



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Zur Wirksamkeit von Grundstückskaufverträgen mit Bauverpflichtungen, die von Bevollmächtigten iSv § 64 Abs. 3 GO NW geschlossen wurden.**
- 2. Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen bei einem Vertragspartner nach Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrages mit Bauverpflichtungen, aber vor Abschluss des städtebaulichen Vertrages.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen des Verkaufs eines kommunalen Grundstückes mit Bauverpflichtungen

VK 7/09

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen die

Stadt xxxxxxxx
vertreten durch
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. xxxxxxxx

am **25. Juni 2009** beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Hilfsantrag – Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 234 EG wegen Fragen im Zusammenhang mit der Verwirkung - wird ebenfalls zurückgewiesen.
3. Der Antrag auf weitergehende Akteneinsicht in einen konkret benannten Verwaltungsordner der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
6. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, auf einem Grundstück im Stadtteil xxxx ein Einzelhandelskaufhaus auf einem großen Parkplatzgelände in der Nähe der Fußgängerzone durch Dritte errichten zu lassen, um so die Wirtschaft zu fördern und das Zentrum des Stadtteils attraktiver zu machen. Die gesamte Fläche bestand aus einem öffentlichen Parkplatz, dem sogenannten Fischerwäldchen und einigen Grundstücken entlang des Bachlaufs mit insgesamt ca. 14.300 m², das im Eigentum der Antragsgegnerin stand. Zusätzlich sollte noch ein Grundstück mit ca. 1000 m², auf dem sich vormals ein Kino befand, und das im Eigentum von Herrn W. stand, einbezogen werden. Dieses Grundstück erwarb die Beigeladene bereits im Jahre 2005. Weiterhin erwarb sie ein Grundstück von der RWE, wobei es sich um eine kleine Parzelle (20 m²) innerhalb des Gesamtgrundstückes handelt, die aber für die geplante Baumaßnahme zwingend überbaut werden muss. Das Gesamtinvestitionsvolumen für dieses Projekt wird auf ca. 10 Mio. € geschätzt.

Bereits im Jahre 2005 war die Antragsgegnerin an mehrere Investoren herantreten, um das Gelände zur Verwirklichung dieses Konzeptes an einen Investor zu verkaufen. Sowohl die xxx als auch die xxxx interessierten sich für das Grundstück, um dort Verbrauchermärkte zu errichten.

Im Juni 2006 entschied sich der Rat der Antragsgegnerin für das Konzept der xxxxxxgruppe (xxxx). Den notariellen Grundstückskaufvertrag und städtebaulichen Vertrag schloss die Antragsgegnerin am 09.08.2007 mit der xxxxxxxxxxxxxxxGrundstücksverwaltung GmbH & Co. KG, die mit Beschluss vom 27.4.2009 beigeladen wurde. Bei der notariellen Beurkundung am 9.8.2007 wurde die Antragsgegnerin

Schaffung einer integrierten Parkebene, der rückwärtigen Erschließung einiger anliegender Grundstücke, dem Ausbau einer einspurigen Straßenverbindung und der Errichtung eines Geh- und Radweges unter Einbeziehung eines Brückenbauwerks.

Bereits im Jahre 2008 unterlag der Grundstückskaufvertrag vom 9.8.2007 der Nachprüfung, wobei letztlich das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 29.10.2008, Verg 35/08, den Nachprüfungsantrag für unzulässig hielt, weil der Antragsteller nicht im eigenen Namen mit dem öffentlichen Auftraggeber diese Verträge abschließen würde, sondern der Antragsteller sei nur mittelbar am Vertrag interessiert. In dem damaligen Verfahren war Antragsteller ein Architekturbüro aus Exxxxxxx.

Antragstellerin in diesem Verfahren ist eine Immobilienxxxxxxxxxxxxxx, die nach eigenen Angaben Grundstücke kauft und mit SB-Warenhäusern bebaut. Mit Schreiben vom 20.4.2009 wandte sie sich an die Antragsgegnerin und teilte dieser mit, dass sie ihr Interesse an dem Erwerb des städtischen Grundstücks zur Bebauung mit einem SB-Warenhaus bekunden möchte. In den letzten Jahren, so teilte sie mit, habe sie in mehreren Städten vergleichbare Projekte realisiert. Dabei habe sie jeweils Grundstücke gekauft und anschließend von beauftragten Generalunternehmern bebauen lassen. Die unternehmerische Gesamtverantwortung und das Gesamtrisiko für sämtliche Projekte hätten bei ihr gelegen. Nachfolgend nennt die Antragstellerin insgesamt 4 Projekte in einer Größenordnung von 1000 bis 2700 m² in unterschiedlichen Städten. Für den Fall, dass das fragliche Grundstück bereits tatsächlich an Kaufland ohne ein förmliches Vergabeverfahren verkauft worden sei, rüge sie dieses Vorgehen.

Da die Antragstellerin keine Antwort auf ihre Rüge erhielt, beantragte sie anschließend die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Antragsgegnerin, was zur Zustellung der Antragsschrift am 21.4.2009 führte.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sie antragsbefugt ist, weil sie als Immobilienxxxxxxxxxxxxxx in diesem Geschäftsbereich tätig sei und sie auch ein Interesse daran habe, auf dem im Streit stehenden Grundstück ein entsprechendes SB-Warenhaus zu errichten. Erst am 17.4.2009 habe sie von einem anderen Unternehmen erfahren, dass die Antragsgegnerin plant, in ihrem Stadtgebiet ein SB-Warenhaus errichten zu lassen. Sie habe daraufhin noch weitere Informationen eingeholt und in Erfahrung gebracht, dass das fragliche Grundstück möglicherweise schon an Kxxxxxxx verkauft worden sei. Darauf hin habe sie ihr Interesse am Kauf des Grundstückes gegenüber der Antragsgegnerin schriftlich bekundet und vorsorglich gerügt. Anschließend habe sie die Nachprüfung beantragt, was auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch zulässig sei, weil es keine zeitlichen Ausschlussfristen für Nachprüfungsanträge gebe.

Die Antragstellerin meint, dass der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auch nicht der bereits erfolgte Vertragsschluss vom 9.8.2007 entgegen steht. Denn der notarielle Kaufvertrag, den die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossen habe, sei nicht wirksam abgeschlossen worden, weil der Vertreter der Antragsgegnerin, Herr Gxxxx, nicht über eine wirksame Vollmacht verfügt habe.

§ 64 Abs. 1 GO NW ordne eine Gesamtvertretung durch den Bürgermeister und einen weiteren Vertreter für die Abgabe von Erklärungen an, es sei denn, es handle sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, was hier sicherlich nicht der Fall gewesen sei. Insofern reiche allein die Unterschrift von Herrn Gxxxxx nicht aus. Auch dürften die Vorschriften über die Gesamtvertretung nicht durch Erteilung einer Einzelvollmacht unterlaufen werden. Die Vollmachtsurkunde vom 2.5.2003 sei hier deshalb nicht relevant, weil sich diese auf sämtliche Grundstücksgeschäfte beziehe und eine inhaltlich unbeschränkte Vollmacht enthalte. Damit würde die grundsätzlich erforderliche Gesamtvertretung unzulässigerweise abgedungen.

Den Vertretenen sei es deshalb untersagt, eine Einzelvollmacht zu erteilen, die im Ergebnis einer Alleinvertretung gleichkomme. Denn § 64 GO NW diene dem Schutz der Gemeinde. Eine derartige Schutzbedürftigkeit der Antragsgegnerin sei hier auch feststellbar, weil die Abgabe der Willenserklärung durch Herrn Gxxxxx erfolgte, obwohl damit ein schwerer Verstoß gegen deutsches und europäisches Vergaberecht begangen wurde.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass trotz der Billigung des Kaufvertrages durch den Rat der Antragsgegnerin, dieser nicht wirksam geschlossen wurde. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH, Urteil vom 10.5.2001, III ZR 111/99, trägt die Antragstellerin vor, dass die Billigung des Verpflichtungsgeschäfts durch das intern in der Gemeinde dafür zuständige Organ, nicht den Mangel der Vertretungsmacht beseitigen könne. Die Gemeinde hat lediglich die Möglichkeit, sich gegenüber ihrem Vertragspartner nicht auf diesen Formmangel und auch nicht auf die fehlende Vertretungsmacht zu berufen, sofern die an sich vorliegende Nichtigkeit für den Vertragspartner untragbar wäre. Das sei aber vorliegend nicht möglich, weil sowohl die Antragsgegnerin als auch die Beigeladene im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf zur Anwendbarkeit des Vergaberechts kannten. Die Nichtigkeitsfolge sei deshalb für die Beigeladene nicht schlechthin untragbar.

