



**Vergabekammer Westfalen
bei der Bezirksregierung
Münster**

Münster, den 1.6.2015

Beschluss

Az.: VK 2 - 7 /15

Beschluss noch nicht bestandskräftig

1. Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung sind als Versicherungsdienstleistungen ausschreibungspflichtig.
2. Ein Vertragsschluss ohne Eu- weite Ausschreibung durch schlichte Beitrittserklärung ist als de-facto-Vergabe nichtig, auch wenn die Auftraggeberseite sich durch zivilrechtliche Verträge gebunden sieht und die Antragstellerinnen als per se für ungeeignet ansieht.
3. Die Frage der Auftraggebereigenschaft ist nicht allein anhand eines entwickelter Wettbewerb, in dem die Antragsgegnerin den wesentlichen Teil ihrer Einnahmen erwirtschaftet, zu entscheiden. Dieser ist nämlich nur als Indiz für Nichtgewerblichkeit anzusehen. Wesentlicher sind die sich aus der Satzung ergebenden Gründungszwecke der Wissenschaft und Forschung, die - ebenfalls unstrittig - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind.

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

XX
XX
XX
XX

- Antragsteller zu 1)-

und

XX
XX
XX

- Antragsteller zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

XX
XX

gegen

XX
XX
XX

Verfahrensbevollmächtigte:

XX,
XX

- Antragsgegnerin

sowie

die beigelandene

XX
XX
XX

Verfahrensbevollmächtigte:

XX
XX

wegen de-facto-Vergabe der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung
der Antragsgegnerin an die Beigeladene

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 29.5.2015 durch die Vorsitzende RD'in Hugenroth, der
hauptamtlichen Beisitzerin RD'in Trothenburg und dem ehrenamtlichen Beisitzer
Herrn RA und Notar Sträter aus Dortmund am 1.6.2015 entschieden:

1. Der Antrag ist zulässig und begründet.

Es wird festgestellt, dass die Beteiligungsvereinbarung vom 18.11.2014 als unmittel-
bare Vergabe der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversor-
gung der Antragsgegnerin an die Beigeladene durch den Beitritt der Antragsgegnerin
zur Beigeladenen von Anfang an unwirksam ist.

2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung an einen Dritten zur Auftragserteilung ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der §§ 97, 101 GWB durchzuführen.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens gesamtschuldnerisch und die zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsteller je zur Hälfte. Ihre eigenen Aufwendungen tragen sie selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsteller wird für notwendig erklärt.
5. Die Gebühr für das Kammerverfahren wird auf xxxxxxx€ festgelegt.

I. Sachverhalt:

xxx
 xx
 wurde zum 01.07.2013 in die gemeinnützige Antragsgegnerin als Stiftung privaten Rechts überführt. Die Antragsgegnerin verantwortet seitdem den Betrieb des xxx
 und das mit diesem verbundenen Mesotheliomregister. Zuvor war das
 Xxxx ein Eigenbetrieb der Berufsgenossenschaft Rohstoffe und Chemische Industrie (XXXXXXXXXX). Infolge der Gründung der Antragsgegnerin als Stiftung wurden im Rahmen eines Betriebsübergangs die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von dem Eigenbetrieb auf die Stiftung übergeleitet. Die Geschäftsbesorgung der Antragsgegnerin obliegt der
 xx
 Versorgungsträger für die arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung der Mitarbeiter des früheren Eigenbetriebs war die Beigeladene. Auch nach Ausgliederung in eine Stiftung leistet die Beigeladene weiterhin die arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung der Stiftung.

Aus dem beigezogenen Stiftungsvorgang der Bezirksregierung Arnsberg ergibt sich, dass der Stiftungsvorgang mit der Genehmigung vom 16.06.2013 als solcher abgeschlossen war.

Der Stiftungszweck ist ausweislich der Präambel der Satzung die Sicherung des ehemaligen xxxxxxxxxxxxxxxs, um mit den Erträgen das Gesundheitswesen, Wissenschaft und Forschung unter besonderer Berücksichtigung der berufsgenossenschaftlichen Aspekte und der universitären Fragestellungen zu fördern.

Im Einzelnen ergeben sich aus den § 2, Ziff. 2 und 3 der Satzung Maßnahmen zur Förderung dieses Stiftungszwecks in Wissenschaft und Forschung sowie der Ausbildung der Studenten und der Facharztausbildung der Medizinischen Fakultät der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Nach § 2 Ziff. 7 verfolgt sie "nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke".

Nach § 3 Ziff.2 finanziert sie sich aus den Erträgen des Stiftungsvermögens und Zuwendungen.

Der Stiftungsrat (Kontrollorgan) wird derzeit überwiegend von der XXXXXXXX besetzt, das Kuratorium von der XXXXXXXX und der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Der Betriebsübergangsvertrag datiert vom 05.08.2013, der Personalüberleitungsvertrag vom 30.06.2013. In der zeitlichen Nachfolge wurden stiftungsrechtlich relevante Fragen gelöst u. a. ausweislich der beigezogenen Akten der Stiftung, eine weitere Beteiligung der Beigeladenen durch eine Beteiligungsvereinbarung abgesichert. Im Vorgriff auf diese Beteiligungsvereinbarung hat die Stiftung die notwendigen Beiträge an die Beigeladene zunächst über Konten der XXXXXXXX und späterhin über eigene Konten gezahlt. Die Beteiligungsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen datiert vom 18.11.2014.

Mit Schreiben vom 18.02.2015 hat der Antragsteller zu 1) einen Nachprüfungsantrag gem. § 107 Abs. 1 GWB im Hinblick auf die de-facto-Vergabe der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung der Antragsgegnerin an die Beigeladene gestellt, den die Vergabekammer noch mit Schreiben vom gleichen Tage übermittelt hat.

Sie hat die Stiftungsakte der Bezirksregierung Arnberg beigezogen und mit Schreiben vom 10.03.2015 beigelesen. Die Erweiterung des Antrags auf den Antragsteller zu 2 erfolgte mit Schreiben vom 16.3.2015, das die Kammer mit Schreiben vom 17.3.2015 übermittelt hat. Akteneinsicht wurde durch die Übersendung von Akteneinsichten gewährt. Der Antrag auf Erweiterung der Akteneinsicht in die rechtlichen Stellungnahmen zur Überleitung der Beschäftigten vom 16.3.2015 wurde mit Be-

schluss vom 18.3.2015 zurückgewiesen. Die Kammer hat in Erweiterung der Akten-
einsicht unter Bezug auf deren Schreiben vom 22.5.2015 den Antragstellern noch
die Satzung in teilgeschwärzter Form übermittelt.

Die Entscheidungsfrist wurde bis zum 5.6.2015 verlängert.

