
Datum: 10.07.2024
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 11/24
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0710.VERG11.24.00

Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 18. März 2024 (VK 2 - 19/24) wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen zu tragen.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 65.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Gesellschafterin P. der Antragstellerin war im Rahmen einer EU-weiten Ausschreibung vom 14. Mai 2021 mit der Versetzung der Seelotsen auf See sowie deren Beförderung mit Versetzbooten zu Liegeplätzen an der Jade für den Zeitraum von Januar 2022 bis Dezember 2031 beauftragt worden (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...). Versetzdienste allein im Inneren des Hafensbereich X. waren nicht erfasst. Die Antragsgegnerin zu 1. erklärte am 4. September 2023 die außerordentliche Kündigung dieses Vertrages. Seit Ende August 2023 werden die Versetzdienste von dem Beigeladenen erbracht.

Die Vorhaltung, die Unterhaltung und der Betrieb von Lotseinrichtungen obliegt nach § 3 Abs. 1 SeeLG dem Bund. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 SeeLG kann der Bund den Lotsenbrüderschaften oder der Bundeslotsenkammer Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb

1

2

3

4

von Lotseinrichtungen übertragen oder damit natürliche oder juristische Personen beauftragen. Die Lotsenbrüderschaften und die Bundeslotsenkammer können ihrerseits nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SeeLG mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde juristische Personen des privaten Rechts beauftragen. Nach § 6 der Allgemeinen Lotsverordnung (ALV) ist die Durchführung von Betrieb und Unterhaltung der Lotseinrichtungen in den Seelotsrevieren Ems, Weser I, Weser II/Jade, Elbe, Nord-Ostsee-Kanal I und Nord-Ostsee-Kanal II/Kieler Förde/Trave/Flensburger Förde der Antragsgegnerin zu 2. übertragen worden.

Zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und dem Beigeladenen besteht seit dem 15. Dezember 1998 ein von der Antragsgegnerin zu 1. genehmigter Vertrag, in dem die Antragsgegnerin zu 2. dem Beigeladenen den Betrieb der Lotseinrichtungen übertragen hat. In § 1 Abs. 1 Satz 2 dieses Vertrages hat sich der Beigeladene zur Ausführung des Betriebs der Lotseinrichtungen in den Seelotsrevieren Ems, Weser I, Weser II/Jade, Elbe, Nord-Ostsee-Kanal I und Nord-Ostsee-Kanal II/Kieler Förde/ Trave/Flensburger Förde verpflichtet, wobei der Betrieb der Lotseinrichtungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 auch das Versetzen und Ausholen der Seelotsen an den in den Lotsverordnungen ausgewiesenen Positionen umfasst. Bei der Ausführung seiner in dem Vertrag übernommenen Verpflichtungen hat der Beigeladene nach § 5 Abs. 1 die Weisungen des Bundes, also der Antragsgegnerin zu 1., zu befolgen. Zur Finanzierung der Aufgaben werden nach § 4 Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt, das Aufstellen und die Genehmigung des Wirtschaftsplans sind in den von der Antragsgegnerin zu 1. erlassenen Besonderen Bewirtschaftungsgrundsätzen für den Betrieb und die Unterhaltung von Lotseinrichtungen durch die Bundeslotsenkammer und den Lotsbetriebsverein geregelt. Es gilt das Prinzip der Kostenerstattung. Der auf unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag kann nach § 11 von beiden Seiten mit dreimonatiger Frist zum Ende des auf die Kündigung folgenden Jahres gekündigt werden. 5

Die Antragstellerin hat mit Anwaltsschriftsatz vom 31. Januar 2024 den vorliegenden Nachprüfungsantrag eingereicht, mit dem sie eine Vergabe der Lotsversetzdienstleistungen am oder um den 28. August 2023 ohne EU-weites Vergabeverfahren an den Beigeladenen beanstandet. Die Abstimmungen zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und dem Beigeladenen über die Übernahme der ursprünglich ausgeschriebenen und von ihrer Gesellschafterin P. erbrachten Lotsversetzleistungen seien zwangsläufig auf einen Austausch vertraglicher Willenserklärungen gerichtet gewesen, auch § 6 Abs. 2 Satz 2 SeeLG spreche von einer Beauftragung. Jedenfalls bei funktionaler Betrachtungsweise sei ein öffentlicher Auftrag gegeben. Ausschlaggebend sei der geldwerte Vorteil, den der Beigeladene aufgrund der besonderen Bewirtschaftungsgrundsätze von der Antragsgegnerin zu 1. erhalte. Für eine Inhousevergabe fehle es an einer hinreichenden Kontrollmöglichkeit, auch sei der Beigeladene für verschiedene öffentliche Auftraggeber tätig, da die Versetzung von Hafenslotsen in die Zuständigkeit der Länder falle. Im Bereich der Versetzung von Hafenslotsen gelte das SeeLG ohnehin nicht, dieses werde auch vom Vertrag von 1998 nicht erfasst. 6