Auch sei der Kaufvertrag nicht konkludent genehmigt worden, weil der Antragsgegnerin die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages nicht bewusst gewesen sei. Eben sowenig habe eine wirksame Duldungsvollmacht vorgelegen, weil die Antragsgegnerin kein Erklärungsbewusstsein im Hinblick auf eine Duldungsvollmacht gehabt habe. Eine Genehmigung nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei hingegen unzulässig, weil diese gegen das Zuschlagsverbot verstoße. Das Zuschlagsverbot gelte auch dann, wenn ein schwebend unwirksamer Vertrag genehmigt werde. Da die Genehmigungserklärung der Antragsgegnerin erst nach Zustellung des Nachprüfungsantrages erteilt worden sei, handle es sich insofern um eine unzulässige de facto Vergabe.

Der notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 sei somit nicht wirksam abgeschlossen worden, so dass es überhaupt noch keinen Vertragsschluss bzw. Zuschlag gebe.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Antragsgegnerin und die Beigeladene frühzeitig Kenntnis von möglichen juristischen Auseinandersetzungen in Bezug auf Grundstückskaufverträge mit Bauverpflichtungen gehabt hätten, so dass sie insofern selbst nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages vom 9.8.2007 hätten vertrauen können. Die Antragstellerin trägt vor, dass Vertreter der Antragsgegnerin das Verfahren in Oxxxxxxxxxxxxxxxx mit Interesse verfolgt hätten und bezüglich eines an-

deren Projekts über diese Entwicklung in der Rechtsprechung informiert worden seien. Die Entscheidungen des EuGH und des OLG Düsseldorf seien auch frühzeitig in einschlägigen Medien veröffentlicht worden und im Übrigen sei gegen die Antragsgegnerin wegen des im Streit stehenden Projekts auch ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden. Nach Auffassung der Antragstellerin sei der in Kenntnis dieser Umstände abgeschlossene Vertrag vom 9.8.2007 deshalb nichtig im Sinne von § 138 BGB, weil die Parteien bei Vertragsschluss kollusiv zusammengewirkt und gezielt die Ausschreibungspflicht umgangen hätten.

Nachdem die Antragstellerin zur Kenntnis genommen hatte, dass ein städtebaulicher Vertrag in Ergänzung zum notariellen Kaufvertrag nunmehr noch geschlossen werden soll, weist sie darauf hin, dass ein solcher Vertrag ein weiterer öffentlicher Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB sein könnte. Die im städtebaulichen Vertragsentwurf beabsichtigten Regelungen würden den notariellen Kaufvertrag nicht nur konkretisieren, sondern inhaltlich ergänzen. Wenn aber die beabsichtigten Änderungen oder Ergänzungen wesentlichen Charakter hätten, würden Neuverhandlungen erforderlich sein, die wiederum den Vorgaben des 4. Teils des GWB unterliegen. Im Übrigen könnte eine Konkretisierung schon deshalb nicht vorliegen, weil der zuvor geschlossene notarielle Vertrag unwirksam sei.

Die Antragstellerin trägt vor, dass sie bereits vor Vertragsschluss diesen städtebaulichen Vertrag in einem Nachprüfungsverfahren angreifen könne, weil der Begriff des Vergabeverfahrens in einem weiten, materiellen Sinne zu verstehen sei. Ausreichend sei, wenn der öffentliche Auftraggeber beschließe, kein geregeltes Vergabeverfahren einzuleiten, aber aus den Umständen des Falles die Erteilung eines solchen Auftrages erkennbar sei.

Nachdem die Beigeladene vorgetragen hatte, dass sie mit einer anderen GmbH & Co KG nach § 4 UmwG auf eine neue GmbH & Co KG verschmolzen sei, trägt die Antragstellerin vor, dass dies eine Änderung in der Person des Bieters darstelle, die jedenfalls vor Zuschlagserteilung dazu führe, dass das Angebot des Bieters aus der Wertung zu nehmen sei.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass sie ihr Antragsrecht nicht verwirkt habe. Sie meint, dass der öffentliche Auftraggeber im Falle von de facto Vergaben grundsätzlich nicht schutzwürdig sei und sich somit nicht auf einen Vertrauenstatbestand gegenüber dem Berechtigten berufen könne. Im Übrigen könne sich die Antragsgegnerin hinsichtlich des Zeitmoments auch nicht auf die Neufassung des § 101b Abs. 2 GWB berufen, weil dieser erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens in Kraft getreten sei.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass sich aus der Richtlinie 2007/66/EG keine Ausschlussfristen ergeben, sondern, dass die eventuelle Einführung von Ausschlussfristen vielmehr Sache der Mitgliedstaaten sei. Aber auch im Falle der Einführung von Ausschlussfristen in das nationale Gesetz, müsse die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch noch möglich sein und dürfe nicht unnötig erschwert werden. Die Annahme, dass ein Bieter im Falle einer de facto Vergabe ohne Rücksicht auf die fehlende Kenntnis von diesem Vergaberechtsverstoß sein Antragsrecht verwirken könne, würde zu einer unangemessenen Erschwerung des Rechtsschutzes führen und sei deshalb nicht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang zu bringen. Gleiches gelte für die An-

gemessenheit von Ausschlussfristen. Daraus folge, dass selbst dann, wenn das nationale Recht Ausschlussfristen vorsehe, aber kein Zweifel an einem Vergaberechtsverstoß bestehe, die Nachprüfung zuzulassen sei.

Die Antragstellerin beantragt vor dem Hintergrund dieser Ausführungen für den Fall, dass die Kammer eine Verwirkung des Antragsrechts der Antragstellerin annehmen sollte, diese Frage im Wege einer Vorabentscheidung dem EuGH vorzulegen und das Nachprüfungsverfahren auszusetzen.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass der Nachprüfungsantrag auch begründet sei, weil der Kaufvertrag vom 9.8.2007, bei dem es sich um einen ausschreibungspflichtigen Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtungen handele, von der Antragsgegnerin nicht in einem förmlichen Verfahren nach der VOB/A europaweit ausgeschrieben wurde, sondern im Wege einer sogenannten de facto Vergabe an die Beigeladenen vergeben worden sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag und städtebaulichen Vertrag vom 9.8.2007, Urkunden-Rolle Nr. xxxxxxxx des Notars Hxxxxxxxxxxxxxxxxx in xxxx, für nichtig zu erklären,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, dass sie an der Absicht festhält, das in ihrem Eigentum stehende Grundstück Gemarkung xxxx, Flur 118, Flurstück 421 mit einer Fläche von 14376 m² zur Bebauung mit einem SB-Warenhaus zu verkaufen, zuvor ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des vierten Teils des GWB durchzuführen,
3. festzustellen, dass die Genehmigungserklärung der Antragsgegnerin vom 30.4.2009 zu den Erklärungen, die Herr xxxxxx Gxxxx in der Urkunde Nr. xxxxxxxx des Notars xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx im Namen der Antragsgegnerin abgegeben hat, nichtig ist,
4. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, dass sie an der Absicht festhält, den mit der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrag vom 9.8.2007, Urkunden Rolle Nr. xxxxxxxx des Notars xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx in xxxx, nach den §§ 177, 184 BGB zu genehmigen, zuvor ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen,
5. der Antragsgegnerin aufzugeben, für den Fall, dass sie an der Absicht festhält, einen ergänzenden städtebaulichen Vertrag mit der Beigeladenen abzuschließen, der in Bezug auf das geplante SB-Warenhaus Regelungen über die Errichtung einer integrierten Parkebene, die Errichtung eines Stauraumkanals, die Erneuerung eines Regenwasserkanals, die rückwärtige Erschließung einiger Grundstücke, die Errichtung einer einspurigen Straßenverbindung, die Errichtung eines Geh- und Radweges unter Einbeziehung eines Brückenbauwerks sowie Vorgaben zur äußeren Gestaltung des Bauwerks (Fassade, Eingang, Farbgestaltung, Lärmschutzmaßnahmen) enthält, zuvor ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen,
6. der Antragstellerin, Akteneinsicht in den im Schreiben der Vergabekammer vom 12.5.2009 erwähnten zweiten Aktenordner zu gewähren,