Die Antragsteller sind der Auffassung, dass der Antrag zulässig und begründet ist,
da die Antragsgegnerin als durch die öffentliche Hand beherrschte
XXXXXXXXXXXXXXXXXion als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB
anzusehen ist. Die infrage stehenden Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieb-
lichen Altersversorgung sind nach Auffassung der Antragsteller als Versicherungs-
leistung und damit als entgeltliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 99 Abs. 4
GWB anzusehen und vergaberechtlich zu vergeben. Ein Ausnahmetatbestand gem.
§ 100 Abs. 2 GWB sei nicht ersichtlich.

Sie ist auch der Auffassung, dass der Schwellenwert in Höhe von derzeitXXXXXXXXXX
Euro vorliegend bezogen auf 48 Monate überschritten ist, bei mindestens 27 ärztli-
chen und wissenschaftlichen Mitarbeitern mit einem Bruttoeinkommen von mindes-
tens XXXXXXXX Euro.

Der Antragsteller zu 1) ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Göttingen eingetra-
gen und organisiert als XXXXXXXXXXXXXXXX Leistungen der betrieblichen Altersversor-
gung. Er sieht sich als der Branche der Versorgungsträger zugehörig an und es kön-
ne als generell darauf eingerichtet angesehen werden, den Auftrag auszuführen.

Durch die Nichtausschreibung sieht er sich an der Abgabe eines detaillierten Ange-
botes für die Dienstleistung gehindert, er hält den Antrag auch für begründet, weil er
infolge der Ausgliederung des Betriebsteils XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX auf eine rechtsfä-
hige Stiftung zwar die dort beschäftigten Arbeitnehmer auf die Antragsgegnerin über-
tragen wurden, es aber keine Gesamtrechtsnachfolge im Sinne des Umwandlungs-
gesetzes geben könne, da eine Stiftung kein umwandlungsrechtlich geeigneter auf-
nehmender Rechtsträger sei. Auf jeden Fall führe das Vorgehen zu einer wesentli-
chen Änderung des vom früheren Eigenbetrieb mit der Beigeladenen bestehenden
Vertrages, sodass ein vergaberechtlicher erheblicher Vorgang vorläge. Er verweist
im Folgenden auf die sogenannte Priesetextentscheidung des EuGH vom
19.06.2008 mit dem Az.: C-454/06, wonach eine Verpflichtung zur Durchführung ei-
nes neuen Vergabeverfahrens bestünde, wenn die Ausgliederung zu einer wesentli-
chen Änderung des Vertrages führt, jedenfalls dann, wenn Bedingungen eingeführt

werden, die die Zulassung anderer Bieter erlaubt hätten (EuGH aaO, Teilziffer 35). Die Auswechslung des Vertragspartners stelle eine wesentliche Änderung dar, wenn nicht der Wechsel des Vertragspartners lediglich eine interne Umstrukturierung ohne Marktbezug sei.

Die Antragsteller vermuten die Überleitung im Wege einzelvertraglicher Übertragungen, soweit sich der Antragsgegner auf mögliche tarifvertragliche Bindungen beriefe, Sie verweisen auf das Urteil des EuGH vom 15.07.2010 mit dem Az.: Rs C-271/08, wonach der Tarifautonomie keine Sperrwirkung gegenüber dem Vergaberecht bei derartigen Vorgängen zukommen kann.

Mit Schreiben vom 16.03.2015 haben der Antragsteller zu 1) und die Antragstellerin zu 2), xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, den Antrag auf beide Antragsteller erweitert. Sie beanstanden den Umfang der Akteneinsicht, weil sie der Auffassung sind, dass die rechtlichen Stellungnahmen zur Frage der Überleitung der die betriebliche Altersvorsorge betreffenden Verträge gerade Gegenstand dieses Verfahrens und damit nicht Gegenstand eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses sein können. Sie beantragt insoweit zumindest die Zurverfügungstellung in anonymisierter Form als das mildere Mittel.

Bezogen auf die Antragsbefugnis der Antragsteller stellen sie den Zusammenhang mit der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx beider Antragsteller dar und tragen vor, dass der Antragsteller zu 1) gewerbsmäßig Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge erbringe, damit im Wettbewerb zu der Beigeladenen stünde, nach Auffassung der Antragsteller der Überleitungsvertrag vergaberechtswidrig neu abgeschlossen worden ist und der Antragsteller zu 1) zur Branche der Altersversorgung zur Sicherung gehöre, sodass er generell als darauf eingerichtet angesehen werden könne, den Auftrag auszuführen. Damit sei seine Antragsbefugnis nicht zu bezweifeln. Der Schaden bestünde im Verlust der Chancen zur Beteiligung an einem Verfahren zur Auftragsvergabe. Im Übrigen habe das Zulässigkeitsmerkmal der Antragsbefugnis lediglich die Funktion eines groben Prüffilters und diene dem Zweck, evidente Fälle von der Nachprüfung auszunehmen. Nach Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 15.11.2013 (AZ.: 15 VerG 5/13, NZBAU von 2014 S. 378 ff.) sei hinreichend, dass der Antragsteller zu 1) ein Interesse am Auftrag habe. Der Antragsteller zu 1) biete speziell in Zusammenarbeit mit dem Antragsteller zu 2) Versorgungskonzepte an, die eine vergleichbare

Versorgung wie die bei der Beigeladenen ermöglichten. Sie verweisen hierzu auf vorgelegte Referenzen.

Hinsichtlich der Antragsbefugnis der Antragstellerin zu 2) betrachten sie das von der Antragsgegnerin vorgelegte Gründungsprotokoll als irrelevant. Auch der Antragstellerin zu 2) sei durch die vergaberechtswidrige Festlegung des Beschaffungsgegenstandes bzw. des Auftragnehmers ohne Vergabeverfahren eine Chance an der Teilnahme am Wettbewerb entgangen.

Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Auftragsvergabe verweist die Antragstellerin auf das Datum der Beteiligungsvereinbarung, die entsprechend den §§ 20, 21 der Satzung der Beigeladenen als der für den Vertragsschluss maßgebliche Zeitpunkt anzusehen ist. Alle vorangegangenen Absprachen seien, wie es sich aus dem Schreiben der Beigeladenen vom 30.10.2014 ergäbe, als vorläufig zu erkennen. Auch die rückwirkende Vereinbarung eines Versicherungsbeginns zum 01.07. 2013 zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin ändere an dem Vertragsschluss zum 18.11.2014 nichts, da es sich hier allein um eine Rückdatierung für den prämienbelasteten Zeitraum handele. Der Personalüberleitungsvertrag vom 05.08.2013 sei nicht maßgeblich, da durch ihn nicht das Versicherungsverhältnis begründet werde. Es handele sich vielmehr nur um eine privatrechtliche Verpflichtung der Antragsgegnerin als neue Arbeitgeberin gegenüber dem alten Arbeitgeber.