Die Antragsgegnerinnen haben den Nachprüfungsantrag als bereits unstatthaft erachtet, ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB sei nicht gegeben. Es handele sich um ein vergaberechtlich neutrales Eigengeschäft, bei dem der Beigeladene aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen nach § 6 Abs. 2 SeeLG i. V. m. § 6 ALV mit dem Betrieb der Lotseinrichtungen betraut sei, soweit diese - etwa wegen Ausfalls des privaten Dienstleisters - anders nicht gewährleistet sei. Dementsprechend erhalte der Beigeladene auch kein Entgelt, sondern werde über haushaltsrechtliche Zuwendungen auf der Grundlage des von der Antragsgegnerin zu 2. aufzustellenden Wirtschaftsplans im Sinne einer exakten Kostenerstattung finanziert. Alle Versetzdienstleistungen lägen im Bereich der Bundeswasserstraße, im inneren Hafenbereich und damit im Bereich der Zuständigkeit des 7

Landes O. fänden Versetzdienstleistung nicht statt.

Die Vergabekammer hat den auf Feststellung der Unwirksamkeit der Verträge oder Rahmenverträge zwischen den Antragsgegnerinnen und dem Beigeladenen über Lotsversetzdienste und deren Beförderung zu den Liegeplätzen an der Jade sowie der Einzelabrufe aus diesen gerichteten Nachprüfungsantrag verworfen und zur Begründung ausgeführt, der Antrag sei unstatthaft, da bereits kein dem 4. Teil des GWB unterfallender öffentlicher Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB gegeben sei. Es fehle an der erforderlichen Entscheidungsfreiheit und der Begründung einklagbarer gegenseitiger Leistungspflichten. Die Antragsgegnerin zu 1. habe gestützt auf ihre fachaufsichtliche Weisungskompetenz den Beigeladenen durch hoheitliche Anordnung vom 28. August 2023 zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe der Durchführung der Lotsversetztätigkeit an der Jade verpflichtet, um ein funktionierendes Lotswesen sicherzustellen. Ein Entgelt werde nicht gewährt, die Aufgabe werde mit Haushaltsmitteln des Bundes finanziert. Zuwendungen, die einem Zuwendungsempfänger zur Bewirtschaftung von Tätigkeiten bewilligt und die bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen seien, seien nach Erwägungsgrund 4 der Vergaberichtlinie in der Regel keine öffentlichen Aufträge. Sowohl die Antragsgegnerin zu 2. als auch der Beigeladene unterstünden nach § 6 Abs. 3 SeeLG, der für die Bundeswasserstraße Jade gelte, der Fachaufsicht der Antragsgegnerin zu 1. beziehungsweise der diese hier vertretenden Generaldirektion. Selbst bei Annahme eines öffentlichen Auftrags seien aber jedenfalls die Voraussetzungen einer nicht dem Vergaberechtsregime unterliegenden Inhouse-Vergabe erfüllt. Aufgrund der gegenüber dem Beigeladenen bestehenden Aufsichtsmöglichkeit über die Antragsgegnerin zu 1. über diesen eine vergleichbare Kontrolle aus, wie über ihre eigenen Dienststellen; die Voraussetzung, dass Private nicht kapitalmäßig beteiligt sein dürften, diene der Verhinderung der wirtschaftlichen Bevorzugung Privater, was bei Mitgliedern des verkammerten Berufsstands der Seelotsen nicht drohe.

8

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Vergabekammer unterscheide schon nicht zwischen den Versetzdienstleistungen der See- und der Hafenslotsen. Das Seelotsgesetz gelte nur für Seelotsen, die in § 1 SeeLG als orts- und schiffskundige Berater auf Seeschiffahrtsstraßen außerhalb der Häfen legaldefiniert seien. Mit Einrichtung und Unterhalt des Lotswesens im Hafen X. sei der Bund lediglich aufgrund einer Verwaltungsvereinbarung von 1976 beauftragt. So oder so sei ein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB gegeben, weil bereits die vermeintliche Aufgabenübertragung auf den Beigeladenen auf Grundlage des Vertrages vom 15. Dezember 1998 ein öffentlicher Auftrag sei. Der Antragsgegnerin zu 2. sei nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SeeLG lediglich zur Beauftragung juristischer Personen berechtigt. Das Gesetz unterscheide bewusst zwischen der nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 SeeLG möglichen Übertragung der Aufgabe auf die Antragsgegnerin zu 2. und der nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 und Satz 2 SeeLG möglichen Beauftragung juristischer Personen privaten Rechts. Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 sei auch ein entgeltlicher Vertrag. Der Begriff der Entgeltlichkeit sei weit zu verstehen und erfasse auch die vorliegende Zurverfügungstellung von Sach- und Geldmitteln zur Durchführung der vertraglich vereinbarten Leistungen auf der Grundlage der Besonderen Bewirtschaftungsgrundsätze. Für die Beauftragung der Beigeladenen am 28. August 2023 gelte Gleiches, da für eine Übertragung im Wege der Weisung kein Raum sei. Abgesehen davon, dass die in § 6 Abs. 3 Satz 2 SeeLG auf juristische Personen erstreckte Fachaufsicht die direkte Beauftragung juristischer Personen nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SeeLG ohnehin nicht erfasse, regle eine fachaufsichtliche Weisung lediglich das „Wie“ des Handelns, nicht aber das „Ob“ der Ausführung neuer Aufgaben. Im Übrigen gelte das Instrument der Erteilung von Weisungen gegenüber der