- der insbesondere Entwürfe eines weiteren städtebaulichen Vertrages enthält,
7. hilfsweise für den Fall,
das eine Verwirkung des Antragsrechts angenommen wird,
dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen und das Nachprüfungsverfahren bis zu einer abschließenden Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszusetzen:
 - a) Ist ein nationaler prozessrechtlicher Grundsatz, der bestimmt, dass ein Nachprüfungsantrag im Sinne der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG aufgrund fehlender Antragsbefugnis unzulässig ist, wenn ein längerer Zeitraum zwischen dem vergaberechtswidrigen Vertragsabschluss und der Stellung des Nachprüfungsantrags liegt, der Auftraggeber darauf vertrauen durfte, dass das Unternehmen seine verletzten Rechte nicht mehr geltend machen wird und der Auftraggeber tatsächlich darauf vertraut hat (Verwirkung) mit Art. 1 und Art. 2 der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG vereinbar, wenn der nationale Gesetzgeber einen Ausschluss des Nachprüfungsrechts aufgrund Zeitablaufs nicht gesetzlich bestimmt hat und die Bieter daher nicht erkennen können, wann das Nachprüfungsrecht erlischt?
 - b) Ist es mit Art. 1 und 2 der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG vereinbar, dass ein Nachprüfungsrecht im Sinne dieser Vorschriften nach dem unter a) genannten nationalen prozessrechtlichen Grundsatz der Verwirkung unabhängig auch dann erlischt, wenn der Vergaberechtsverstoß schon längere Zeit zurückliegt, der Antragsteller aber erst einen Tag vor Stellung des Nachprüfungsantrags Kenntnis von dem Vergaberechtsverstoß erhalten hat?
 8. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
 9. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch die Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hält den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unter Hinweis auf § 99 Abs. 3 und Abs. 6 GWB n.F. für nicht eröffnet, weil der Gesetzgeber mittlerweile ausdrücklich klargestellt habe, dass Bauaufträge dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen sollen, und bei einer Baukonzession als Gegenleistung nur ein befristetes Recht auf Nutzung in Frage komme. Beide Voraussetzungen lägen hier nicht vor.

Die Antragsgegnerin behauptet, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle, weil sie nur mittelbar am Auftrag interessiert sei und es fraglich sei, ob sie jemals

Vorhaben der hier in Rede stehenden Art durchgeführt hat. Die Antragsgegnerin hält die Aufklärung dieser Tatsachenfrage durch die Vergabekammer für erforderlich, weil die Antragsbefugnis von Amts wegen zu prüfen sei.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag, so trägt die Antragsgegnerin vor, nicht statt- haft, weil der Zuschlag bereits wirksam erteilt worden sei. Der notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 verstoße entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht gegen § 64 Abs. 1 GO NW. Bei dem Vertrag handele es sich zunächst um ein Geschäft der lau- fenden Verwaltung im Sinne von § 64 Abs. 2 GO NW, so dass die Vorgaben des § 64 Abs. 1 GO NW nicht gelten würden. Darüber hinaus sei die Herr Gxxxx erteilte Vollmachtsurkunde vom 2.5.2003 rechtswirksam unter Beachtung der Form des § 64 Abs. 1 GO NW erteilt worden, weil sie sowohl von der Bürgermeisterin als auch vom ersten Beigeordneten unterzeichnet worden sei.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass entgegen der BGH Rechtspre- chung die Vorschrift des § 64 Abs. 1 GO NW, wonach für bestimmte Geschäfte eine Gesamtvollmacht erforderlich sei, auch nicht unterlaufen würde. Denn hier wäre kei- ne Pauschalvollmacht erteilt worden, sondern Herr Gxxxx sei zur Abgabe von Erklä- rungen in allen Grundstücksangelegenheiten ordnungsgemäß von der Stadt bevoll- mächtigt worden. Damit sei ein konkret abgegrenzter Kreis von Geschäften erfasst worden, so dass gemäß § 64 Abs. 3 GO NW Herr Gxxxx als ausdrücklich Bevoll- mächtigter den Vertrag mit der Beigeladenen abschließen konnte.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass entgegen der Auffassung des BGH hier auch nicht die Vorschrift über die grundsätzliche Gesamtvertretung unterlaufen wer- de. Denn der BGH habe dies damit begründet, dass die Gesamtvertretung dem Schutz des Vertretenen diene. Stehe hingegen der Schutz des Vertretenen nicht in Frage, müsse eine allgemein gehaltene, dem Schutz des § 64 Abs. 3 GO NW ent- sprechende Vollmacht ausreichen. Das sei hier der Fall gewesen, weil der Rat der Antragsgegnerin dem Vertragsschluss in seiner Sitzung vom 27.3.2007 ausdrücklich zugestimmt habe. Im Übrigen sei der Vertrag jedenfalls durch die fortlaufenden Ab- stimmungsgespräche zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen konklud- ent mit rückwirkender Kraft genehmigt worden und zudem auch noch nachträglich ausdrücklich genehmigt worden.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass sie auch nach den Grundsätzen der Dul- dungsvollmacht wirksam vertreten worden sei. Eine Duldungsvollmacht setze voraus, dass die vertretene Körperschaft es wissentlich geschehen lasse, dass eine dritte Person wie ein Vertreter dieser Körperschaft auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden auch dahin versteht, dass der Vertreter der Körperschaft als Bevollmächtigter handeln darf. Auch eine nicht wirksam erteilte Vollmacht kann nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht als wirksam zu behandeln sein. Herr Gxxxx sei mit dem Wis- sen der Antragsgegnerin beim Abschluss des Vertrages als ihr Vertreter aufgetreten. Die Beigeladene durfte darauf vertrauen, dass Herr Gxxxx für die Antragsgegnerin handelte, da ihr die die entsprechenden Ratsbeschlüsse bekannt waren.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass die Antragstellerin ihr Antrags- recht verwirkt hat. Nach dem Vertragsschluss seien mittlerweile mehr als 20 Monate vergangen. Würde man als Maßstab die in § 101b Abs. 2 GWB enthaltene Neurege- lung heranziehen, wonach maximal 6 Monate seit Vertragsschluss vergangen sein dürften, dann sei vorliegend der Zeitraum weit überschritten. Zwar käme es nach ei-

nem Beschluss des OLG Karlsruhe nicht auf die Kenntnis der Antragstellerin an, aber in der Presse sei ausführlich über den Vertragsschluss berichtet worden, so dass nicht vorstellbar sei, dass gerade die Antragstellerin davon keine Kenntnis erhalten habe, zumal sie sich auf langjährige Erfahrungen in der Immobilienbranche berufe. Darüber hinaus ergebe sich die besondere Schutzbedürftigkeit der Antragsgegnerin und der Beigeladenen daraus, dass sie entsprechende Planungsaktivitäten und Vermögensdispositionen im Vertrauen auf den Bestand des notariellen Kaufvertrages nach Durchführung des ersten Nachprüfungsverfahrens in dieser Sache getroffen hätten.

Die Antragsgegnerin behauptet, dass durch den geplanten städtebaulichen Vertrag jedenfalls keine inhaltlichen Änderungen an dem bestehenden notariellen Kaufvertrag vom 9.8.2007 vorgenommen würden. Auch die Verschmelzung der xxxxxxxxxxxxxxx Grundstücksverwaltung GmbH & Co KG auf die xxxxxxxxxxxxxxxx GmbH & CO KG stelle keinen vergaberechtlich relevanten Austausch des Vertragspartners dar, weil keine wesentlichen Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrages geändert würden, sondern nur eine interne Umorganisation stattfinde.

Die **Beigeladene** beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Beigeladene behauptet, dass die Antragstellerin bisher keine vergleichbaren Projekte hinsichtlich Größe und Investitionsvolumen realisiert habe. Im Übrigen gehe man davon aus, dass die Antragstellerin kein eigenes Interesse an dem Erwerb des Grundstückes habe, sondern hinter der Antragstellerin die Exxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx-xxxxxxx mbH stehe.

Die Beigeladene weist zudem auf den neu in das GWB aufgenommenen § 99 Abs 3 und Abs. 6 hin, wonach nunmehr kennzeichnendes Merkmal eines öffentlichen Bauauftrages eine dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommende Bauleistung sein muss und auch der Begriff der Baukonzession ein befristetes Recht auf Nutzung der baulichen Anlage voraussetze, was im Falle eines endgültigen Grundstückskaufvertrages nicht vorliege. Im Falle der Stattgabe des Antrages müsse die Antragsgegnerin ein neues Vergabeverfahren durchführen und die Neuregelungen in § 99 GWB berücksichtigen. Danach seien aber derartige Grundstückskaufverträge nicht mehr ausschreibungspflichtig, so dass der Vergaberechtsweg hier nicht gegeben sei.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass der Grundstückskaufvertrag vom 9.8.2007 auf jeden Fall wirksam sei und damit der Nachprüfungsantrag unzulässig. Sie meint, dass die Herrn Gxxxx erteilte Vollmacht wirksam gewesen sei, so dass der Vertrag ordnungsgemäß geschlossen wurde. Zudem sei der § 64 GO NW keine Regelung, deren Einhaltung im Vergabenaachprüfungsverfahren geprüft werden könne, da diese Regelung ersichtlich nicht dem Bieterschutz diene. Darüber hinaus meint die Beigeladene, dass jedenfalls durch das Einverständnis des Rates, der Vertragsschluss wirksam wurde. Da der Rat den Vertrag ausdrücklich gebilligt habe, entfalle im konkreten Fall auch die Schutzfunktion des § 64 Abs. 1 GO NW. Denn der mit der Rege-

lung bezweckte Schutz der Gemeinde sei in diesem Fall entbehrlich. Jedenfalls sei der Vertrag rückwirkend genehmigt worden.