Die Antragsgegnerin trage auch keine rechtfertigende Sachlage nach § 3 EG Abs. 4 lit.c VOL A vor. Da Vergaberecht nach der Entscheidung des EuGH vom 15.07.2010 anzuwenden sei, könnten weder die überwiegenden Arbeitnehmerinteressen mit dem Ziel des Ausschlusses einer Schlechterstellung dazu führen, da hier auf eine Ausschreibung verzichtet werden könne, noch könne der Personalüberleitungsvertrag als freiwillige Verpflichtung dazu führen, überragende Arbeitnehmerinteressen zu begründen. Da weder technische oder künstlerische Besonderheiten vorlägen noch Ausschließlichkeitsrecht zu schützen sei, sei eine Anwendung des § 3 EG Abs. 4 lit.c VOL A nicht möglich, eine solche könne sich auch nicht aus der Beschaffungsaunomie des Auftraggebers ergeben.

Soweit die Antragsgegnerin auf das Risiko des sogenannten Gegenwertes verweist, sei festzustellen, dass nach der Rechtsprechung dieses Risiko nicht mehr bestehe und die Satzung der Beigeladenen diese entsprechend umgesetzt habe. Eine Gegenwertforderung kann nach der bisherigen Rechtspraxis der Beigeladenen nicht in

Bei mehr als 50%ziger wirtschaftlicher, nicht steuerbegünstigter Erträgen sei jedenfalls keine Selbstlosigkeit im Sinne dieser Regelung mehr gegeben.

Zur Frage der wesentlichen Vertragsänderung verweist sie darauf, dass Parteien eines Vertrages zu dessen essentialia negotii gehörten und damit ein Wechsel einer Partei immer eine wesentliche Veränderung darstellt.

Die Regelungen des BG-AT (Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer der gewerblichen Berufsgenossenschaften und der Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand) enthielten weder eine abschließende Festlegung der Beschäftigten der Antragsgegnerin auf die Beigeladene, noch stünde die tarifliche Bindung einer Ausschreibung nach Vergaberecht entgegen, wie der EUGH in der Entscheidung vom 15.7.2010, Rs. C- 271/08 festgestellt hat.

Im übrigen seien weder das Leistungsspektrum noch "solidarische Elemente" Alleinstellungsmerkmale der Beigeladenen iSd § 3 EG Abs.4, lit.c VOL/A.

Die Antragsteller beantragen daher:

1. es wird festgestellt, dass die unmittelbare Vergabe der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung der Antragsgegnerin an die Beigeladene durch den Beitritt der Antragsgegnerin zur Beigeladenen und parallelen Abschluss der Beteiligungsvereinbarung von Anfang an unwirksam ist;

hilfsweise

1a. Es wird festgestellt, dass die unmittelbare Vergabe der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung der Antragsgegnerin die Beigeladene durch Beitritt der Antragsgegnerin zur Beigeladenen und parallelen Abschluss der Beteiligungsvereinbarung rechtswidrig war.

2. der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei Fortbestehen der Absicht der Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung von einem Dritten zur Auftragserteilung ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der §§ 97, 101 GWB durchzuführen. Ihr wird weiter aufgegeben, eine Vergabebekanntmachung so rechtzeitig zu veröffentlichen, dass die Leistungen ab dem 01.01.2015 nur auf der Grundlage eines vergaberechtsgemäßen förmlichen Vergabeverfahrens erfolgen;

3. dem Antragsteller wird Akteneinsicht gewährt;

4. die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der für zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen des Antragstellers;

5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung durch die Antragsteller wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragsteller zu verwerfen bzw. zurückzuweisen;
- 2 festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Verfolgung notwendig war und
4. den Antragstellern die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin ist mit Wirkung zum 01.07.2013 der gesamte Geschäftsbetrieb des vormaligen Eigenbetriebs auf die Antragsgegnerin übertragen worden. Dies beinhaltete die Personalverwaltung einschließlich der Zuständigkeit für die Verträge zur betrieblichen Altersversorgung mit der Beigeladenen. Dies ergäbe sich aus dem Betriebsübertragungsvertrag, wonach die Stiftung Mitglied der Beigeladenen werden sollte. Ausweislich des § 4 des Personalüberleitungsvertrages sollte die betriebliche Altersversorgung über die Beigeladene im Rahmen der gesetzlichen und tarifvertraglichen Möglichkeiten beibehalten werden, sofern die Beigeladene zustimme. Ausdrücklich wurde eine die Beigeladene ersetzende gleichwertige vertragliche Altersversorgung jedoch nicht ausgeschlossen. Vertragspartner der Beigeladenen war bis zum 30.06.2013 die XXXXXXXX.

Sie hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, da nach ihrer Auffassung der Vertrag zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin zum 01.07.2013 geschlossen worden sei. Sie verweist dazu auf eine Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein, wonach eine wesentliche Erweiterung eines Vertrages bereits mit dem Erstschreiben des Antraggebers in dieser Erweiterungssache zustande gekommen sei. Auch bei funktionaler Auslegung des Begriffs Vertragsschluss sei von einem Vertragsschluss vom 01.07.2013 auszugehen, da von diesem Zeitpunkt an die Zahlungen im Namen des Antragstellers geleistet worden wären und von der Beigeladenen als Beitragszahlung akzeptiert worden seien.

Darüber hinaus bezweifelt sie die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, bezogen auf die Antragsbefugnis. Zwar sei der Antragsteller zu 1) als e. V. eine juristische

Person, es werde jedoch bestritten, dass sich der Antragsteller gewerbsmäßig mit der Erbringung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung aktiv am Wirtschaftsleben betätige und mit anderen Unternehmen im Wettbewerb stehe.

Nach den Recherchen der Antragsgegnerin handelt es sich bei dem Antragsteller zu 1) um einen kleinen Verein von Angehörigen derXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX und deren Familienangehörigen von insgesamt 13 Mitgliedern, dessen Protokoll der Mitgliederversammlung keine geschäftliche Aktivität nachweisen ließe. Der Antragsteller zu 1) sei damit nicht als Unternehmen im Sinne des 4. Teils des GWB anzusehen.

Die Antragsteller hätten auch nicht schlüssig vorgetragen, in den eigenen Rechten verletzt zu sein, denn es sei nicht ersichtlich, dass sie zur Erbringung des Auftrages überhaupt geeignet seien. Eine Stellung des Nachprüfungsantrags als solches belege auch nicht den drohenden Schaden.

Die Antragsgegnerin geht auch davon aus, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei, weil selbst bei Annahme eines öffentlichen Auftrages die Vergabe an die Beigeladene aus zwingenden Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt gewesen sei. Von einer Ausschreibung könne aus zwingenden Gründen des Arbeitnehmerschutzes abgesehen werden. Anderes ergäbe sich auch nicht aus dem Urteil des EuGH vom 15.07.2010. Die Entscheidung sei nicht so auszulegen, dass gesichert sei, dass die Tarifautonomie keinerlei Sperrwirkung gegenüber dem Vergaberecht auswirken könne, vielmehr müsse die Ausübung eines Grundrechts auf Kollektivverhandlung mit den Erfordernissen, aus denen durch den AEU-Vertrag geschützten Freiheiten in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen (Randnummer 44 der Entscheidung). Damit könne der Grundsatz der Tarifautonomie zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes eingeschränkt werden, da die Arbeitnehmer im Zuge der Stiftungsgründung nicht schlechter gestellt werden sollen, sei die Überleitung an die Beigeladene vertraglich vereinbart worden und darüber hinaus auch nur an die Beigeladene möglich. Im Rahmen der Beschaffungsauftraggeber habe die vertragliche Festlegung erfolgen können, da sich die Antragsgegnerin auch nach Ausgliederung aus der XXXXXXXX weiterhin dem Solidaritätsprinzip verpflichtet fühle und die Beigeladene die einzige XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX sei, die sich ebenfalls diesem Prinzip verpflichtet habe. Darüber hinaus hätten beim Ausstieg der Beigeladenen erhebliche Gegenwertforderungen entstehen können, sodass mit diesen Aspekten eine sachliche Begründung für das Auftraggeberbegehren gegeben sei.