9

außerhalb der öffentlichen Verwaltung stehenden Beigeladenen ohnehin nicht. Jedenfalls aber die Versetzung von Hafenslotsen werde von der Fachaufsicht über das Seelotswesen nicht erfasst. Es sei auch keine Inhouse-Vergabe gegeben; es fehle an der erforderlichen Kontrolle über den Beigeladenen, die Antragsgegnerin zu 1. sei weder in dessen Vorstand noch in der Mitgliederversammlung vertreten. Gleiches gelte für die Organe der Antragsgegnerin zu 2.

- Die Antragstellerin beantragt, 10
1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 18. März 2024 - VK 2-19/24 - aufzuheben; 11
 2. festzustellen, dass der (Rahmen-)Vertrag über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und dem Beigeladenen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben; 12
 3. festzustellen, dass alle Einzelabrufe im Rahmen des (Rahmen-) Vertrages über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und dem Beigeladenen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam sind und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Einzelabrufe bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben; 13
 4. hilfsweise, festzustellen, dass die übereinstimmende Übertragung der Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und dem Beigeladenen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 2. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben; 14
 5. festzustellen, dass der (Rahmen-)Vertrag über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und dem Beigeladenen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 2. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben; 15
 6. festzustellen, dass alle Einzelabrufe im Rahmen des (Rahmen-) Vertrages über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 2. und dem Beigeladenen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam sind und der Antragsgegnerin zu 2. aufzugeben, die Einzelabrufe bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben; 16
 7. hilfsweise, festzustellen, dass die übereinstimmende Übertragung der Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragsgegnerin zu 2. gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten 17

Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;	
8. festzustellen, dass der (Rahmen-)Vertrag über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragsgegnerin zu 2. gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;	18
9. festzustellen, dass alle Einzelabrufe im Rahmen des (Rahmen-) Vertrages über Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragsgegnerin zu 2. gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam sind und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Einzelabrufe bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;	19
10. hilfsweise, festzustellen, dass die übereinstimmende Übertragung der Lotsenversetzdienste der Lotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragsgegnerin zu 2. gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist und der Antragsgegnerin zu 1. aufzugeben, die Leistungen bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in einem europaweiten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;	20
11. hilfsweise zu 2. bis 10. mit der Maßgabe, dass der Antrag jeweils auf die Versetzung von Hafenslotsen beschränkt ist:	21
12. hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um ihre Rechte in Bezug auf die Leistungen der Lotsenversetzdienste auf See und der Hafenslotsen und deren Beförderung zu Liegeplätzen an der Jade zu wahren;	22
13. ihr weitergehende Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;	23
14. der Antragsgegnerinnen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen;	24
15. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.	25
Die Antragsgegnerin zu 1. beantragt,	26
1. die Anträge zurückzuweisen;	27
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.	28
Die Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladene beantragen,	29
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.	30
Die Antragsgegnerin zu 1., deren Ausführungen sich die Antragsgegnerin zu 2. und der Beigeladene angeschlossen haben, verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Ihre Zuständigkeit nach § 3 Abs. 1 SeeLG erstreckt sich auf die gesamte Seeschiffahrtsstraße Jade gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 SeeSchStrO, ausgenommen sei nach § 1 Abs. 4 Satz 2 WaStrG lediglich der durch Leitdämme und Molen ausgrenzbare innere Hafenbereich des	31

Hafens X. Daran ändere die Ausweisung weiterer Hafenbereiche in der Allgemeinverfügung des Landes O. nichts; diese diene lediglich der Wahrnehmung der Landesaufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr, lasse aber nach § 3 NHafenO die Zuweisung nach der Seeschiffahrtsstraßenordnung unberührt. In die Landeszuständigkeit fallende Lotsenversetzdienste von (Landes-)Hafenlotsen gebe es im Bereich der Jade folglich nicht, da im inneren Hafenbereich des Hafens X. keine Versetztätigkeit stattfinde. Es gebe im Bereich der an der Jade gelegenen Häfen keine reinen Hafenlotsen, deren Tätigkeiten würden von Seelotsen mitverrichtet. Anwendung fänden daher allein die Bestimmungen des SeeLG, insbesondere dessen § 6, der ALV, und des Vertrages vom 15. Dezember 1998. In diesem Vertrag werde der Beigeladene uneingeschränkt mit dem Betrieb der Lotseinrichtungen und der Durchführung der Lotsversetzdienste beauftragt, wobei er zur Beachtung ihrer Weisungen verpflichtet sei. Auf dieser Grundlage erfolgten seit dem 28. August 2023 die Lotsversetzungen durch den Beigeladenen, die dieser nach Beendigung der Versetztätigkeit durch die P. automatisch wieder zu übernehmen hatte; seine Zuständigkeit sei schlicht wieder aufgelebt. Sinn und Zweck der Regelung sei gerade die Vermeidung von Vakanzen im Bereich der kritischen Infrastruktur des Lotsversetzwesens. Von daher sei der Beigeladene von ihr am 28. August 2023 auch lediglich kurz informiert worden, was keinen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB begründe. Zumindest seien die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe gegeben, da der Beigeladene ihrer Fachaufsicht unterliege und daher ebenso wie eine eigene Dienststelle von ihr kontrolliert werde, zumal auch die finanzwirksame Kontrolle über die Bewirtschaftungsgrundsätze sichergestellt sei.