Die Beigeladene ist weiterhin der Auffassung, dass die Antragstellerin ihr Antragsrecht verwirkt hat. Verwirkung könne auch eintreten, wenn der Berechtigte keine Kenntnis von seinem Recht habe. Vorliegend seien auch ca. 2 Jahre nach Vertragschluss vergangen, so dass auch das Zeitmoment erfüllt sei. Im Übrigen habe sie auf die Wirksamkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages vertraut, nachdem das erste Nachprüfungsverfahren durch den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29.10.2008 nicht zur Aufhebung des Vertrages geführt habe. Im Anschluss daran habe sie erhebliche finanzielle Aufwendungen zur Erfüllung des Vertrages erbracht.

Die Beigeladene trägt weiterhin vor, dass der Antrag auch deshalb unzulässig sei, weil sie über eine Monopolstellung verfüge und die Arbeiten aufgrund dieser Ausschließlichkeitsrechte nur von ihr erbracht werden könnten. Dieses Ausschließlichkeitsrecht habe sie durch den Erwerb des Grundstückes Winter erworben. Dieses Grundstück grenzt unmittelbar an das veräußerte Grundstück an und soll die Verbindung zur vorhandenen Fußgängerzone ermöglichen. Darüber hinaus habe sie auch von der RWE ein Grundstück erworben, das für die Realisierung des SB-Warenhauses zwingend benötigt werde, weil das Grundstück inmitten des neu zu errichtenden SB-Warenhauses liege.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass ihr keine Entwürfe eines ergänzenden städtebaulichen Vertrages bekannt seien. Sie werde das dem Kaufvertrag beigefügte Konzept verwirklichen. Im Übrigen könne sie aus den von der Vorsitzenden angesprochenen Themen nicht entnehmen, dass dadurch neue Pflichten begründet würden. Vielmehr ergebe sich alles aus dem Grundstückskaufvertrag.

Die Beigeladene ist auch der Auffassung, dass ihre Unternehmensumstrukturierungen, die unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung erst bekannt wurden, keine vergaberechtlichen Auswirkungen haben. Die Verschmelzung der beiden Komplementäre der GmbH & CO KG habe keine wesentliche Änderung des Grundstückskaufvertrages vom 9.8.2007 zur Folge gehabt. Unter Hinweis auf die EuGH Rechtsprechung trägt die Beigeladene vor, dass dann, wenn im Wesentlichen nur eine interne Neuorganisation des Vertragspartners vorliegt, die Vertragsbedingungen des ursprünglichen Auftrages aber nicht wesentlich geändert werden, die Ersetzung des Vertragspartners keine Auswirkungen habe. Eine solche interne Neuorganisation liege hier vor, weil kein drittes Unternehmen an der Verschmelzung beteiligt gewesen sei. Die Änderung bestehe lediglich darin, dass die ursprüngliche Komplementär GmbH aufgrund der Verschmelzung erloschen sei.

Die Beigeladene trägt zudem vor, dass sich die Auffassung des OLG Düsseldorf zu gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen immer auf die Zeit vor Erteilung des Zuschlags beziehe. Vorliegend sei der notarielle Kaufvertrag aber bereits im Jahre 2007 geschlossen worden, also weit vor dem Zeitpunkt der Umstrukturierung.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 8.6.2009 und nach der mündlichen Verhandlung bis zum 26.6.2009 verlängert. Am 20.5.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Ver-

gabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebende Aufträge dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat, §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 5.150.000 €.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

1. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB und der Schwellenwert in Höhe von ca. 5,1 Mio. € ist angesichts der Größe des Geländes und der geplanten Baumaßnahme in der Form eines Einkaufszentrums über eine Fläche von ca. 4000 m² sowie der Herstellung von Parkflächen und der verkehrlichen Anbindung offensichtlich überschritten.

2. Die Antragstellerin war gemäß § 107 Abs. 3 GWB nicht zu einer Rüge vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verpflichtet. Denn nach ständiger Spruchpraxis des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, Verg 26/06; Beschluss vom 13.06.2007, Verg 2/07 ist die Regelung in § 107 Abs. 3 GWB nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens, jedoch nicht bei de facto Vergaben anwendbar, da der öffentliche Auftraggeber den Bieter nicht darauf verweisen könne, dass er Fehler nach §§ 97 ff. GWB nicht rechtzeitig gerügt habe, obwohl er selbst davon ausgeht, dass diese Vorschriften aus dem Vergaberecht nicht einschlägig sind.

3. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich gemäß § 107 Abs. 2 GWB aus der Tatsache, dass sie mit Schreiben vom 17.4.2009 an die Antragsgegnerin und mit der Einleitung dieses Nachprüfungsverfahrens ihr Interesse am Auftrag bekundet hat. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgetragenen Tatsachen, hält die Kammer vorliegend nicht für erforderlich, weil nicht entscheidungsrelevant. Denn nach Auffassung der Kammer ist der „Zuschlag“ wirksam erteilt worden und wesentliche Änderungen nach Vertragsschluss liegen nicht vor.

4. Da der Zuschlag wirksam gemäß § 114 Abs. 2 GWB erteilt wurde, ist das Nachprüfungsverfahren nicht statthaft. Der bereits abgeschlossene Vertrag vom 9.8.2007 steht vorliegend der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entgegen.

4.1 Dieser Vertrag ist jedenfalls nicht gemäß § 64 Abs. 4 GO NW unwirksam.

a) § 104 Abs. 2 GWB setzt zunächst die Verletzung von Vergabevorschriften voraus. Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind die Vorschriften der Vergabeverordnungen, die durch Verweisung in der Vergabeverordnung und die §§ 97 Abs. 6 und Abs. 7 und 127 GWB Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.5.2002, Verg 6/02; OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 26.7.2002, Verg 22/02. Spiegelbildlich zur Prüfungspflicht des Auftraggebers haben auch die Vergabenachprüfungsinstanzen in keine Prüfung außerhalb des Vergaberechts liegender Rechtsverstöße, m.a.W. in keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle, einzutreten, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2008, Verg 5/08. Demzufolge sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nur dann für die Beurteilung zivilrechtlicher Fragen zuständig, wenn diese untrennbar mit einem Vergabeverstoß zusammenhängen, so auch KG, 4.4.2002, KartVerg 5/02.

Die Kammer geht davon aus, dass zwar § 64 GO NW für sich genommen keine Vergabevorschrift ist. Über § 114 Abs. 2 GWB ist aber zu prüfen, ob ein Vertrag aufgrund anderer Vorschriften, wie beispielsweise §§ 134, 138 BGB oder § 126 BGB usw. unwirksam sein könnte, wobei es sich dabei nicht unbedingt und ausschließlich um Vorschriften aus dem Bereich des Vergaberechts handeln muss. Auch Verstöße, die nicht mit dem Vergaberecht an sich zusammenhängen, unterliegen gegebenenfalls der Nachprüfung einer Vergabekammer, wenn davon Fragen des Rechtsschutzes betroffen sind. Mittelbar ist dies bei § 64 GO NW vorliegend der Fall. Die Zurückweisung des Antrages gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 GWB als nicht statthaft, kann nur erfolgen, wenn zuvor über die Wirksamkeit des im Streit stehenden Vertrages entschieden wird.

b) Inhaltlich bedürfen gemäß § 64 Abs. 1 GO NW Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform. Sie sind vom Bürgermeister oder dem allgemeinen Vertreter und einem vertretungsberechtigten Bediensteten zu unterzeichnen, soweit nicht dieses Gesetz etwas anderes bestimmt. Demzufolge hätte die Erklärung bezüglich des Vertragsschlusses von zwei Vertretern der Antragsgegnerin unterzeichnet sein müssen, was vorliegend aber nicht der Fall war. Vielmehr hat für die Antragsgegnerin allein Herr Gxxals Bevollmächtigter den Vertrag unterschrieben.

