
Datum:	22.09.2004
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VII-Verg 44/04
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2004:0922.VII.VERG44.04.00

Tenor:

I.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer der Bezirksregierung Münster vom 2. Juli 2004 - VK 13/04 - wird zurückgewiesen.

II.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

III.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner

war notwendig.

IV.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 43.300 EUR.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

I.

2

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Sie kann weder verlangen, dass das Vergabeverfahren insgesamt aufgehoben wird, noch dass dem Antragsgegner eine Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenates aufgegeben wird.	3
Der sofortigen Beschwerde ist bereits deshalb der Erfolg zu versagen, weil das streitbefangene Ausschreibungsverfahren des Antragsgegners nicht dem Vergaberechtsregime unterliegt und einer Nachprüfung durch die Vergabekammer und des Vergabesenates daher nicht unterworfen ist.	4
Die Antragstellerin kann unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senates vom 26. Juli 2002 - Az. Verg 22/02 - nicht mit Erfolg einwenden, das Nachprüfungsverfahren sei ungeachtet des normierten Anwendungsbereichs des Vergaberechts hier allein deshalb eröffnet, weil sich der Antragsgegner zur Durchführung eines Vergabeverfahrens entschlossen habe. Aus der zitierten Entscheidung kann die Antragstellerin nichts zu ihren Gunsten herleiten, weil in dem seinerzeit zu beurteilenden Fall die zur Anwendbarkeit des Vergaberechts führenden Voraussetzungen der §§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 1 und 3 GWB erfüllt waren. Es stellte sich lediglich darüber hinaus die Frage, ob der Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens § 15 Abs. 2 AEG entgegenstand, weil es nach dieser Vorschrift im Ermessen der zuständigen Behörden steht, ob die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgeschrieben wird oder nicht. Der Senat hat diese Frage dahingehend beantwortet, dass der öffentliche Auftraggeber dann, wenn er sich im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens für eine Ausschreibung entscheidet, den Bestimmungen des Vergaberechts unterliegt. Im vorliegenden Fall sind indes die Vorschriften des 4. Teils des GWB (§§ 97 bis 129) und damit auch die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren bereits deshalb nicht anwendbar, weil der von dem Antragsgegner beabsichtigte Abschluss einer Vereinbarung für Leistungen nach § 31 KJHG (Sozialpädagogische Familienhilfe), SGB VIII, kein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 GWB ist.	5
Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts erschließt sich aus den Vorschriften der §§ 99 und 100 GWB. Danach muss ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen vorliegen (§ 99 Abs. 1 GWB), die Beschaffung muss auf eine Lieferung, Bauleistung, Dienstleistung oder Auslobung gerichtet sein (§ 99 Abs. 2 - 5 GWB), die Schwellenwerte müssen erreicht sein (§ 100 Abs. 1 GWB), und es darf kein Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 GWB erfüllt sein. Hier fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung. Der vom Antragsgegner beabsichtigte Abschluss einer Vereinbarung gemäß Anlage E ihrer Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit den im Fragenkatalog vom 7. Mai 2004 vorgesehenen inhaltlichen Änderungen ist kein entgeltlicher Vertrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB.	6
1.	7
Der Antragsgegner ist als Gebietskörperschaft gemäß § 98 Nr. 1 GWB öffentlicher Auftraggeber.	8
2.	9
Dem Anwendungsbereich des Vergaberechts steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der beabsichtigten Vereinbarung über die Durchführung von Sozialpädagogischer Familienhilfe um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X und nicht um einen privatrechtlichen Vertrag handeln dürfte.	10