Der Senat hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert. Die Antragsgegnerin zu 1. hat auf Nachfrage ihre Auffassung bekräftigt, der Vertrag vom 15. Dezember 1998 sei eine in Vertragsform gegossene Handlungsanweisung. Auf der Grundlage des Vertrages habe der Beigeladene Versetzdienstleistungen ausgeführt, bis diese 2011 erstmals für zehn Jahre an ein privates Unternehmen vergeben worden seien. Die Versetzdienstleistungen seien aber gleichwohl originäre Aufgabe des Beigeladenen geblieben, der weiter subsidiär leistungspflichtig geblieben sei. Falle der private Dienstleister aus, komme es zu einem automatischen Rückfall auf den Beigeladenen. So habe der Beigeladene im Zeitraum von Januar bis März 2022 die Versetzleistungen erbracht, weil die P. erst am 1. April 2022 leistungsbereit gewesen sei. Auch am 28. August 2023 habe sie den Beigeladenen lediglich informiert, dass ein Ausfall des privaten Dienstleisters drohe, womit er nach dem Vertrag vom 15. Dezember 1998 wieder verpflichtet sei. Der Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, er werde auf Weisung tätig, seine Vergütung sei behördlich ausgestaltet, sein diesbezüglicher Handlungsspielraum auf Null reduziert. Die Antragstellerin ist dem mit dem Vortrag entgegengetreten, der Vertrag vom 15. Dezember 1998 sei ein zivilrechtlicher, was auch die Gerichtsstandsvereinbarung zeige. Dieser habe während der Vergabe geruht. Seine Scharfstellung stelle eine Willenserklärung dar, durch die ein neuer öffentlicher Auftrag begründet worden sei. Dabei habe der Beigeladene auch „Nein sagen“ und kündigen können. Der Senat hat daraufhin nach Beratung die Beteiligten darüber in Kenntnis gesetzt, dass er den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen in Ermangelung eines öffentlichen Auftrags nicht für eröffnet erachte. Es fehle an einem Vertragsschluss im August 2023, weil zwischen den Antragsgegnerinnen und dem Beigeladenen bereits seit 1998 ein Vertrag bestehe, der den Beigeladenen zur Erbringung der Lotsversetzdienste verpflichte. Der bloße Verweis auf eine bereits bestehende Vereinbarung könne nicht als öffentlicher Auftrag qualifiziert werden, es fehle an einer auf die Begründung der Verpflichtung gerichteten zweiseitigen Willensübereinkunft.

32

33

Die Antragstellerin hat hierzu mit nachterminlichem Schriftsatz vom 27. Juni 2024 Stellung genommen. Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 könne nicht dazu dienen über Jahrzehnte immer wieder konkrete Leistungsabrufe vergabefrei zu ermöglichen. Zwar könne die Antragsgegnerin zu 1. auf der Basis dieser Vereinbarung durch einseitige Willenserklärung Einzelaufträge abrufen, Einzelabrufe nach dem Bedarf des Auftraggebers seien typisch für den Abruf von Leistungen aus einer Rahmenvereinbarung. Bei jedem Einzelabruf handele es sich aber um einen öffentlichen Auftrag, der der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich sei. Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 sei als Rahmenvereinbarung einzustufen, da es an der für ein Dauerschuldverhältnis erforderlichen beständigen Pflichtanspannung und kontinuierlichen Leistungsbereitschaft des Sachschuldners fehle. Im Versetzkonzept des Beigeladenen seien gar keine Kapazitäten vorgehalten worden. Aus einem Rahmenvertrag könnten aber nicht unbegrenzt Leistungen abgerufen werden, auch sei eine Höchstdauer von vier Jahren festgelegt. Verträge unbestimmter Dauer widersprüchen den Zielen des Vergaberechts. Von daher könne ihr auch die ihrem rechtlichen Gehör dienende Akteneinsicht nicht vorenthalten werden.