Mit Schreiben vom 8.5.2015 vertieft die Antragsgegnerin zunächst ihre Bedenken betreffend die Antragsbefugnis der Antragsteller mit dem Hinweis, dass die Antragsteller lediglich die Durchführung der Altersvorsorge über den Weg einer Unterstützungskasse anbieten könnte, nicht aber den in Form einer Pensionskasse. Insoweit erbrächten sie ein abweichendes Gewerk und könnten niemals Vertragspartner der Antragsgegnerin werden. Zunächst sei unklar, was sie außer Beratung anbieten könnten.

Eine Ausschreibungspflicht der Antragsgegnerin habe aber deshalb schon nicht bestanden, weil diese kein öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB sei.

Nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung sei dabei zu prüfen, ob die Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe, sich also strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer bewege. So aber eine Einrichtung Gewinnerzielung beabsichtige und trage die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste selbst, spräche dies für die Annahme einer Tätigkeit gewerblicher Art (EuGH vom 10.04.2008 - RS.C 393/06 und andere). Nichtgewerblichkeit wäre nur anzunehmen, wenn die Einrichtung eine marktbezogene Sonderstellung einnähme und hinsichtlich ihrer unternehmerischen Risiken durch Verlustübernahmen durch den Staat abgeschirmt wäre und keinem Insolvenzrisiko ausgesetzt sei (EuGH vom 16.10.2003 - RS-C 283/00 und andere). Dabei komme es nicht darauf an, ob die Tätigkeit als gemeinnützig zu qualifizieren sei (Verweis auf OLG Düsseldorf vom 13.04.2003 - VerG 67/03).

Die XXXXXXXXX habe das XX als wirtschaftliche und organisatorisch selbstständige Einrichtung, also als Eigenbetrieb, geführt, welcher bei einem erheblichen Jahresumsatz auch einen deutlichen Gewinn ausgewiesen habe. In steuerlicher Hinsicht habe das XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX bereits einen Betrieb gewerblicher Art dargestellt. Die positive wirtschaftliche Entwicklung des XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX hat nach Ansicht der damaligen Eigentümer eine Neuorganisation erforderlich gemacht. Neben der Schaffung einer eigenen Rechtspersönlichkeit waren weitere wesentliche Argumente die langfristige Sicherung der Marktposition sowie eine stabilere Identifikation und Motivation der Mitarbeiter. Mittlerweile sei das XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX eins der größten in der Bundesrepublik, das sich auf dem nationalen Labormarkt mit seinen beiden diagnostischen Schwerpunkten der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX behauptet. Die Dienstleistungen würden auf ganz Deutschland abgerufen. Durch die Teilnahme an Kompetenzzentren und

deren Leitung sei es dem XXXXXXXXXXXXXXXX gelungen, hier eine führende Marktposition in Nordrhein-Westfalen zu erlangen. Beabsichtigt sei eine weitere Entwicklung in Richtung Molekulardiagnostik und anderen Bereichen.

Entsprechend dieser Zielrichtung übe die Antragsgegnerin ihre Tätigkeit seit der Stiftungsgründung unter normalen Wettbewerbsbedingungen aus. Der Markt sei durch die Konzentration auch anderer XXXXXXXXXXXXXXXX von großen Anbietern dominiert, die auch überregional operieren. An diesem Wettbewerb nehme die Antragsgegnerin aktiv teil und versorge Kliniken über die gesamte Bundesrepublik. Die Preisbildung wäre dabei durch Marktmechanismen bestimmt, preisgünstige Massenanbieter konkurrierten hier mit Schwerpunkt Pathologie wie die Antragsgegnerin. Sie handele auch in Gewinnerzielungsabsicht, zum einen träte sie selbst aktiv durch Vorträge, Veröffentlichung und Fortbildung und Mitarbeiter in Kompetenzteams am Markt auf, zum anderen nehme sie an Vergabeverfahren teil, um neue Aufträge zu erhalten. Ferner baue sie ihr Leistungsspektrum gezielt auf. Diese Gewinnerzielungsabsicht lasse sich auch nicht mit dem Argument verneinen, die Gewinnerzielung sei nicht Hauptzweck der Tätigkeit der Antragsgegnerin. Vielmehr sei es nach der Rechtsprechung, hier Verweis auf OLG Hamburg, hinreichend, wenn die Erzielung von Gewinn das notwendige Zwischenziel zu dem verfolgten Hauptzweck sein. Es sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin sich aus ihren Gewinnen selbst finanziere und keine Zuwendungen mehr von ihren Stiftern erhalte, ebenso trüge sie das Verlust- und Insolvenzrisiko selbst.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin stellt die Vertragsübernahme eine unwesentliche Vertragsänderung dar, weil der Antrag inhaltlich lediglich fortgeführt werde und nur ein Wechsel des Auftraggebers vorläge. Zwar sei die Wesentlichkeit des Vertragspartnerwechsels auf der Auftraggeberseite bislang rechtsprechungsmäßig ungeklärt, jedoch sei eine Tendenz in der Literatur festzustellen, wonach ein Auftraggeberwechsel vergaberechtlich zulässig sei. Voraussetzung solle lediglich sein, dass der Auftragnehmer zustimmt und der Auftraggeberwechsel keine Umgehung vergaberechtlicher Bindungen mit sich zöge. Im vorliegenden Fall hat die Beigeladene der Vertragsübernahme zugestimmt und nach der Rechtsprechung des österreichischen Bundesvergabebeamtes sei ein vergleichbarer Wechsel des Auftraggebers vergaberechtfrei anzusehen. Da keine inhaltliche Änderung des wirtschaftlichen Inhalts und Gleichgewicht des Vertrages vorgenommen worden sei, bestünde auch keine Veränderung, die die Zulassung anderer Bieter erlaubt oder nahegelegt hätte.