Dies war vorliegend gemäß §§ 64 Abs. 2 und 3 GO NW zulässig.

aa) Nicht entscheidungsrelevant ist § 64 Abs. 2 GO NW, wonach der Absatz 1 für die Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht gilt. Denn ein Grundstücksgeschäft mit einem erheblichen Auftragsvolumen und der Realisierung von grundlegenden baulichen Entwicklungen an zentraler Stelle der Gemeinde gehört nicht zu den laufenden Geschäften einer Verwaltung. Ein solches Geschäft kommt nicht mit mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vor und ist auch nach Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der Gemeinde nicht von sachlich geringer Bedeutung.

bb) Gemäß § 64 Abs. 3 GO NW bedürfen aber Geschäfte, die ein für ein bestimmtes Geschäft oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter abschließt, nicht der Form des Absatzes 1, wenn die Vollmacht in der Form dieses Absatzes erteilt ist. Dies ist vorliegend der Fall.

(1) Der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin, Herr Gxxxx, verfügte über eine Vollmacht vom 2.5.2003. Danach konnte er für die Antragsgegnerin Grundstücke erwerben, veräußern, tauschen und alle Erklärungen entgegennehmen und abgeben, welche zur Durchführung des Erwerbs, der Veräußerung und des Tausches, insbesondere auch zur Auflassung, erforderlich sind. Darüber hinaus werden noch andere Geschäfte in dieser Vollmacht genannt, wie der

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxoder die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxusw. Diese Vollmacht wurde von der Bürgermeisterin und dem ersten Beigeordneten unterzeichnet.

Die Vollmacht beinhaltet somit einen Kreis von Geschäften, wozu auch eine Auflassungserklärung im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften zählt, die der Bevollmächtigte für die Gemeinde abschließen durfte. Weiterhin ist diese Vollmacht in der Form des § 64 Abs. 1 GO NW erteilt worden, weil sie schriftlich erteilt wurde und von zwei Vertretungsberechtigten der Gemeinde, und zwar der Bürgermeisterin und einem vertretungsberechtigten Bediensteten, unterzeichnet wurde.

(2) Dem steht auch nicht die Auffassung des BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, entgegen. Nach Auffassung des BGH ist eine derartige Vollmacht (nach § 64 Abs. 3 GO NW) allerdings nur wirksam, wenn sie nicht so weit gefasst ist, dass damit die Vorschriften über die Gesamtvertretung unterlaufen werden. Die Gesamtvertretung dient dem Schutz des Vertretenen, also der Gemeinde. Sie kann deshalb von den Vertretern nicht geändert werden. Ihnen ist es auch versagt, eine Einzelvollmacht zu erteilen, die so weit geht, dass sie einer Alleinvertretung gleichkommt.

Ausgehend vom Wortlaut des § 64 Abs. 3 GO NW besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sich für einen bestimmten Kreis von Geschäften eines Bevollmächtigten zu bedienen. Dazu gehören auch Geschäfte im Zusammenhang mit Grundstücken. Diese werden vom Wortlaut des § 64 Abs. 3 GO NW nicht ausgeschlossen.

Auch der BGH hat in seiner Entscheidung durchaus die Möglichkeit zugelassen, dass die Gesamtvertretung aus § 64 Abs. 1 GO NW – auch für den Bereich von Grundstücksgeschäften- grundsätzlich durch § 64 Abs. 3 GO NW abgeändert werden kann. Aus der Entscheidung ergibt sich nicht, dass im Bereich der Grundstücksgeschäfte in der Regel der Einsatz von Bevollmächtigten nicht zugelassen ist.

Wenn eine Gemeinde davon Gebrauch macht, dann darf die nach § 64 Abs. 3 GO NW erteilte Vollmacht nicht so weit gefasst werden, dass damit praktisch die grundsätzlich vom Gesetzgeber angeordnete Gesamtvertretung „ausgehobelt“ wird oder wie der BGH formuliert „unterlaufen“ wird. Der Bevollmächtigte darf nicht für alle möglichen wesentlichen Geschäfte der Gemeinde quasi generell alleinvertretungsbefugt werden und losgelöst von internen Entscheidungsprozessen, Rechtsgeschäfte für die Gemeinde abschließen, die dann die Gemeinde gegen sich gelten lassen muss. Denn damit würde der in § 64 Abs. 1 GO NW genannte Grundsatz – Gesamtvertretung - unterlaufen. § 64 Abs. 1 und § 64 Abs. 3 GO NW stehen mithin in einem Wechselverhältnis.

Der BGH trennt insofern nicht eindeutig zwischen dem sogenannten Innenverhältnis innerhalb der Gemeinde und dem Außenverhältnis im Rechtsverkehr. Grundsätzlich haben Fehler im Innenverhältnis, wie beispielsweise eine nicht ordnungsgemäße Bevollmächtigung eines Gemeindebediensteten, keine Auswirkungen auf das von ihm getätigte Rechtsgeschäft im Außenverhältnis. Außenstehende müssen auf die ordnungsgemäß im Innenverhältnis erteilte Vollmacht vertrauen können. Erst recht gilt dies, wenn der Vertreter für die Gemeinde Geschäfte abschließt und eine den Formanforderungen des § 64 Abs. 3 GO NW genügende Vollmacht vorlegt.

Nach Auffassung des BGH gibt es aber Konstellationen, die einen besonderen Schutz der Gemeinde im Außenverhältnis erfordern. Dies begründet der BGH mit

dem Zweck des § 64 GO NW. Eine zwar formal ordnungsgemäß im Innenverhältnis erteilte Vollmacht wird in diesen Fällen vom BGH in Frage gestellt, und zwar mit der Begründung, dass insofern der Grundsatz der Gesamtvertretung aus Absatz 1 des § 64 GO NW unterlaufen sein könnte. Das ist insbesondere dann nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass zwischen der Erteilung einer solchen Vollmacht und eines eventuellen Rechtsgeschäfts etliche Jahre liegen können. Bei Erteilung der konkreten Vollmacht gab es möglicherweise überhaupt noch keine Überlegungen der Entscheidungsträger in der Gemeinde, insbesondere des Bürgermeisters oder des Rates, ein solches Rechtsgeschäft zu tätigen. Dennoch würde der Bevollmächtigte dazu aufgrund der einmal erteilten Vollmacht ohne weiteres in der Lage sein. Eine Rückkoppelung mit den internen Entscheidungsträgern wäre dafür nicht mehr erforderlich, wenn man die grundsätzliche Trennung von Innen- und Außenverhältnis beibehält.

Vor diesem Hintergrund prüft der BGH nicht nur, ob eine den Voraussetzungen des § 64 Abs. 3 GO NW genügende Vollmachtsurkunde vorliegt, sondern darüber hinaus wird auch noch die besondere Schutzbedürftigkeit der Gemeinde im konkreten Einzelfall geprüft.

Der BGH schließt somit nicht grundsätzlich und für alle denkbaren Rechtsgeschäfte eine Vertretung der Gemeinde durch einen Bevollmächtigten nach § 64 Abs. 3 GO NW aus, sondern korrigiert gegebenenfalls im Einzelfall, indem zusätzlich noch geprüft wird, ob denn der Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GO NW – Gesamtvertretung – konkret unterlaufen sein könnte.

Wendet man diese Maßstäbe auf den vorliegenden Fall an, dann liegt zunächst eine den Formvorschriften genügende Vollmachtsurkunde vom 2.5.2003 vor. Es gab keine allgemein gehaltene, umfassende oder generelle Bevollmächtigung von Herr Gxxxx, sondern die Vollmacht enthielt insgesamt 9 Unterpunkte und erstreckte sich auf eine Vielzahl von konkret genannten Rechtsgeschäften. Weiterhin ist die Vollmachtsurkunde von der Bürgermeisterin und einem weiteren Vertreter der Gemeinde unterschrieben worden.

Darüber hinaus ist vorliegend eine Korrektur dieses Ergebnisses aufgrund des Schutzzwecks des § 64 GO NW nicht erforderlich. Denn der durch § 64 bezweckte Schutz der Gemeinde ist hier nicht tangiert. Der Rat der Antragsgegnerin hat den Kaufvertrag vom 9.8.2007 zuvor ausdrücklich in seiner Sitzung am 14.6.2007 beschlossen. Damit kann im Innenverhältnis eine bewusste Entscheidung in Bezug auf das konkret getätigte Rechtsgeschäft – notarieller Kaufvertrag vom 9.8.2007 – festgestellt werden. Die an sich erforderliche Gesamtvertretung wurde nicht unterlaufen, weil der Rat der Antragsgegnerin, als intern zuständiger Entscheidungsträger, bewusst und gewollt genau dieses Rechtsgeschäft abschließen wollte und einen entsprechenden Willen auch ausdrücklich geäußert hat. Die bereits im Jahre 2003 erteilte Vollmacht für Herr Gxxxx ist somit gedeckt durch den internen Willen der Gemeinde in Bezug auf das im Außenverhältnis auch tatsächlich geschlossene Rechtsgeschäft. Eines besonderen Schutzes der Gemeinde bedarf es in diesen Fällen dann nicht mehr, sondern dann reicht es aus, dass die Vollmacht dem § 64 Abs. 3 GO NW entspricht.