II. 34

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. 35

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag verworfen hat. 36

2. In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag, mit dem die Antragstellerin die Unwirksamkeit eines von der Antragsgegnerin zu 1. - gegebenenfalls mittelbar durch die Antragsgegnerin zu 2. - dem Beigeladenen am oder um den 28. August 2023 erteilten (Rahmen-)Vertrages über Versetzdienstleistungen für Lotsen und der Einzelabrufe aus einem Rahmenvertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB festgestellt wissen möchte, ist unstatthaft. Der Rechtsweg zur Vergabekammer (§§ 160 ff. GWB) und dem erkennenden Vergabesenat (§§ 171 ff. GWB) ist in Ermangelung eines am oder um den 28. August 2023 erteilten öffentlichen Auftrags nicht eröffnet. 37

Aus §§ 155, 156 Abs. 2 GWB folgt, dass im Sinne einer aufdrängenden Rechtswegzuweisung nur die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern unterliegt (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2018, VII-Verg 40/18, NZBau 2019, 332 Rn. 29 - Grippeimpfstoffe; Horn/Hofmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 155 GWB Rn. 5). Demzufolge ist auch ein auf § 135 Abs. 1 GWB gestützter Nachprüfungsantrag nur dann statthaft, wenn es sich bei dem vergebenen Auftrag um einen öffentlichen Auftrag handelt (Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2018, VII-Verg 40/18, NZBau 2019, 332 Rn. 33 - Grippeimpfstoffe). Daran fehlt es hier. 38

a) Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 103 GWB näher bestimmt. Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. 39

Für das Vorliegen eines Vertrags nach § 103 Abs. 1 GWB ist die grundsätzliche Gleichordnung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sowie die Einhaltung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit entscheidend, beim Fehlen einer freiwilligen zweiseitigen 40

Vereinbarung kann ein Vertrag nicht bejaht werden (Röwekamp in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl., § 130 *GWB Rnrrn.* 103, 104). Beide Vertragsparteien müssen in der Entscheidung frei sein, ob und mit wem der Vertrag geschlossen werden soll, was eine Auswahlmöglichkeit im Hinblick auf den Vertragspartner bedingt (Hüttinger in Burgi/Dreher/Opitz, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 4. Aufl. 2022, § 103 *GWB Rn.* 90). Die Auswahl eines Angebots und somit eines Auftragnehmers durch den öffentlichen Auftraggeber stellt ein Element dar, das mit dem durch die Vergabe-Richtlinie 2014/24/EU geschaffenen Rahmen für öffentliche Aufträge und folglich mit dem Begriff „öffentlicher Auftrag“ untrennbar verbunden ist (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, *NZBau* 2016, 441 *Rnrrn.* 38, 40 - Dr. Falk Pharma; vgl. auch EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, *NZBau* 2018, 366 *Rn.* 30 - Maria Tirkkonen). Jede der Vertragsparteien muss zudem auf den Inhalt des abzuschließenden Vertrages Einfluss ausüben können (Röwekamp in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl., § 130 *GWB Rn.* 103), da ansonsten eine freiwillige zweiseitigen Vereinbarung ebenfalls nicht gegeben ist. Die Voraussetzung des Bestehens eines Vertrags ist nicht erfüllt, wenn eine Partei weder im Hinblick auf die Ausführung des Auftrags noch im Hinblick auf die für die Leistungen geltenden Gebühren über irgendeinen Spielraum verfügt (EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, C-220/06, *NZBau* 2008, 189 *Rn.* 51 - Asociación Profesional [Postdienste]; EuGH, Urteil vom 19. April 2007, C-295/05, *NZBau* 2007, 381 *Rn.* 54 - Asemfo/Tragsa). Sie muss über die Möglichkeit verfügen, den konkreten Inhalt der zu erbringenden Leistungen und die für diese geltenden Tarife auszuhandeln und sich von den Verpflichtungen aus der Vereinbarung zu befreien (EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, C-220/06, *NZBau* 2008, 189 *Rn.* 54 - Asociación Profesional [Postdienste]).

b) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen kann die Information der Antragsgegnerin zu 1. vom 28. August 2023 gegenüber dem Beigeladenen, dass ein Ausfall des privaten Dienstleisters P. drohe, womit er seiner Verpflichtung zur Versetzung der Seelotsen aus dem Vertrag mit der Antragsgegnerin zu 2. vom 15. Dezember 1998 nachzukommen habe, nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 *GWB* qualifiziert werden. 41

aa) Am 28. August 2023 ist kein Vertrag abgeschlossen worden, es fehlt an einer auf die Begründung der Verpflichtung des Beigeladenen gerichteten, freiwilligen zweiseitigen Willensübereinkunft. Der bloße Verweis auf eine bereits bestehende vertragliche Verpflichtung begründet keinen neuen Vertrag. 42

Die Antragsgegnerin zu 2. hat bereits 1998 von der ihr in § 6 Abs. 2 Satz 2 *SeeLG* eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht und den Beigeladenen mit dem Betrieb der Lotseinrichtungen beauftragt, der ihr nach § 6 Abs. 2 Satz 1 *SeeLG* i. V. m. § 6 *ALV* von der Antragsgegnerin zu 1. übertragen worden war. Nach § 2 Nr. 2 i. V. m. § 1 Abs. 1 des Vertrages vom 15. Dezember 1998 ist der Beigeladene zum Versetzen und Ausholen der Seelotsen unter anderem im Seelotsrevier Weser II/Jade verpflichtet, wobei er nach § 5 Abs. 1 des Vertrages die Weisungen der Antragsgegnerin zu 1. zu befolgen hat. Diese Leistung hat er auch bis 2011 erbracht. 43

