes und der Aufgabenübergang auf diesen stelle eine Form der Aufgabenbewältigung durch Eigenleistung der beteiligten öffentlichen Auftraggeber dar, durch die grundsätzlich allein öffentliche Interessen berührt würden (so u. a. OLG Düsseldorf, a. a. O., Tz. 35; Ziekow, a. a. O.). Es handele sich um einen ausschreibungsfreien reinen Organisationsakt, der zudem durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG geschützt sei (u. a.: OLG Düsseldorf, a. a. O., Tz. 32; Oebbecke a. a. O.).

Der Senat hat aber Zweifel, ob diese Auffassung der Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof entspricht:

a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterfallen auch Vereinbarungen mehrerer öffentlicher Stellen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit grundsätzlich dem Vergaberecht, soweit nicht näher bezeichnete Ausnahmeregelungen greifen (u. a.: EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - C-480/06, Stadtreinigung H., Slg. 2009, I-04747; ähnlich auch: EuGH, Urteil vom 13. November 2008 - C-324/07, C. B., Slg. 2008, I-08457). Im vorliegenden Fall lag der Gründung des beigeladenen Zweckverbandes und dem damit verbundenen Aufgabenübergang auf diesen eine Einigung der Verbandsmitglieder und damit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zugrunde, auch wenn die Verbandsordnung anknüpfend hieran als Satzung beschlossen wurde.

Die interkommunale Genossenschaft nach belgischem Recht, die Gegenstand des Urteils „C. B.“ war, könnte auch im Übrigen einem Zweckverband nach deutschem Recht im Wesentlichen entsprochen haben (so: Krohn, NZBau 2009, 222). Nicht zu verkennen ist zwar, dass nach den Entscheidungsgründen dieses Urteils die beitretende Gemeinde der interkommunalen Genossenschaft den Betrieb des gemeindlichen Kabelfernsehnetzes überlassen hatte (a. a. O., Tz. 13). Ob hierin aber ein eigenständiger Vertrag zwischen der beitretenden Gemeinde und der Genossenschaft lag, der für die Entscheidung des Gerichtshofs wesentlich war, ist nicht zu erkennen. Allerdings haben auch im vorliegenden Fall die Verbandsmitglieder nach § 5 der vereinbarten und beschlossenen Verbandsordnung Vermögensgegenstände in den beigeladenen Zweckverband eingebracht, ohne dass dies aber auf einer gesonderten Vereinbarung mit dem Zweckverband beruhte.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass Zweckverbände teilweise (so u. a. nach §§ 15 ff. des früher geltenden Niedersächsischen Zweckverbandsgesetzes sowie nach § 13 des Nordrhein-Westfälischen Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit [GkG NRW]) als Pflichtverband gegründet werden können, wobei die Aufsichtsbehörde unter näher bezeichneten Voraussetzungen die Verbandsatzung erlassen und die Bildung des Zweckverbandes verfügen kann, ohne dass es einer Einigung der Verbandsmitglieder bedarf. Hier erscheint die Annahme eines Vertrages i. S. des Art. 1 Abs. 2 lit. a) RL 2004/18/EG zweifelhaft. Ein solcher Fall steht im vorliegenden Verfahren zwar nicht zur Entscheidung; es erscheint aber erwägenswert, beide Arten von Zweckverbänden im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Vergaberechts gleich zu behandeln.

b) Dass eine Vereinbarung delegierenden Charakter hat und die auftraggebende Körperschaft infolge der Vereinbarung von der ihr obliegenden Aufgabe befreit wird, steht der Anwendbarkeit des Vergaberechts nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juni 2013 (C-386/11, a. a. O.) nicht entgegen (ebenso: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. November 2013 - Verg 29/11, juris Tz. 14 betreffend Fälle, in denen lediglich eine „vertikale“ Zusammenarbeit beabsichtigt ist; Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 103 f.; Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 629; Kunde, NZBau 2013, 555, 556).

c) Auf die von dem Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Vorlagebeschluss vom 6. Juli 2011 (Verg 39/11, juris Tz. 35 m. w. N.) dargestellte Frage, ob Vereinbarungen über eine interkommunale Zusammenarbeit als „innerstaatliche Verwaltungsorganisationsakte“ generell dem Vergaberecht entzogen seien, geht der Gerichtshof in seinem Beschluss vom 13. Juni 2013 (C-386/11, a. a. O.) nicht näher ein.