Letztendlich ist sie im Übrigen der Auffassung, dass bei Annahme eines vergaberrechtlichen Vorgangs hier ein Alleinstellungsmerkmal zu Gunsten der Beigeladenen vorgelegen habe, dass die Anwendung des § 3 EG Abs. 4 lit c) VOL/A gerechtfertigt hätte. Der Wechsel in eine Unterstützungskasse wie die Antragstellerinnen ihn anbieten könnten, sei nicht identisch wie die Versorgung über eine Pensionskasse wie die der Beigeladenen, sondern wies erhebliche Lücken auf, besonders bezogen auf Ruhezeiten im Arbeitsverhältnis und der Sicherung von Anwartschaften. Aus diesem Grunde hätten die befragten Mitarbeiter der Antragsgegnerin sich auch gegen eine Überleitung in ein anderes System ausgesprochen. Aus diesem Grunde unterfalle es auch dem Arbeitnehmerbestimmungsrecht des Auftraggebers, eine solche Versorgung erneut zu fordern, was wiederum von keinem anderen Anbieter am Markt angeboten werde.

Die Beigeladene hat den gleichen Antrag wie die Antragsgegnerin gestellt.

Sie hat ebenfalls mit Schreiben vom 08.05.2015 die Auffassung vertreten, dass die Antragsgegnerin nicht dem persönlichen Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB unterfalle. Zwar sei diese als juristische Person des Privatrechts mit Rechtspersönlichkeit versehen und werde auch von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB "beherrscht". Auch erbringe die Antragsgegnerin im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben. Entscheidend sei jedoch, ob diese Aufgaben nichtgewerblicher Art seien. Ob es sich im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben um solche nichtgewerblicher Art handele, sei unter Berücksichtigung aller erheblichen und rechtlichen Gesichtspunkte, wie etwa der Umstände, die zur Gründung des Unternehmens geführt haben und die Voraussetzungen, unter denen es eine Tätigkeit ausübe, zu beurteilen. Die Beigeladene weist darauf hin, da es nach der bisherigen Rechtsprechung als wenig wahrscheinlich anzusehen sei, dass eine Einrichtung, die unter normalen Marktbedingungen tätig sei und eine Gewinnerzielungsabsicht habe, die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, nichtgewerbliche Aufgaben erfülle. Sie verweist dazu auf die vom EuGH entwickelten Indizien für eine gewerbliche Betätigung:, die die Antragsgegnerin ihrer Ansicht nach erfülle.

Darüber hinaus teile sie die Auffassung der Antragsgegnerin, dass die Antragsteller auch gar nicht in der Lage wären, den auf Seiten der Antragsgegner konkret bestehenden Beschaffungsbedarf zu decken, denn sie sei nicht in der Lage, als Unterstüt-

zungskasse die gleichen Leistungen für die Altersversorgung zu erbringen wie sie die Beigeladene in Form einer Pensionskasse erbringen könne.

Sie hält die Nachprüfungsanträge auch für unbegründet, weil der Inhalt der Vereinbarung über die betriebliche Altersversorgung zwischen den Parteien in keiner Weise verändert worden sei, insbesondere sei der Leistungsumfang nicht erweitert. Eine Veränderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts der Vereinbarung zu Gunsten der Beigeladenen habe nicht stattgefunden. Sofern man überhaupt von dem Abschluss der Beteiligungsvereinbarung als einer Vergabe eines neuen öffentlichen Auftrags dieser Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ausginge, sei jedenfalls auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese erneute Beauftragung der Beigeladenen zum einen erfolgt sei, um den Bestandsschutz der Beschäftigten zu gewährleisten und zum anderen die Antragsgegnerin berechtigt gewesen wäre, im Wege der Direktvergabe die Beigeladenen gem. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A zu beauftragen. Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 01.08.2014 mit dem Az.: VII Verg 10/12 sei von den Nachprüfungsinstanzen die Entscheidung eines Auftraggebers für einen bestimmten Anbieter zu akzeptieren, wenn diese durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt sei,

2. vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden seien und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen sei,
3. solche Gründe tatsächlich vorhanden seien und
4. die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiere.

Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Antragsgegnerin arbeitsrechtlich verpflichtet gewesen sei, für ihre Beschäftigten die Altersversorgung bei der Beigeladenen sicherzustellen, was sich aus einem Tarifvertrag, hier in diesem Fall dem § 25 des Berufsgenossenschaftsangestelltentarifvertrages (BE-AT), ergäbe, sei auch darauf hinzuweisen, dass die Zusatzversorgung für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes einen eigenen Bestandteil des Systems der sozialen Sicherung in Deutschland darstelle und sich inhaltlich als ein sehr eigenes Produkt der betrieblichen Altersversorgung darstelle. Keine der beiden Antragstellerinnen könne als Unterstützungskassen die Anforderungen an die von der Antragsgegnerin gewünschte betriebliche Altersversorgung erfüllen. Die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes sei auf der Basis des Solidaritätsprinzips begründet, dass sich wesentlich von der kapitalgedeckten privaten Pensionskasse unterscheidet wie streng am Äquivalenzprinzip orientiert sei. Zum einen finde keine Risikoauslese statt, zum anderen könn-

ten die Versicherten über die sozialen Komponentenanswartschaften für Zeiten erwerben, in denen keine Umlagen und Beiträge an die Beigeladene gezahlt worden seien, wie etwa im Bereich des Mutterschutzes oder der Elternzeit. Ferner sei ein unmittelbarer Rechtsanspruch gegenüber den Versorgungsträgerinnen eine Unterstützungskasse hingegen gewähre den Versicherten keinen Rechtsanspruch auf Leistung. Die Versicherten erwürben mithin auch keine Anwartschaften, die vor allen Dingen auch gesichert seien vor Verfall. Anders als bei der Beigeladenen verfielen Anwartschaften eines Versicherungsnehmers bei einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung, sobald er den Arbeitgeber wechselt. Darüber hinaus werden die Versicherungszeiten bei unterschiedlichen Zusatzversorgungskassen des öffentlichen Dienstes gegenseitig anerkannt. Zwar gäbe es einen Kreis von Versicherungseinrichtungen, bei denen ein Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Versicherungszeiten bestünde, dazu gehörten jedoch die Antragsteller nicht. Mit ergänzendem Schriftsatz vom 28.5.2015 hat die Beigeladene noch einmal die arbeitsrechtliche Verpflichtung gegenüber den Beschäftigten zur Weiterführung der Versicherungsverträge mit der Beigeladenen darlegt und unter Verweise auf eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1999 ihre Auffassung verstärkt, dass die Entscheidung von 2010 auf die vorliegende Situation nicht anwendbar ist.

In der **mündlichen Verhandlung** hat die Antragsgegnerin nochmals betont, dass ihrer Ansicht nach keine der beiden Antragsteller antragsgefugt seine, weil keine eine Pensionkasse sei und die Entscheidung für die Fortsetzung des Vertrages mit der Beigeladenen bereits lange vor dem Stiftungsvorgang gefallen sei, weil das Ergebnis der Anhörung der Beschäftigten dies erfordert habe.

Die Beigeladene erklärt durch die Leiterin des Ref. Prozess und Grundsatzfragen der Beigeladenen auf Nachfragen der Kammer, dass die Beigeladene nach den Ausführungsbestimmungen ihrer Satzung berechtigt gewesen sei, von einer Sicherungsleistung oder Bürgschaft der Antragsgegnerin Abstand zu nehmen, weil die Antragsgegnerin von der XXXXXXXXX eindeutig beherrscht sei, also einer Einrichtung der öffentlichen Hand.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

II. Gründe

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig

1. 1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus §§ 102, 104 Abs. 1, § 106 a Abs.3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) iVm §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630). Danach obliegt den Vergabekammern die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 102 GWB).