Durch die erstmalige Vergabe der Versetzleistungen im Seelotsbezirk Jade an ein privates Unternehmen im Jahr 2011 ist die Leistungspflicht des Beigeladenen nicht beendet worden, sondern sie existiert als subsidiäre Leistungspflicht für den Fall des Ausfalls des Primärverpflichteten fort. Es ist zulässig und kann sogar geboten sein, mit besonders systemrelevanten Tätigkeiten im Bereich der kritischen Infrastruktur mehrere Einrichtungen oder Unternehmen zu beauftragen, um die Gefahr eines Leistungsausfalls zu minimieren. Dabei kann zwischen den Verpflichteten auch ein Stufenverhältnis bestehen, bei der der 44

Sekundärverpflichtete bei Ausfall des Primärverpflichteten automatisch die Leistungserfüllung aufzunehmen hat.

Dieses Vertragsverständnis einer fortbestehenden subsidiären Leistungspflicht des Beigeladenen zeigte sich in der Erbringung der Versetzleistungen im Zeitraum Januar bis März 2022, weil die P. den am 31. Dezember 2021 ausgelaufenen Auftrag von 2011 nicht nahtlos übernehmen konnte, sondern erst am 1. April 2022 leistungsbereit war. Diese in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Leistungserbringung durch den Beigeladenen ist seitens der Antragstellerin, deren zuständiger Geschäftsführer anwesend war, unbestritten geblieben. Dass alternativ möglicherweise auch eine Interimsvergabe möglich gewesen wäre, ändert an dem Rückgriff auf den Beigeladenen als subsidiär Verpflichteter nichts. 45

Demzufolge hat die Antragsgegnerin zu 1. den Beigeladenen am 28. August 2023 schlicht darauf hingewiesen, dass er nach Ausfall der P. im Rahmen seiner subsidiäre Leistungspflicht seine Verpflichtung zur Versetzung von Seelotsen im Seelotsbezirk Jade aus dem Vertrag vom 15. Dezember 1998 zu erfüllen hat. Weder in der Aufforderung, einer bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtung nachzukommen, noch in der Bereitschaft des Verpflichteten, seinen Vertragspflichten in Zukunft zu genügen, liegen jedoch auf den Abschluss eines (neuen) Vertrages gerichtete Willenserklärungen. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges gerichtet ist (BGH, Urteil vom 24. Mai 1993, II ZR 73/92, NJW 1993, 2100). Die bloße Erinnerung an eine bereits bestehende vertragliche Verpflichtung ist von daher keine Willenserklärung. 46

Im Hinblick auf die Person des Beigeladenen fehlte es im Übrigen auch an jedwedem Verhandlungsspielraum. Da dieser vertraglich bereits verpflichtet war, konnte er auf den konkreten Inhalt der von ihm zu erbringenden Leistungen nicht mehr Einfluss nehmen. Entsprechendes galt für die für seine Leistungen geltenden Tarife, die sich nach § 4 Abs. 1 des Vertrages nach den Besonderen Bewirtschaftungsgrundsätzen der Antragsgegnerin zu 1. richten. Der Beigeladene konnte auch nicht „Nein sagen“, indem er sich der Verpflichtung durch Kündigung entzieht. Soweit der Vertrag nach § 11 gekündigt werden kann, hätte eine Kündigung erst zum Ablauf des Folgejahres, also zum Ablauf des Jahres 2024 Wirkung entfaltet. 47

c) Es handelt sich bei dem Vertrag vom 15. Dezember 1998 auch nicht um eine Rahmenvereinbarung, die wegen Zeitablaufs oder Erreichen einer Höchstmenge ihre Wirkung verloren hätte und aus der vergaberechtskonforme Einzelabrufe nicht mehr erfolgen könnten. Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 ist ein Dauerschuldverhältnis, der die im Einzelnen zu erbringenden Versetzleistungen umfasst. 48

Rahmenvereinbarungen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB i.V.m. § 21 VgV sind gemäß § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB, Art. 33 Abs. 1 UAbs. 2 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU Vereinbarungen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Auf Basis der Rahmenvereinbarung ruft der öffentliche Auftraggeber zu einem späteren Zeitpunkt Einzelaufträge ab, während bei einer Ausschreibung eines Auftrags der Zuschlag für die konkrete Leistung vergeben wird (Senatsbeschlüsse vom 28. September 2022, VII-Verg 2/22, juris Rn. 79, und vom 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19, BeckRS 2020, 47402 Rn. 53; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 103 GWB Rn. 136). Vorliegend legt der Vertrag vom 15. Dezember 1998 nicht die Bedingungen für die Erbringung und die Abrechnung einzeln abzurufender Lotsenversetzdienste fest, sondern der Beigeladene hat den Betrieb der Lotseinrichtungen einschließlich der anfallenden Versetzleistungen der Seelotsen durchgängig und damit eine 49

konkrete Leistung zu gewährleisten. Dabei erhält er auch keine allein an den erbrachten Versetzeleistungen ausgerichtete Vergütung, sondern alle durch das Bereithalten und Ausführen seiner Leistungen verursachten Kosten werden ihm im Rahmen der von der Antragsgegnerin zu 1. erlassenen Besonderen Bewirtschaftungsgrundsätzen erstattet. Nicht umsonst war auch der 2021 an die Gesellschafterin der Antragstellerin P. vergebene Auftrag über die Versetzeleistungen ein Dienstleistungsauftrag in der Form eines Dauerschuldverhältnisses.