Eine besondere Schutzbedürftigkeit der Antragsgegnerin ergibt sich auch nicht aus der Möglichkeit eines schwerwiegenden Vergaberechtsverstoßes. Die Antragstellerin behauptet, dass der Antragsgegnerin durch andere vergleichbare Nachprüfungsver-

fahren schon frühzeitig bekannt war, dass es sich um einen ausschreibungspflichtigen Auftrag nach dem 4. Teil des GWB handeln könnte.

Legt man die Entscheidung des BGH vom 27.10.2008 zugrunde, so kommt es bei der Frage, ob die Gemeinde schutzbedürftig ist, wesentlich darauf an, ob interne Entscheidungsträger das im Außenverhältnis erfolgte Rechtsgeschäft „mittragen“ oder ob ihnen diese Vorgänge möglicherweise gar nicht bekannt sind. Es kommt nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft objektiv gesehen – beispielsweise wegen der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften- unwirksam sein könnte. Vielmehr ist die Wechselwirkung zwischen dem getätigten Rechtsgeschäft (Außenverhältnis) und der Entscheidung im Innenverhältnis innerhalb der Gemeinde für die Frage entscheidend, ob diese Gemeinde schutzbedürftig im Sinne der BGH Rechtsprechung ist. Nur eine solchermaßen verstandene Schutzbedürftigkeit ist gemeint, nicht aber eine generell davon losgelöste Schutzbedürftigkeit. Die Antragsgegnerin hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Zweifel an dem Rechtsgeschäft. Sie hat vielmehr intern durch maßgebliche Entscheidungsträger dieses Rechtsgeschäft mitgetragen, und zwar auch unabhängig von irgendwelchen Zweifeln hinsichtlich der Vergabepflichtigkeit solcher Aufträge. Insofern war sie nicht schutzwürdig.

(3) Die Kammer hält demgegenüber die anderen in den Schriftsätzen zitierten BGH Entscheidungen nicht für entscheidungsrelevant, weil den Fällen immer – gemessen an § 64 Abs. 3 GO NW- keine ordnungsgemäß erteilten Vollmachten zugrunde lagen. Vorliegend besaß Herr Gxxxx aber eine ordnungsgemäße Vollmacht, weil der Kreis der Geschäfte abgegrenzt war und auch das Formerfordernis eingehalten wurde.

(4) Weiterhin bleibt es dahingestellt, ob vorliegend eine Duldungsvollmacht angenommen werden kann. Die Antragsgegnerin hat Herr Gxxxx nicht wissentlich einfach als Vertreter für sich auftreten lassen und damit ein bestimmtes Verhalten geschehen lassen bzw. gebilligt, sondern sie hat ihn ausdrücklich mit Urkunde vom 2.5.2003 als Vertreter bevollmächtigt. Diese Bevollmächtigung konnte jederzeit, da als Urkunde vorhanden, nachgewiesen werden und war im Übrigen auch nicht unwirksam.

Letztlich würde man aber auch im Falle einer Duldungsvollmacht wiederum nach Auffassung des BGH, Urteil vom 27.10.2008, zu prüfen haben, ob nicht dennoch – also obwohl eine Duldungsvollmacht angenommen werden kann- der Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GO NW unterlaufen wird.

Im Ergebnis ist der notarielle Kaufvertrag jedenfalls nicht gemäß § 64 GO NW unwirksam. Darauf, ob der Vertrag anschließend zulässigerweise - auch noch nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens- ausdrücklich genehmigt werden konnte, kommt es folglich nicht mehr an. Insofern war die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nach § 114 Abs. 2 GWB nicht statthaft.

4.2 Der notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 ist auch deshalb nicht nichtig, weil ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EG Vertrag gegen die Antragsgegnerin eingeleitet wurde. Die EU Kommission hat die Möglichkeit im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens die Mitgliedstaaten zur Beachtung von Gemeinschaftsrecht anzuhalten. Der Kammer ist bekannt, dass ein solches Verfahren u.a. auch gegen die Antragsgegnerin wegen des vorliegenden Sachverhalts eingeleitet wurde.

Die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens kann dazu führen, dass ein Mitgliedstaat dazu aufgefordert wird, einen konkreten Verstoß gegen das Vergaberecht abzustellen. Dabei kann sich der Mitgliedsstaat nicht auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* berufen, sondern er bleibt gegenüber der Europäischen Kommission regresspflichtig, so lange der Vergabeverstoß aufrecht erhalten bleibt. Im Unterschied zu den Entscheidungen der Vergabenachprüfungsinstanzen kommt es in diesen Verfahren nicht auf eine prozessual zu prüfende Zulässigkeit eines Antrages an. Entscheidend ist vielmehr nur, ob tatsächlich ein Vergabeverstoß vorliegt.

Soweit dies durch den EuGH - vgl. dazu EuGH, 12.7.2005, C-304/02- festgestellt werden sollte, richten sich derartige Schadensersatzansprüche zunächst gegen die Bundesrepublik Deutschland, können aber über den Länderfinanzausgleich und der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen unmittelbar von dem öffentlichen Auftraggeber zu tragen sein, der den Vergaberechtsverstoß begeht.

Derartige Schadensersatzansprüche können aber nicht von einem privaten Unternehmen wie hier der Antragstellerin im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden, sondern diese müssten gegebenenfalls im Wege eines zivilprozessualen Klageverfahrens vor den ordentlichen Gerichten eingefordert werden.

Allein aus der Tatsache, dass somit ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wurde und ein solches Verfahren zu einer Nichtigkeit und Regressansprüchen führen kann, begründet deshalb kein Recht der Antragstellerin aus § 114 Abs. 2 GWB.

4.3 Der notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 ist – allein für sich genommen- auch nicht gemäß § 13 Satz 6 VgV für nichtig zu erklären, weil die Antragstellerin sich auf diese Vorschrift nicht berufen kann.

Nach Auffassung des BGH, 1.2.2005, X ZB 27/04 ist § 13 VgV analog anzuwenden, wenn die Beschaffung einer Leistung im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zur Beteiligung mehrerer Unternehmen, zu verschiedenen Angeboten und zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt hat. Dem Schutz des § 13 VgV unterfällt dabei jeder Antragsteller, der entweder formal als Bieter aufgetreten ist oder zumindest Interesse am Auftrag gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber bekundet hat, OLG Düsseldorf, 25.1.2005, Verg 93/04.

Das war vorliegend bei der Antragstellerin nicht der Fall. Sie hat nach eigenem Vortrag erst kurz vor Einleitung des Verfahrens Kenntnis von dem beabsichtigten Grundstücksverkauf erhalten und ist keinesfalls in irgendeiner Form vor dem Vertragsabschluss im Jahre 2007 gegenüber der Antragsgegnerin in Erscheinung getreten.

4.4 Für eine Sittenwidrigkeit des notariellen Kaufvertrages vom 9.8.2007 nach § 138 BGB sind keine zureichenden Anhaltspunkte hervorgetreten, so bereits das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.10.2008, Verg 35/08. Daran hat sich im Anschluss an diese Entscheidung nichts geändert. Allein die Tatsache, dass die Antragsgegnerin an ihrem Vertrag festhält und gegebenenfalls noch in Ergänzung dazu einen städtebaulichen Vertrag schließen möchte, macht das Rechtsgeschäft nicht sittenwidrig.

4.5 Der notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 ist auch nicht in Verbindung mit dem geplanten städtebaulichen Vertrag nichtig. Die Antragsgegnerin beabsichtigt noch einen weiteren Vertrag, und zwar einen städtebaulichen Vertrag mit der Beigelade-

nen abzuschließen, wobei dieser zusätzliche Vertrag wiederum ohne ein förmliches Vergabeverfahren abgeschlossen werden soll. In dem Verwaltungsvorgang befindet sich zumindest ein solcher Vertragsentwurf, wobei allerdings die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung zu erkennen gegeben hat, dass ihr dieser Vertragsentwurf gar nicht bekannt sei.

a) Der notarielle Kaufvertrag und der städtebauliche Vertrag sind vergaberechtlich als Einheit anzusehen, so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007, Verg 2/07. Denn es ist nicht nur auf den formell gerade zur Vergabe anstehenden Vertrag abzustellen, sondern es muss eine Zusammenschau verschiedener, aber zusammenhängender Verträge stattfinden. Anderenfalls könnten durch eine geschickte Gestaltung bestimmte Verträge sachwidrig aus der Geltung des Vergaberegimes ausgeschlossen und dessen Geltung leicht umgangen werden. Insofern ist auch für die Berechnung des Schwellenwertes nicht separat auf den städtebaulichen Vertrag, sondern auf die Gesamtbaumaßnahmen abzustellen.

b) Würde durch diesen städtebaulichen Vertrag der bestehende notarielle Kaufvertrag vom 9.8.2007 wesentlich geändert, so läge die Aufhebung eines Schuldverhältnisses und die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses vor. Nach § 311 Abs. 1 BGB können die Vertragsparteien zwar den Inhalt eines Schuldverhältnisses durch einen Vertrag ändern. Allerdings würde dieser Vertrag dann, wenn es sich um wesentliche Änderungen handelt, wiederum den vergaberechtlichen Anforderungen, also einer förmlichen Ausschreibung nach dem 4. Teil des GWB, unterliegen, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008, Verg 37/07.

