

UPDATE VERGABERECHT

REINE PACHTVERTRÄGE SIND KEINE KONZESSIONEN

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021 – 54 Verg 1/21

Auftraggeber (A) schloss im Jahr 2014 mit einem Betreiber (B) einen Vertrag über die Bewirtschaftung eines in seinem Eigentum stehenden Cafés ab. Ein Mitarbeiter des A vereinbarte mit dem B mehrmals eine Verlängerung des Vertrags. Die letzte Verlängerung umfasste dabei eine Laufzeit von 20 Jahren zuzüglich einer Verlängerungsoption von zehn Jahren. Auf den Nachprüfungsantrag eines Mitbewerbers (M) stellte die angerufene Vergabekammer Schleswig-Holstein die Unwirksamkeit der Vertragsverlängerung fest. Gegen diese Entscheidung legte B sofortige Beschwerde beim OLG Schleswig ein.

Mit Erfolg! Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei der Nachprüfungsantrag unzulässig gewesen, da dieser unstatthaft sei. Bei dem Vertrag handele es sich um keine der Nachprüfung zugänglichen Dienstleistungskonzession (DLK), sondern um einen Pachtvertrag. Bei einer DLK handele es sich um den Vertrag, aufgrund dessen ein Wirtschaftsteilnehmer eine Dienstleistung unter Übernahme des wirtschaftlichen Risikos zu erbringen habe, wobei er dadurch entlohnt werde, dass er die aus der Erbringung der Dienstleistung am Markt erzielten Einkünfte (sowie eine etwaige Bezuschussung durch den Auftraggeber) behalten dürfe. Bei reinen Pachtverträgen beschaffe die öffentliche Hand hingegen nichts, sondern biete selbst Leistungen an und verwerte eigenes Vermögen. Beschaffungselemente könnten allerdings vorliegen, sobald ein Pachtvertrag dem Pächter Pflichten zur Erbringung einer Leistung auferlege. Nach einer umfassenden Würdigung der vertraglichen Regelungen und unter Berücksichtigung der Aussagen mehrerer Zeugen kam das OLG schließlich zu dem Ergebnis, dass dem B keine Verpflichtungen auferlegt worden seien.

Bedeutung für die Praxis

Auch wenn die vom OLG dargestellten Kriterien zunächst sehr klar erscheinen, stellt sich die Abgrenzung zwischen Miet- bzw. Pachtvertrag und DLK in der Praxis oft als schwierig dar. Aus diesem Grund sollten sich Auftraggeber frühzeitig Gedanken über etwaige Verpflichtungen machen, die einem Vertragspartner auferlegt werden sollen und diese ggf. präzise formulieren. Eine Verpflichtung dürfte regelmäßig anzunehmen sein, wenn der Konzessionsgeber durch den Vertrag ihm obliegende Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt. Im Fall der dargestellten Entscheidung hätte es aber bereits ausgereicht, wenn der Cafébetreiber zur Versorgung von Badegästen eines Strandbades mit Getränken und Snacks und zur Durchführung von Veranstaltungen des A verpflichtet gewesen wäre. Soweit hingegen keine Verpflichtungen beabsichtigt sind, sollte dies ebenso klargestellt werden. Zu vermeiden sind hingegen Formulierungen, die Interpretationsspielräume lassen.