An der rechtlichen Einordnung des Vertrages vom 15. Dezember 1998 als einem Dauerschuldverhältnis ändert der Umstand, dass der Beigeladene die Versetzeleistungen nicht durchgehend selbst erbracht hat, nichts. Hierin liegt kein Widerspruch zu dem Grundsatz, dass bei einem Dauerschuldverhältnis dauernde Leistungen geschuldet sind (Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 103 Rn. 59), was eine ständige Pflichtenanspannung des Schuldners voraussetzt (Gaier in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 10), weshalb das Dauerschuldverhältnis durch seine zeitliche Dimension und das Merkmal der ständigen Pflichtenanspannung gekennzeichnet ist (Braun in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 133 Rn. 6). Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 normiert eine subsidiäre Leistungspflicht des Beigeladenen für den Fall des Ausfalls des Primärverpflichteten. Die geforderte Pflichtenanspannung ist hier zunächst die sekundäre Bereitschaft, der Beigeladene hat sich dauernd bereit zu halten, bei Ausfall des primär verpflichteten Dienstleisters automatisch die Versetzeleistungen zu erbringen. Ob die hierfür bereit zu haltenden Kapazitäten tatsächlich vorhanden sind, ist keine Frage der Vertragsgestaltung, sondern der tatsächlichen Leistungsfähigkeit. Allerdings war der Beigeladene ersichtlich sowohl im Zeitraum Januar bis März 2022 sowie ab dem 28. August 2023 hinreichend leistungsfähig wie die unstreitig lückenlose Sicherstellung der von der P. noch nicht beziehungsweise nicht mehr erbrachten Versetzeleistungen zeigt.

50

Ein auf unbestimmte Dauer geschlossenes Vertragsverhältnis verliert nicht irgendwann ohne Weiteres seine Wirkung; derartiges gilt nur bei der Erreichung der Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, C-274/21, NZBau 2022, 670 Rn. 69 - Unzulässige Überschreitung der Rahmenvertragshöchstmenge; OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22, BeckRS 2022, 37797 Rn. 40). Das europäische und das deutsche Vergaberecht kennen außerhalb der speziellen Vierjahresgrenze für Rahmenverträge nach § 21 Abs. 6 VgV - beziehungsweise 8 Jahren nach § 19 Abs. 3 SektVO - sowie der ebenso speziellen Dreijahresgrenze für zusätzliche Lieferungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV keine allgemeine Regelung zu einer maximalen Vertragsdauer (Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 103 Rn. 53). Zwar ist die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags an und für sich der Systematik und den Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd. Trotzdem verbietet auch das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06 NZBau 2008, 518 Rn. 73, 74 - presstext).

51

d) Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 erfasst auch die Versetzung von mit Hafentätigkeiten befassten Lotsen, weil es sich bei diesen auch um Seeloten handelt, da auf den inneren Hafenbereich des Hafens X. beschränkte Versetztätigkeiten nicht stattfinden. Nach § 1 Satz 1 SeeLG ist Seelotse, wer nach behördlicher Zulassung berufsmäßig auf Seeschiffahrtstraßen außerhalb der Häfen Schiffe als orts- und schiffahrtkundiger Berater geleitet. Ein zugelassener Lotse, der außerhalb eines Hafens auf ein Schiff versetzt wird und dieses sodann über die Seeschiffahrtstraße in den Hafen geleitet, übt folglich zunächst eine

52

Seelotstätigkeit aus. Daran ändert die nachfolgende Begleitung im Hafen nichts.

Die Jade ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SeeSchStrO, § 1 Abs. 4 Satz 1 WaStrG insgesamt 53 SeeschiffsstraÙe beziehungsweise SeewasserstraÙe, weil es sich um eine WasserfläÙe zwischen der Küstenlinie bei mittlerem Hochwasser oder der seewärtigen Begrenzung der BinnenwasserstraÙen und einer Linie von drei Seemeilen Abstand seewärts der Basislinie handelt. Ausgenommen aus dem Bereich SeewasserstraÙen Jade sind nach § 1 Abs. 4 Satz 2 WaStrG lediglich die Hafeneinfahrten, die von Leitdämmen oder Molen ein- oder beidseitig begrenzt sind, die Außentiefs, die Küstenschutz-, Entwässerungs-, Landgewinnungsbauwerke, Badeanlagen und der trockenfallende Badestrand. Danach ist lediglich der innere Hafenbereich des Hafens X.n als von Leitdämmen oder Molen ein- oder beidseitig begrenzte Fläche nicht Teil der SeeschiffsstraÙe Jade. Der Tiefseehafen JadeWeserPort ist hingegen nicht derart eingefasst, so dass die SeeschiffsstraÙe Jade insoweit unmittelbar an die Kaianlagen, die ihrerseits eine LandgewinnungsmaÙnahme darstellen, heranreicht. Nur insoweit besteht auch nach § 1 Abs. 5 Satz 2 WaStrG Eigentum des Landes, andernfalls bedarf es nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WaStrG eines Bundesgesetzes oder einer Rechtsverordnung des Bundes. Durch Allgemeinverfügung des Landes O. können schon wegen des Vorranges des Bundesrechts nach Art. 31 GG die Kompetenzen der Antragstellerin zu 1. nicht beschränkt werden.