Die Vergabestellen dürfen bestehende Verträge mit Bietern nicht einfach in wesentlichen Teilbereichen verändern und anschließend verlängern. Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen. Die Änderung während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären. Im Allgemeinen ist die Ersetzung des Vertragspartners, dem der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich erteilt hatte, durch einen neuen als Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des betreffenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen, so der EuGH, Entscheidung vom 19.6.2008, Rs. C-454/06.

c) Im Falle einer Neuvergabe des Auftrags würde dann die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte aus § 13 VgV geltend machen können. Denn ein solcher Vertrag wäre jedenfalls gegenüber der Antragstellerin, die mit dem Nachprüfungsantrag ihr Interesse an diesem Vertrag bekundet hat, unwirksam.

aa) Dabei kann ein Nachprüfungsverfahren schon mit Erfolg eingeleitet werden, wenn die Gefahr besteht, der öffentliche Auftraggeber werde einen öffentlichen Auftrag ohne ein nach dem 4. Teil des GWB vorgeschriebenes Vergabeverfahren vergeben. Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages setzt ein materiell schon begonnenes Vergabeverfahren voraus. Dies erfordert einerseits einen internen Be-

schaffungsentschluss des öffentlichen Auftraggebers, andererseits aber auch schon eine externe Umsetzung jener Entscheidung, die darin bestehen muss, dass der Auftraggeber in einer Weise, die geeignet ist, nach außen wahrgenommen zu werden, bestimmte Maßnahmen ergreift, um das leistende Unternehmen mit dem Ziel eines Vertragsschlusses zu ermitteln und auszuwählen, so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.10.2008, Verg 35/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.3.2009, Verg 67/08.

Aus dem Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin ergibt sich, dass sie ihre Planvorstellungen gemeinsam mit der Beigeladenen vorantreibt, indem nunmehr ein städtebaulicher Vertrag geschlossen werden soll. Diesbezüglich gibt es mehrere Entwürfe im Verwaltungsvorgang und es gibt auch keinen Zweifel an der Ernsthaftigkeit dieser geplanten Maßnahmen. Ein solcher städtebauliche Vertrag könnte wiederum – in Verbindung mit dem bereits vorhandenen notariellen Vertrag – rechtlich als ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB in der Form einer Baukonzession einzuordnen sein.

Ob das tatsächlich der Fall ist und ob die Voraussetzungen des § 99 Abs. 3 und Abs. 6 GWB in der Neufassung diese Schlussfolgerung zulassen, lässt die Kammer dahingestellt. Denn es liegen insgesamt nur unwesentliche Änderungen in Bezug auf den bereits geschlossenen notariellen Kaufvertrag vom 9.8.2007 vor.

bb) Nach Auftragserteilung können die Vergabestellen unwesentliche Änderungen in bestehenden Verträgen vornehmen, auch wenn sie dies wiederum, wie vorliegend durch einen Ergänzungsvertrag machen, so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2008, Verg 23/08.

Die beiden Verträge weichen inhaltlich nicht wesentlich voneinander ab, sondern der notarielle Kaufvertrag enthält den Rahmen für das geplante Vorhaben, während sich ausweislich des Entwurfs des städtebaulichen Vertrags dieser auf die Details im Bereich der erforderlichen Erschließung bezieht.

Im Einzelnen:

Die im notariellen Kaufvertrag unter § 4 aufgeführten Einzelmaßnahmen zur Erschließung werden durch den Vertragsentwurf eines städtebaulichen Vertrages aufgenommen und wie folgt ergänzt:

In Bezug auf die geplanten Hochbaumaßnahmen (§ 4 Abschnitt IV) beabsichtigt die Antragsgegnerin Einfluss zu nehmen auf die Außenfassaden (Klinker/ Glas), den Eingang, die Farbe der Fensterrahmen, Schallschutzmaßnahmen usw.

Weiterhin greift der Entwurf des städtebaulichen Vertrages die grundsätzliche Regelung zur wasserwirtschaftlichen Erschließung in § 4 Abschnitt III auf. Danach war der Käufer verpflichtet, eine Fläche für ein Regenrückhaltebecken vorzuhalten, wobei zunächst ein Stauraumkanal zu errichten war. Lediglich das im notariellen Kaufvertrag eingetragene Fertigstellungsdatum (30.6.2008) soll geändert werden. Weiterhin wird im Detail beschrieben, wohin das Oberflächenwasser von den Dachflächen und den Straßen hingeführt werden soll.

Weiterhin wurde im Kaufvertrag vom 9.8.2007 unter § 4 Abschnitt II Ziffer 2. d) aa) Bezug genommen auf eine verkehrliche Erschließung der rückwärtigen Hülstraße-Bengrundstücke. Diese Planung scheiterte an der fehlenden Grundstücksverfügbar-

keit und wird im Entwurf des städtebaulichen Vertrages anders geregelt. Die geplante öffentliche Verkehrsfläche soll nunmehr innerhalb des Vertragsgebietes angelegt werden. Aber auch dieser Gesichtspunkt war bereits im notariellen Kaufvertrag vom 9.8.2007 unter § 4 Abschnitt II Ziffer 2. d) bb) angelegt und stellt insofern keine wesentliche Änderung dar.

Auch die integrierte Parkebene lässt sich bereits aus dem Kaufvertrag aus § 4 Abschnitt II Ziffer 2. b) und c) entnehmen. Bereits dort verpflichtete sich die Beigeladene, mindestens 300 Stellplätze in der Parkieranlage der Einkaufseinrichtung zu errichten. Im Entwurf des städtebaulichen Vertrages wird lediglich noch verlangt, dass sich die Beigeladene während der Bauzeit um Ersatzstellplätze zu bemühen hat.

Schließlich werden im Entwurf des städtebaulichen Vertrages die straßenbaulichen Maßnahmen im Bereich der Otto-Wels-Straße aufgegriffen. In Ergänzung zu § 4 Abschnitt II Ziffer 2. a) werden nunmehr Detailforderungen zur Breite der Straße, Lichtzeichenanlagen für Fußgänger, Fahrbahnteiler usw. aufgenommen. Auch insofern lässt sich nur eine Konkretisierung aber keine wesentliche Änderung feststellen.

Insgesamt sind die bisher geplanten Maßnahmen im Entwurf des städtebaulichen Vertrages unproblematisch mit dem bereits vorliegenden notariellen Kaufvertrag in Einklang zu bringen.

Der geplante städtebauliche Vertrag stellt in der vorliegend bekannten Fassung lediglich eine Ergänzung und Konkretisierung des bestehenden Kaufvertrages vom 9.8.2007 dar, enthält aber keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen und ist deshalb einer vergaberechtlichen Nachprüfung entzogen.

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, die die Beigeladene nach Vertragsschluss im Jahre 2008 vorgenommen hat.

Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 19.6.2008, Rs. C-454/06, die die Kammer für zutreffend hält, stellt die Ersetzung eines Vertragspartners im Falle von öffentlichen Aufträgen im Allgemeinen eine wesentliche Vertragsänderung dar. Auch das OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 20.6.2001, Verg 3/01 und vom 12.1.2004, Verg 71/03, hat die Auffassung vertreten, dass die Veränderung der Vertragspartner nach Vertragsschluss eine Neuvergabe des Auftrages bedeuten kann, die wiederum ausschreibungspflichtig sei.

Weiterhin war das OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 18.10.2006, Verg 30/06, mehrfach der Auffassung, dass eine Umwandlung durch Verschmelzung des Bieterunternehmens auf ein anderes Unternehmen nach Abgabe des Angebots, aber vor Erteilung des Zuschlags, vergaberechtlich unzulässig ist. Ein solches Angebot kann von der Vergabestelle nicht mehr bezuschlagt werden, muss also aus der Wertung genommen werden, weil damit wesentliche vergaberechtliche Prinzipien des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht mehr gewahrt wären.

Denn die Vergabestelle hat möglicherweise Angaben und Erklärungen mit Vorlage des Angebots gefordert, wie bestimmte Zertifikate, die nach der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung nicht mehr sicher dem Bieter zugerechnet werden können.