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge öffentlicher Auftraggeber über u.a. Dienstleistungen.

1.1.1

Die Antragsgegnerin ist als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen.

Danach sind juristische Personen des Privatrechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, öffentliche Auftraggeber iS des GWB, wenn Gebietskörperschaften oder deren Sondervermögen oder Verbände öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr.1 oder 2 GWB sie finanzieren oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Die Antragsgegnerin wird iS der letzten Variante unstreitig als in der Trägerschaft einer Berufsgenossenschaft von der öffentlichen Hand beherrscht. Mit der XXXXXXXX, als Stifter und als Vertreter der mit dem Land geschlossenen Verträge (§ 2 Ziff 3a der Satzung) und der XX unterliegt sie ausweislich der Besetzung ihres Stiftungsrates damit maßgeblich staatlichem Einfluss.

Ausweislich des Protokolls des Stiftungsgeschäfts vom 29.5.2013 werden von den 5 Sitzen des Stiftungsrates drei von der XXXXXXXX direkt, einer vom Aufsichtsrat des XX und einer vom Kanzler der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX gehalten. Auch wenn die Stiftung als eigenständige Rechtspersönlichkeit gegenüber ihrem Stifter anzusehen ist, wird sie doch über den Stiftungsrat kontrolliert und gesteuert. Der Stiftungsrat entscheidet über die wesentlichen Tätigkeiten und Aktivitäten der Stiftung über den Wirtschaftsplan und

vorbehaltene Zustimmungen zu anderen wichtigen Geschäften nach § 7 der Satzung.

Die Berufsgenossenschaft ist nach der Rechtsprechung des EUGH als öffentlicher Auftraggeber zu betrachten, da sie - zwar versicherungsähnlich - jedoch aus Zwangsgebühren finanziert wird. Diese gesetzlich auferlegten Gebühren, die unabhängig von einer tatsächlichen Inanspruchnahme erhoben werden, sind als mittelbare Staatsfinanzierung anzusehen (vgl. dazu die Entscheidung der VK Südbayern vom 7.3.2014, Az.: Z3-3-3194-1-02-01/14).

Ebenso ist die XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX als öffentlicher Auftraggeber anzusehen. Sie ist zu dem besonderen Zweck gegründet worden, die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wissenschaftlicher Forschung und Lehre zu erfüllen. Die Aufgabenerfüllung erfolgt nicht gewerblich. Die XXXXXXXXXXXX wird überwiegend durch Haushaltsmittel des Landes Nordrhein-Westfalen und Zuwendungen weiterer öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 oder 3 GWB finanziert (vgl. dazu VK Düsseldorf vom 30.4.2012, Az.: 43/2011 L).

Die Antragsgegnerin wird so von den Interessen der beiden öffentlichen Auftraggeber XXXXXXXXX und XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX geleitet.

Auch die möglicherweise überwiegende Finanzierung aus den Erträgen der diagnostischen Leistungen, die auch teilweise am freien Markt - überwiegend aber wohl für die XXXXXXXX der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX - erbracht werden, ändert daran nichts.

Gegründet wurde die Antragsgegnerin zu den sich aus der Satzung ergebenden Zwecken der Wissenschaft und Forschung, die - ebenfalls unstreitig - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind. Allein auf diese bezieht sich die Frage der Nichtgewerblichkeit. Zwar ist ein entwickelter Wettbewerb - so wie ihn die Antragsgegnerin für die pathologisch -diagnostischen Leistungen vorträgt - ein starkes Indiz für die Nichtgewerblichkeit einer Aufgabe (vgl. dazu Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013 § 98 Rdnr. 61f.)

Ein solcher besteht jedoch nicht für den weit überwiegenden Teil der Wissenschaft und der Forschung zuzuordnenden Aufgaben der Stiftung nach ihrer Satzung. Diese - weitgehend dem universitären Bereich zuzuordnenden - Aufgaben werden letztendlich durch die subsidiäre Finanzierung der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX und die mittelbare Finanzierung der Berufsgenossenschaften finanziert, denn das die Stiftung tragende

Stiftungsvermögen stammt aus dem Vermögen der Berufsgenossenschaft. Allein daraus zieht die Antragsgegnerin ihre Einkünfte, nicht etwa aus privatem Kapital. Ihre wirtschaftliche Betätigung dient ausschließlich dem Satzungszweck und den dort verankerten Aufgaben und Maßnahmen und die Erträge müssen ausschließlich dafür verwandt werden..

Ob wie wieweit diese Finanzierung noch den Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit entspricht, ist von der Kammer nicht zu entscheiden.

Es besteht auch kein entwickelter Markt für Forschungsaufgaben und wissenschaftlicher Aus- und Fortbildung im Bereich der Pathologie. Die Aufgaben der Satzung werden daher trotz der am Markt verdienten Erträge nichtgewerblich erbracht.

1.1.2

Die Stiftung hat ihren Sitz in Bochum, mithin im neuen Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen.

1.1.3 Öffentlicher Auftrag und Schwellenwert

Mit dem Abschluss der Beteiligungsvereinbarung vom 18.11.2015 hat die Antragsgegnerin einen entgeltlichen Dienstleistungsvertrag iSd § 99 Abs. 1 GWB über Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung der Antragsgegnerin an die Beigeladene vergeben.

Zusatzversicherungen sind Kapitalversicherungsverträge, die als entgeltliche Dienstleistungsverträge anzusehen sind. In seiner Entscheidung vom 7.8.2008, Az.. I ZR 145/05 hat der BGH bereits festgestellt, dass Versicherungsdienstleistungen entgeltliche Verträge iSd § 99 GWB sind, wobei unerheblich ist, dass die Mitgliedschaft aufgrund ihrer auch vereinsrechtlichen Bedeutung kein typischer zweiseitiger Austauschvertrag ist. Die von der Beklagten im Wettbewerb angebotenen Versicherungsleistungen unterscheiden sich insoweit nicht von denjenigen in anderer Rechtsform organisierter Versicherungsunternehmen.

Mit ihrem Beitritt zur Anstalt der Beigeladenen hat sich die Antragsgegnerin verpflichtet, die bei ihr Beschäftigten nur über die Beigeladene hinsichtlich der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung rückwirkend ab dem 1.7.2013 zu versichern. Nach der unwidersprochenen Schätzung der Antragsteller überschreitet die Beitragssumme hierfür für einen Zeitraum von 48 Monaten (§ 3 Abs.4 Nr. 2 VgV) den derzeitigen Schwellenwert nach § 2 VgV von 207.000,--€.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragsteller sind antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Diese Regelung gilt auch im Zusammenhang mit Nachprüfungsverfahren nach §101b Abs. 2 GWB.

Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist das, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet (EuGH, Urteil v. 18.12.2014 - Az.: C-568/13; Urteil v. 12.12.2013 - Az.: C-327/12; Urteil v. 11.07.2006 - Az.: C-205/03 P; im Ergebnis ebenso EuGH, Urteil v. 09.06.2009 - Az.: C-480/06).

Die Antragsteller sind eingetragene Vereine.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte den Begriff "Wirtschaftsteilnehmer, der Leistungen auf dem Markt anbietet" nicht auf unternehmerisch strukturierte Wirtschaftsteilnehmer beschränken oder besondere Bedingungen einführen, die geeignet sind, den Zugang zu Ausschreibungen von vornherein auf der Grundlage der Rechtsform und der internen Organisation der Wirtschaftsteilnehmer zu beschränken. Sowohl aus den Gemeinschaftsvorschriften als auch aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass jede Person oder Einrichtung als Bieter oder Bewerber auftreten darf, die in Anbetracht der in der Auftragsausschreibung festgelegten Bedingungen meint, dass sie den betreffenden Auftrag ausführen kann, selbst oder unter Rückgriff auf Subunternehmer, unabhängig von ihrem - privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen - Status und der Frage, ob sie auf dem Markt systematisch tätig ist oder nur gelegentlich auftritt oder ob sie aus öffentlichen Mitteln subventioniert wird oder nicht. Insoweit kann auch ein Verein unternehmerisch tätig werden. (vgl. dazu Weyand, Ibr-Komm. zum Vergaberecht §101b, Rdnr. 79)

So hat auch der BGH in der o.g. Entscheidung vom 3.7.2008, festgestellt, dass es für die Unternehmenseigenschaft nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt. Maßgeblich ist insoweit allein, dass die Antragsgegner im Wettbewerb mit anderen

Versicherungsunternehmen auf dem Markt Versicherungsdienstleistungen für öffentliche Auftraggeber erbringen.

Die Abgabe eines Angebots wird im Zusammenhang einer de-facto-Vergabe ebenso wenig gefordert wie ein Rüge oder ein rügeähnliches Verhalten.

Die Antragsteller sehen sich durch ihre offen gelegte Verbindung zum Gothaer-Konzern in der Lage, Versicherungsleistungen der von der Antragsgegnerin gewünschten Art anzubieten, auch in der Form einer Pensionskasse.

Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird (BGH vom 18.5.2004, Az: X ZB 7/04). Der drohende Schaden liegt im Verlust der Zuschlagschance.

Die Antragsteller haben ausdrücklich vorgetragen, sich im Fall einer Ausschreibung um den Auftrag bewerben zu wollen. Eine Eignungsprüfung ist erst im Rahmen eines Vergabeverfahrens durchzuführen. Dazu muss die Antragsgegnerin zunächst eindeutig Eignungskriterien und Leistung beschreiben.

1.4 Form und Frist

Der Antrag ist form- und fristgerecht (§ 108 GWB) eingelegt worden.

Der Antrag entspricht den Anforderungen des § 108 GWB hinsichtlich der Inhalt und Schriftform.

Er ist auch fristgerecht. Der verbindliche Vertragsschluss fand durch den Beitritt über die Beteiligungsvereinbarung vom 18.11.2014 nach § 19 der Satzung der Beigeladenen statt. Da eine Kenntnis der Antragsteller von diesem Beitritt im Zeitraum von 30 Tagen danach nicht vorgetragen worden ist, ist der Nachprüfungsantrag innerhalb der 6-Monatsfrist des § 101b Abs.2, S.1, 2. Alt. GWB fristgerecht gestellt worden. Die Übertragung der Kompetenzen im Jahre 2013 umfasste diesen Beitritt nicht. Die Beigeladene ist nicht Partner dieser Verträge.

Es handelt sich auch nicht nur um eine Fortsetzung eines bestehenden Vertrages mit der XXXXXXXX.

Die Beitrittserklärung ist nicht als unwesentliche Vertragsänderung des alten Vertrages der XXXXXXXX mit der Beigeladenen zu betrachten, denn der Wechsel einer Vertragspartei ist per definitionem schon ein neuer Vertrag. Ein Vertrag ist die von zwei (oder mehreren) Personen erklärte **Willensübereinstimmung** über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Ein Austausch einer Person setzt deren eigen-

ständige neue Willenserklärung voraus, hier über die Beitrittserklärung und deren Annahme erfolgt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Der Antragsteller wurde durch das Unterbleiben des gebotenen europaweiten offenen Verfahrens in seinen Rechten verletzt, § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB. Der mit der Beigeladenen über die Leistungen der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung für die Zeit ab dem 1.7.2013 am 18.11.2014 geschlossene Vertrag ist deshalb nach § 101 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB für unwirksam zu erklären.

Gem. § 101 Abs. 7 GWB, § 3 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A wäre die streitgegenständliche Beschaffung über diese finanziellen Dienstleistungen nach Anhang I Nr. 6a der VOL/A im offenen Verfahren durchzuführen gewesen. Es ist unstrittig, dass der Vertragsschluss zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ohne Ausschreibung und ohne Beteiligung anderer Unternehmen erfolgt ist.

Eine Ausnahme nach §§ 100 ff GWB ist nicht ersichtlich.

Die Ausnahmevoraussetzungen für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 EG Abs. 4, lit c VOL/A liegen ebenfalls nicht vor. Danach ist eine freihändige Vergabe, wie sie die Antragsgegnerin hier mit ihrem Beitritt vorgenommen hat, zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Die verschiedenen Tatbestände dieser Vorschrift sind, da es sich um Ausnahmevorschriften handelt, ohnehin eng auszulegen.

Die Wahl einer freihändigen Vergabe hat der Auftraggeber nicht qua Auftraggeberbestimmungsrecht.

Die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers umfasst das "was" und das "ob" einer Beschaffung, aber nicht das "wie". Das "was", der Beschaffungsgegenstand, ist hier die Versicherungsdienstleistung für die Beschäftigten der Antragsgegnerin. Die Beschaffungsautonomie umfasst nur in den Einzelfällen des § 3 Abs.4 EG VOL/A die Frage, von wem beschafft wird. Soweit die Antragsgegnerin meint, dass über den Weg der Tarifautonomie unter Abwägung der Schutzgüter "Schutz der Arbeitnehmer vor verschlechterten Versicherungsbedingungen/Tariffreiheit" gegenüber dem

Schutzgut "Allgemeine Dienstleistungsfreiheit", die Tarifparteien über einen Tarifvertrag eine Ermessensregelung in jedem Einzelfall für den Auftraggeber kreieren zu können, ist dies für die Kammer nicht nachvollziehbar. Die von der Antragsgegnerin selbst vorgetragene Rechtsfolge ist lediglich eine Zwischenversicherung bei möglicherweise einem anderen Anbieter. Die Beschäftigten haben aber nur einen (zivilrechtlichen vertraglichen) Anspruch gegen die Antragsgegnerin, nicht schlechter gestellt zu werden. Die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen eines öffentlichen Auftraggeber zur Ausschreibung der von ihm benötigten Dienstleistungen werden davon nicht tangiert. Das gleiche gilt für die tarifrechtlichen Verpflichtungen.