Der grundgesetzlichen Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 GG dürfte im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls keine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommen, weil dieses Recht nur im Rahmen der geltenden Gesetze gewährt wird.

d) Auch im Übrigen lässt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erkennen, dass nach dessen Auffassung nur „zwei Arten von Aufträgen“ von den beschaffungsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts ausgenommen sein sollen, nämlich sog. In-House-Geschäfte und sog. horizontale interkommunale Kooperationen (zuletzt: EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013 - C-386/11, a. a. O., Tz. 33 ff.). Hieraus dürfte zu schließen sein, dass nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für weitere Ausnahmen kein Raum besteht (Schrotz/Raddatz, NVwZ 2013, 933, 934).

e) Unter Berücksichtigung dieser neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs wird daher vereinzelt die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Gründung eines Zweckverbandes und den Aufgabenübergang auf diesen angenommen, soweit nicht die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten beiden Ausnahmefälle einer vergaberechtsfreien In-House-Vergabe sowie einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit vorliegen (Kunde, NZBau 2013, 555,

557 a. E.; Jennert, NZBau 2010, 150, 154; Brockhoff, VergabeR 2014, 625, 633; wohl auch Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99, 108).

III. b) Sofern die Vorlagefrage 1 zu bejahen ist, ist aus Sicht des Senats die Vorlagefrage 2 weiter zweifelhaft.

Für eine Anwendbarkeit der Grundsätze der horizontalen interkommunalen Zusammenarbeit i. S. des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache „L.“ (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-159/11, ABl. EU 2013, Nr. C 46, 4, juris Tz. 34 f.) könnte sprechen, dass eine Vereinbarung zur Gründung eines Zweckverbandes und zur Herbeiführung des Aufgabenübergangs auf diesen nur auf horizontaler Ebene zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossen wird, nicht jedoch zwischen den Auftraggebern und dem die übergebenen Aufgaben schließlich erfüllenden Zweckverband.

Demgegenüber erfolgt die Aufgabenerfüllung in diesem Fall aber nicht im Rahmen einer horizontalen interkommunalen Zusammenarbeit durch eine an der Vereinbarung beteiligte Person des öffentlichen Rechts, sondern durch den Zweckverband als hiervon zu unterscheidendem Dritten. Dieser Sachverhalt ist eher vergleichbar mit Fällen, in denen ein- oder mehrere öffentliche Auftraggeber Aufgaben durch eine von ihnen kontrollierte dritte Person erledigen lassen, was für die Anwendbarkeit der Grundsätze über die In-House-Vergabe spricht (im Ergebnis ebenso: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juni 2006, Verg 17/06, juris Tz. 44 ff.; Kunde, NZBau 2013, 555, 557; Jennert, NZBau 2010, 150, 153 f.). Auch der Gerichtshof hat in dem Urteil „C. B.“ auf diese Grundsätze zurückgegriffen (Urteil vom 13. November 2008 - C 324/07, a. a. O., Tz. 43 ff.), wobei sich der dort entscheidungserhebliche Sachverhalt allerdings - wie erörtert - von dem vorliegend entscheidungserheblichen Sachverhalt dahingehend unterscheiden haben könnte, dass dort eine ausdrückliche Übertragung im Wege einer Vereinbarung zwischen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und der interkommunalen Genossenschaft erfolgt sein könnte.

IV. Die weiter von der Antragstellerin angeregten Vorlagefragen sind dem Gerichtshof nicht zur Beantwortung vorzulegen.

Die Frage, ob die Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist zur Auslegung des nationalen Rechts herangezogen werden können, betrifft nicht die Auslegung des Unionsrechts, sondern allein die Auslegung nationalen Rechts. Dass eine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht besteht, steht außer Frage.

Die weiter angeregten Vorlagefragen sind derzeit nicht vorzulegen, weil ihre Entscheidungserheblichkeit i.S.d. Art. 267 AEUV derzeit nicht beurteilt werden kann. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass sich diese Fragen im weiteren Verlauf in entscheidungserheblicher Weise stellen. Dies ist bislang jedoch spekulativ.