Auch andere Eignungsnachweise in Bezug auf ein durch Verschmelzung aufgelöstes Unternehmen müssten neu erbracht bzw. beurteilt werden. Dies stört die Transparenz des Vergabeverfahrens und ebenso den fairen und chancengleichen Bieterwettbewerb.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der am 9.8.2007 geschlossene notarielle Kaufvertrag nicht unwirksam.

(1) Dass der städtebauliche Vertrag gegebenenfalls mit der xxxxxxxxxxxxxxxxGmbH & Co KG noch geschlossen wird, nicht aber mit der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxwal-tung GmbH & Co KG, weil diese nicht mehr existiert, hat vergaberechtlich für sich genommen, keine Auswirkungen. Denn beide Verträge sind vergaberechtlich als Einheit zu sehen.

(2) Insofern ist ausschließlich auf die Veränderungen des bisherigen notariellen Kaufvertrages abzustellen, und zwar unabhängig davon, ob der städtebauliche Vertrag noch geschlossen wird oder nicht. Diese Vertragsänderung ist unstrittig, weil die gesellschaftsrechtlichen Veränderungen bei der Beigeladenen mit Handelsregis-terauszug vom 17.9.2008 belegt sind.

Gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen, die vor Zuschlagserteilung zum Aus-schluss eines Angebots aus der Wertung führen können bzw. zum Ausschluss füh-ren, wenn die Person des Bieters dadurch tatsächlich ausgewechselt wird, führen nach Vertragsschluss nicht grundsätzlich zur Unwirksamkeit des geschlossenen Ver-trages.

Denn Hintergrund der o.g. Rechtsprechung ist, dass die Angebote nach Abgabe im Wettbewerb unverändert bleiben müssen. Ein Angebot kann nur so bezuschlagt werden, wie es vorgelegt wurde. Wenn aber wesentliche Vertragsbestandteile, wozu namentlich die künftigen Vertragsparteien, aber auch der Vertragsgegenstand und der Preis gehören, geändert werden, dann würde damit gegen das Nachverhand-lungsverbot aus § 24 VOL/A verstoßen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die gesell-schaftsrechtlichen Umstrukturierungen zivilrechtlich in Bezug auf das Angebot Aus-wirkungen haben oder ob die Umstrukturierungen vom Bieter offen gelegt wurden. Entscheidend ist, dass vergaberechtlich im Wettbewerb ein Angebot geändert wird, obwohl wesentliche Veränderungen am Angebot nach Abgabe nicht mehr zulässig sind. Der Wettbewerb soll fair, chancengleich und transparent für alle Bieter sein.

Nach Vertragsschluss ist der Wettbewerb aber abgeschlossen und kann somit jeden-falls durch einen Umstand, der erst nachträglich eingetreten ist, nicht mehr beein-trächtigt sein. Im Verhältnis zu den anderen am Wettbewerb teilnehmenden Bietern hat eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung nach Zuschlagserteilung insofern keine Auswirkungen. Die Vergabestelle hat auf ein Angebot eines Unternehmens, das sie als geeignet bewertet hat und auch ansonsten im Vergleich zu den anderen Angeboten ordnungsgemäß prüfen konnte, den Zuschlag erteilt und damit weder das Gleichbehandlungs- noch das Transparenzgebot verletzt.

Nach Zuschlagserteilung hat eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung beim Ver-tragspartner des öffentlichen Auftraggebers nur noch insoweit eine wettbewerbliche Relevanz, als sie Beschaffungsmaßnahmen der öffentlichen Hand unzulässig dem Wettbewerb entzieht, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 18.10.2006, Verg

soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen werden. Dabei ist das Verhalten des Berechtigten nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, so dass es nicht auf die subjektive Willensrichtung des Berechtigten ankommt. Die Verwirkung kann auch gegen den Willen des Berechtigten eintreten, da die an Treu und Glauben ausgerichtete objektive Beurteilung, nicht aber der Willensentschluss des Berechtigten entscheidend ist. Verwirkung kann daher selbst dann eintreten, wenn der Berechtigte keine Kenntnis von seiner Berechtigung hat, BGH, Urteil vom 27.6.1957, BGHZ 25, 52; BGH, Urteil vom 16.3.2007, V ZR 190/06; OLG Karlsruhe, 13.6.2008, 15 Verg 3/08.

Die Antragstellerin kann sich somit, obwohl sie nach eigenem Vortrag erst kurz vor ihrer „Rüge“ im April 2009 Kenntnis von diesen Vorgängen in Zusammenhang mit dem Grundstück erhalten haben will, auf § 242 BGB berufen.

b) Aber zugleich kommt es auch auf das Verhalten des Verpflichteten an, also der Antragsgegnerin. Ihr Verhalten ist unter dem rechtlichen Gesichtspunkt von Treu und Glauben ebenfalls zu beurteilen. Auch insoweit kommt es auf eine objektive Beurteilung an. Demzufolge, so der BGH a.a.O., kann sich ein Schuldner zur Abwehr eines gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen, wenn er sich selbst unredlich verhalten und dadurch die verspätete Geltendmachung des gegen ihn gerichteten Anspruchs veranlasst hat.

Die Kammer lässt es hier dahin gestellt, ob die Antragsgegnerin allein durch die Tatsache, dass sie in einem unregelmäßigen Vergabeverfahren und der damit einhergehenden Verhinderung, dass darauf bezogene Verhaltenspflichten der betroffenen Bieter zur Entstehung gelangen konnten, objektiv gesehen sich überhaupt noch auf die Verwirkung berufen kann.

Allerdings stellt die Verwirkung ein Sonderfall des Grundsatzes aus Treu und Glauben dar, so dass dieses Rechtsinstitut nur zur Anwendung kommen kann, wenn zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten eine „Verbindung“ feststellbar ist, aufgrund dessen sich solche Rechte und Pflichten überhaupt erst ergeben könnten. Bei der Antragsgegnerin müsste somit durch das Verhalten der Antragstellerin ein Vertrauenstatbestand in der Weise geschaffen worden sein, dass die nachfolgende Ausübung des Rechts vor dem Hintergrund der Untätigkeit als unvereinbar erscheinen lässt. Dies ist vorliegend nicht feststellbar, weil die Antragstellerin und die Antragsgegnerin – wie außer Streit steht – keine Verbindungen zueinander hatten. Die Antragstellerin trägt selbst vor, dass sie vor ihrer Rüge keine Kenntnis von dem „Auswahlverfahren“ zum Verkauf des Grundstückes gehabt habe und auch aus dem Verwaltungsvorgang ergibt sich nichts Gegenteiliges. Die Antragstellerin hat vor Einreichung der Rüge offensichtlich nichts mit der Antragsgegnerin zu tun gehabt.

Insofern kommt vorliegend das Rechtsinstitut der Verwirkung wohl nicht zur Anwendung.

6. Weiterhin kommt es dann auch nicht mehr darauf an, ob der Antragsgegnerin in Anbetracht der Neuregelung in § 99 Abs. 3 und Abs. 6 GWB überhaupt eine förmlich Ausschreibung nach dem 4. Teil des GWB auferlegt werden kann oder ob mittlerweile die Grundstücksgeschäfte der vorliegenden Art nicht mehr dem Vergaberechtsregime unterfallen.

7. Der Antrag auf Akteneinsicht in einen weiteren Aktenordner der Antragsgegnerin, und zwar dem Verwaltungsvorgang, der die Entwürfe des geplanten städtebaulichen Vertrages enthält, wird hiermit zurückgewiesen. Die Kammer hält die darin befindlichen Unterlagen für geheimhaltungsbedürftig im Sinne von § 111 GWB, weil es sich nicht um endgültige Verträge handelt, sondern lediglich um Entwürfe. Weiterhin wird in dem Aktenordner das Vorgehen der Antragsgegnerin auch in Bezug auf die Beigeladene dokumentiert, dass wiederum nicht offen gelegt werden sollte. Weiterhin hat die Kammer jedenfalls die geplanten inhaltlichen Änderungen vor dem Hintergrund einer möglichen Vergabepflichtigkeit in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert und darüber hinaus die dazu geplanten Details im vorliegenden Beschluss bewertet.

8. Der Hilfsantrag der Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Verwirkung musste hier nicht mehr entschieden werden. Denn die Kammer hat keine Verwirkung des Antragsrechts angenommen, sondern den Antrag aus anderen Gründen als unzulässig zurückgewiesen.

III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenen Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem geschätzten Gesamtinvestitionsvolumen von ca. 10 Mio. € ausgeht und mithin nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € ermittelt hat.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

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.

Diemon-Wies

Stolz

Hartmann