Nichts anderes besagt die Entscheidung des EUGH vom 15.7.2010 (Rs. c-271/08), die sich in der Fußnote 45 auch zu der von der Beigeladenen herangezogenen Entscheidung Albany aus dem Jahr 1999 äußert. Der EuGH macht nun - auch in den Fußnoten 47ff deutlich, dass seine neuere Rechtsprechung differenziert zu betrachten ist und nicht mit der Einzelentscheidung Albany korrespondiert. Vielmehr weist er darauf hin, dass der Schutz des Kollektivrechts nicht die Anwendung der Richtlinien - und damit des nationalen Vergaberechts - hemmt (FN 49,50).

Auch der arbeitsrechtliche Schutz und der tarifrechtliche können die Verpflichtungen der öffentlichen Auftraggeber zur Ausschreibung nicht überlagern oder aufheben.

Die behauptete Verpflichtung zur Vergabe an die Beigeladene aufgrund tarifrechtlicher Bindung ist durch die Entscheidung des EUGH vom 15. 10. 2010 - Rs C 271/08 widerlegt, wo in FN 58 ausdrücklich festgestellt wird, "dass die Wahrung der solidarischen Elemente nicht von Natur aus mit der Anwendung eines Verfahrens der Auftragsvergabe unvereinbar ist." und weiter heißt es dort: "Im übrigen hindert nichts in den Richtlinien über öffentliche Aufträge einen kommunalen Arbeitgeber daran, im Ausschreibungstext die Bedingungen anzugeben, die die Bieter einzuhalten haben."

Das gleiche gilt auch für die Antragsgegnerin.

Im Resümee kommt der Gerichtshof dann in FN 66 zu dem Ergebnis, dass "die Beachtung der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Dienstleistungsaufträge nicht als unvereinbar mit der Verwirklichung des sozialpolitischen Ziels erweist", dass die Tarifvertragsparteien verfolgt haben.

Hinsichtlich der übrigen von der Antragsgegnerin vorgetragenen Sachgründe ist folgendes festzustellen:

Eine Beeinträchtigung der Rechte der Beschäftigten durch eine Ausschreibung ist ausgeschlossen. Der behauptete Arbeitnehmerschutz ist über die Anspruchsseite gewährleistet.

Weder die zivilrechtlichen Ansprüche der Beschäftigten, die auf eine gleichwertige Versorgung und ggf. Schadensersatz und nicht ausschließlich auf die Versicherung bei der Beigeladenen gerichtet sind, bieten einen Ansatz für das Auftraggeberbestimmungsrecht, den Vertrag nur mit der Beigeladenen zu schließen noch ergeben sie einen Ansatz für ein Ausschließlichkeitsrecht iSd § 3 EG Abs.4 lit c VOL/A.

Die möglichen Gegenwertforderungen der Beigeladenen, die die Antragsgegnerin als Sachgrund für ihre Entscheidung herangezogen hat, sind nach der von den Antragstellern vorgetragene Änderung der Rechtslage nicht mehr zu erwarten.

Es ist auch nicht erwiesen, dass die Antragsteller nachweislich nicht in der Lage seien, die bisherigen Versicherungsansprüche der Beschäftigten zu erfüllen.

Schon aus dem Wortlaut der Überleitungsverträge ergibt sich, dass die Antragsgegnerin bewußt war, dass auch andere Versicherer nicht ausgeschlossen sind ebenso wie die den Akten beigefügten Unterlagen über die Anhörung der Mitarbeiter noch die mit Schreiben vom 5.3.2015 nachgereichten Informationen des DUK. Insoweit kann der Einlassung auch nicht gefolgt werden, die Antragsgegnerin habe aufgrund einer Marktanalyse einwandfrei nachgewiesen, dass nur die Beigeladene hinreichende Altersversorgung anbieten könne.

Stattdessen ist aus den rechtlichen Erwägungen auf Blatt 395 bis 396, 401, 404 bis 408 der Akte der Antragsgegnerin (in die keine Akteneinsicht für die Antragsteller gewährt wurde), dass vor dem Beitritt Zweifel auf Seiten der Antragsgegnerin bestanden, ob auf eine Ausschreibung verzichtet werden konnte.

Ein Ausschließlichkeitsrecht vergleichbar einem Urheber- oder Patentrecht fließt für die Beigeladene nicht weder aus dem alten Vertrag mit der XXXXXXXX noch aus den Übergangsverträgen von 2013, denn ersterer ist erloschen noch ist sie Vertragspartner der Verträge von 2013, wobei diese als zivilrechtliche Verträge das Vergaberecht ohnehin nicht abbedingen konnten.

Die behaupteten Lücken einer Altersversorgung wie ein Verlust des Solidaritätsprinzips und daraus resultierender Vorteile aus einem Angebot der Antragsteller ggf. in

Kooperation mit einer Pensionskasse können erst im Rahmen einer Ausschreibung festgestellt werden.

Auch der Betriebsübergang nach § 613a BGB verpflichtet die Antragsgegnerin nicht zu einem Vertragsschluss mit der Beigeladenen, denn dieser erfasst nur die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Auch die Festlegungen im Personalüberleitungsvertrag können nicht dazu führen, der Antragsgegnerin qua Auftraggeberbestimmungsrecht einen Sachgrund für eine vergaberechtsfreie Beauftragung zu liefern, denn sonst könnte jeder öffentliche Auftraggeber durch zivilrechtliche Vereinbarungen die vergaberechtlichen Verpflichtung zur Ausschreibung umgehen.

Der Versorgungsanspruch richtet sich zwar gegen die Stiftung. Wie sich diese rückversichert, ist ihr aber grundsätzlich freigestellt und im Wege des Vergaberechts zu ermitteln.

Andere sachliche Gründe, die diskriminierungsfrei gegenüber anderen Versicherern eine freie Vergabe rechtfertigen könnten, sind auch nicht ersichtlich.

III. Kostenentscheidung:

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens xxxxx€ und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von xxxxxx € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. xxxxxxxxxxxx € beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxx €. Diese Gebühren sind der Antragsgegnerin als Unterlegenen nach §128 Abs. 3 S.1 und 2 GWB und der Beigeladenen gesamtschuldnerisch aufzuerlegen.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Die Beigeladene hat hier einen eigenen Antrag gestellt, und sich schriftsätzlich und mit Vertretung in der mündlichen Verhandlung beteiligt.

Sie hat sich damit auch inhaltlich dem Vortrag und dem Antrag der Antragsgegnerin angeschlossen und hat damit das Verfahren selbst wesentlich gefördert. Daher teilt sie kostenmäßig das Schicksal der Antragsgegnerin und trägt ihre Kosten selbst.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war schon aus Gründen der sog. Waffen-
gleichheit erforderlich.

IV. Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

gez..Hugenroth
(Vorsitzende)

gez.Trottenburg
(hauptamtl. Mitglied)