e) Soweit sich die Antragstellerin hilfsweise gegen die übereinstimmende Übertragung der 54 Lotsversetzdienste wendet, gilt das vorstehend Ausgeführte. Gegenstand eines Vergabenaachprüfungsverfahrens kann nur ein öffentlicher Auftrag sein.

3) Der Vertrag vom 15. Dezember 1998 ist nicht Gegenstand des Nachprüfungsantrags. Die 55 Antragstellerin hat in ihrer Beschwerdebeurteilung klargestellt, dass streitgegenständlich allein der nach ihrem Vortrag von der Antragsgegnerin zu 1. - gegebenenfalls mittelbar durch die Antragsgegnerin zu 2. - dem Beigeladenen am oder um den 28. August 2023 erteilte (Rahmen-)Vertrag über Versetzdienstleistungen für Lotsen sein soll. Die Frage, ob der Vertrag vom 15. Dezember 1998 als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist, stellt sich daher nicht.

Ein auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages vom 15. Dezember 1998 gemäß § 135 56 Abs. 1 Nr. 2 GWB gerichteter Nachprüfungsantrag wäre allerdings auch verfristet. Gemäß § 135 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 GWB kann die Unwirksamkeit eines ohne vorherige Ausschreibung vergebenen Auftrags nicht später als sechs Monate nach dem Vertragsschluss geltend gemacht werden. Diese Sechs-Monats-Frist ist eine Ausschlussfrist, welche die Geltendmachung materiell-rechtlicher Verstöße nach Fristablauf im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hindert (OLG Brandenburg, Beschluss vom 22. Dezember 2011, Verg W 14/11, BeckRS 2011, 140221 Rn. 7). Sie gilt auch für den Antragsteller, der über den Vertragsschluss beziehungsweise die Vertragsänderung nicht informiert worden ist. Mit Ablauf der Sechs-Monats-Frist ab Vertragsschluss ist der Vertrag - unabhängig davon, wann und ob überhaupt die Betroffenen Kenntnis von einem Verstoß des Auftraggebers erlangt haben - endgültig wirksam (OLG Brandenburg Beschluss vom 22. Dezember 2011, Verg W 14/11, BeckRS 2011, 140221 Rn. 7; Senatsbeschluss vom 16. Februar 2022, VII-Verg 26/21). Dies entspricht auch Art. 2 f Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie) in der Fassung der Richtlinie 2007/ 66/EG vom 11. Dezember 2007 und ist somit europarechtskonform (Kling in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 135 Rn. 69;

4. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht veranlasst. Die an die Annahme eines öffentlichen Auftrags zu stellenden Anforderungen sind geklärt. Auf die zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union wird verwiesen. 57

5. Eine Gewährung von Akteneinsicht kommt nicht in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 631 Rn. 27 m. w. Nw.; ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011, 2 Verg 3/11, BeckRS 2011, 21710). Von daher besteht er dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist (Senatsbeschluss vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 47; KG, Beschluss vom 13. September 2012, Verg 4/12; Reidt in Reidt/Stickler/Glas, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 165 Rn. 14). Fehlt es - wie vorliegend - bereits an einer Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags, ist bereits die für eine Gewährung von Akteneinsicht erforderliche Eingriffskompetenz des Gerichts nicht gegeben. 58

III. 59

Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 2 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen und des Beigeladenen. 60

Ein Beigeladener ist dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt. Hierfür bedarf es einer sachlichen Stellungnahme zur sofortigen Beschwerde (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63), in deren Rahmen der Beigeladene erfolgreich eigene Anträge gestellt und begründet oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat (Senatsbeschluss vom 17. Mai 2004, Verg 12/03, BeckRS 2005, 3569; OLG Celle, Beschluss vom 12. Januar 2012, 13 Verg 9/11, BeckRS 2012, 1456). Diesem Erfordernis hat der Beigeladene durch die Stellung eines eigenen Antrags und seiner sachlichen Beteiligung an der Erörterung genügt. 61

Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts, der vorliegend in Ermangelung eines Angebots der Antragstellerin auf der Basis der jährlichen Vergütung ihrer Gesellschafterin P. im Rahmen des gekündigten Versetauftrags zu schätzen war. 62