

Großzügige Ausnahme von der Vergabe

URTEIL Oberlandesgericht Brandenburg nimmt trotz geringen Risikos und einer Deckung eigener Einnahmen von lediglich einem Drittel eine ausschreibungsfreie Konzession an

Von **DR. UTE JASPER** und **DR. JAN SEIDEL**,
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Wie lässt sich eine europaweite Ausschreibung vermeiden? Wie kann man ohne Formalien Angebote einholen und über Preise verhandeln? Diese Fragen stellen die Kaufleute noch immer beharrlich den Juristen, die meist nur bedauernd den Kopfschütteln. Jetzt bietet das OLG Brandenburg eine Chance, großzügig Ausnahmen vom Vergaberecht zu begründen. Nach einer Entscheidung können einige Aufträge als Dienstleistungskonzessionen vom Vergaberecht ausgenommen werden.

Das OLG Brandenburg hat über einen Dienstleistungsvertrag im Bereich der Tierkörperbeseitigung entschieden (Az.: Verg W 7/09). Nach diesem Vertrag erhielt der private Auftragnehmer vom Land und von den beauftragungspflichtigen Kommunen je ein Drittel der Kosten. Zur Deckung des verbleibenden Drittels durfte der Unternehmer von den Tierbesitzern ein privatrechtliches Entgelt erheben. Verblieben ihm dennoch Unterdeckungen, konnte er diese in den folgenden Abrechnungszeiträumen ausgleichen.

Überraschend hat das OLG diesen Vertrag als vergabefreie Konzession eingestuft. Zwar trage der Unternehmer nur für ein Drittel der Kosten das Risiko, das zudem aufgrund der nachträglichen Ausgleichsmöglichkeit noch eingeschränkt sei. Das wirtschaftliche Risiko bei einer Konzession müsse jedoch nicht notwendig erheblich sein, insbesondere bei Leistungen der Daseinsvorsorge. Das eingeschränkte Risiko beruhe nicht auf einer Entscheidung des Auftraggebers, sondern allein aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorgaben. Für das verbleibende, von der öffentlichen Hand nicht ersetzte Drittel trage der

Unternehmer das Betriebsrisiko. Auftraggeber im Bereich der Daseinsvorsorge müsse auch bei eingeschränktem Risiko die Möglichkeit bleiben, Konzessionen zu vergeben.

Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungskonzession und -auftrag entscheidet über die Pflicht zur Ausschreibung. Konzessionen dürfen ohne Vergabeverfahren erteilt

Wenn nur ein Drittel der Kosten durch die eigene Leistung erwirtschaftet werden muss, ist der eher strenge Maßstab der bisheriger Rechtsprechung zu korrigieren.

sind gleich in mehrfacher Hinsicht interessant. Denn Bereiche wie die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung oder der ÖPNV zählen ebenfalls zur Daseinsvorsorge. Auch für die Energieversorgung wird dies in der vergaberechtlichen Rechtsprechung angenommen. Sind auch die Besonderheiten in den einzelnen Bereichen differenziert zu betrachten, ergeben sich doch über den gemeinsamen Oberbegriff der Daseinsvorsorge neue Spielräume. Denn der vom OLG Brandenburg geforderte hoheitliche Charakter wird sich – in unterschiedlichen Ausprägungen – an vielen Stellen finden lassen.

Zum anderen eröffnet die Begründung auch mit Blick auf die konkreten Umsatzverhältnisse neue Spielräume. Denn wenn nur ein Drittel der Kosten durch die eigene Leistung erwirtschaftet werden muss, ist der eher strenge Maßstab der bisherigen Rechtsprechung bei Konzessionen möglicherweise zu korrigieren. So ist nicht nachvollziehbar, warum in anderen Bereichen eine Deckung durch eigene Einnahmen von mehr als 90 % verlangt wird. Allerdings hat die Vergabekammer Münster bereits Zweifel an der Entscheidung des OLG Brandenburg angemeldet (Beschluss vom 18. März, Az.: VK 1/10).

Die Vergabe einer Konzession bedeutet im Übrigen nicht, dass der Auftraggeber überhaupt keine Vorgaben beachten muss. Der EuGH hat bereits mehrfach betont, dass auch in diesem vergabefreien Bereich die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung gelten. Diese bislang eher unkompliziert zu handhabenden Vorgaben können mittelfristig erschwert werden. Denn die EU-Kommission ist der Ansicht, dass auch die Vergabe von Konzessionen strenger reguliert werden muss.