Der Senat hat die umstrittene Frage, ob öffentlich-rechtliche Verträge mit Beschaffungscharakter vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen sind, in seiner Entscheidung vom 5. Mai 2004 (VII Verg 78/03, OLGR 2004, 301, 303) im Anschluss an die Entscheidung des EuGH vom 12. Juli 2001 (Rs. C-399/98, VergabeR 2001, 380, 387 Tz. 73) dahingehend beantwortet, dass die Qualifizierung eines Auftrages als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich für die Anwendung des Vergaberechts unmaßgeblich ist, da die Vergaberichtlinien nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen differenzieren. Der Begriff des Vertrages ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass er auch öffentlich-rechtliche Verträge umfasst (vgl. auch Bay ObLG VergabeR 2003, 563, 565; Graef, VergabeR 2004, 166, 168, 169 m.w.Nachw.).	11
3.	12
Die vom Antragsgegner beabsichtigte Vereinbarung ist indes kein entgeltlicher Vertrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB, sondern eine besondere Art der Dienstleistungskonzession, die dem Vergaberechtsregime nicht unterfällt.	13
Das in § 99 Abs. 1 GWB enthaltene Erfordernis der Entgeltlichkeit bedeutet, dass nur solche Verträge erfasst werden, bei denen dem Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers als Gegenleistung für die - hier allein in Frage kommende - Dienstleistung eine Vergütung gewährt wird. Hierbei ist der Entgeltbegriff weit auszulegen. Erfasst ist jede Art von Vergütung die einen Geldwert haben kann (vgl. OLG Düsseldorf OLGR 2004, 301 f. m.w.Nachw.).	14
Voraussetzung ist demnach ein gegenseitiger Vertrag, der typischerweise auf den Austausch der beiderseitigen Leistungen gerichtet ist. Hierbei ist gleichgültig, an wen die Leistung zu erbringen ist (Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., Einf. v. § 320 Rn. 5) Erforderlich ist aber eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Sie kann hergestellt werden durch die Begründung eines Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma), durch Vereinbarung einer Bedingung oder durch die Abrede, dass die eine Leistung den Rechtsgrund für die andere darstellt (Palandt-Heinrichs, aaO., einf. v. § 320 Rn. 6 u. 7; Einf. v. § 305 Rn. 8). Im Falle einer synallagmatischen Verknüpfung erstreckt sich das Gegenseitigkeitsverhältnis auf alle Hauptleistungspflichten und grundsätzlich nicht auf Nebenleistungs- oder Schutzpflichten. Maßgebend für die Abgrenzung ist der durch Auslegung zu ermittelnde Wille der Parteien. Handelt es sich nach den Umständen des konkreten Falles um eine wesentliche Vertragsleistung, dann ist von einem Gegenseitigkeitsverhältnis auszugehen (Palandt-Heinrichs, aaO., Einf. v. § 320 Rn. 16).	15
a.	16
Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen handelt es sich bei dem als "Musterrahmenvertrag für die Erteilung einer Konzession für "Leistungen nach § 31 (sozialpädagogische Familienhilfe) des Kinder und Jugendhilfegesetzes (KJHG, SGB VIII)" bezeichneten Vertragsentwurf grundsätzlich um einen entgeltlichen Vertrag über eine Dienstleistung. Die Ansicht des Verwaltungsgerichts Münster in seinem Beschluss vom 18. August 2004, in dem ein synallagmatisches Verhältnis der vertraglichen Leistungen verneint wird, vermag der Senat nicht zu teilen.	17
Der Einrichtungsträger verpflichtet sich gegenüber dem Antragsgegner Dienstleistungen gegenüber Dritten zu erbringen. § 2 Nr. 1 des Vertragsentwurfes sieht die Verpflichtung des Einrichtungsträgers vor, Leistungen nach § 31 KJHG gegenüber dem Hilfesuchenden zu erbringen, sofern dieser einen Bewilligungsbescheid des Antragsgegners vorlegt.	18

Der Antragsgegner übernimmt nach den Regelungen des Vertragentwurfes abweichend von einem klassischen Dienstleistungsvertrag (§ 611 BGB) im Gegenzug nicht die Verpflichtung, einen hierfür vorher festgelegten Preis zu bezahlen. Abweichend von dem Inhalt des Vertragentwurfes, der Gegenstand des Senatsbeschlusses vom 8. September 2004 - VII-Verg 35/04 - war, verpflichtet sich der Antragsgegner hier nicht, dem Einrichtungsträger die Kosten der Betreuungsleistung zu bezahlen. Zwar heißt es in § 8 Nr. 1 Satz 1 des Entwurfes: "Der Konzessionsgeber übernimmt die von dem Hilfeempfänger zu zahlende Vergütung". Hierdurch wird aber nur klargestellt, dass der Antragsgegner gegenüber dem Hilfeempfänger zur Erstattung der Kosten aus dem Betreuungsvertrag verpflichtet ist, wie es § 78 a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII vorsieht. Ein gegen den Antragsgegner gerichteter Vergütungsanspruch des Einrichtungsträgers wird hierdurch nicht begründet, zumal § 3 Nr. 4 des Vertragentwurfes regelt, dass der Antragsgegner dann, wenn er einen entsprechenden Bewilligungsbescheid zu Gunsten der hilfeschuchenden Familien erlassen hat, gegenüber dem ausgewählten Einrichtungsträger erklärt, die Kosten aus dem (noch abzuschließenden) Betreuungsvertrag mit dem Hilfeschuchenden zu übernehmen. Er verpflichtet sich also, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Schuld des Hilfeschuchenden aus dem Betreuungsvertrag beizutreten. Da der Beitretende als Gesamtschuldner in das Schuldverhältnis mit eintritt, kann der Einrichtungsträger den Antragsgegner dann unmittelbar auf Zahlung der Vergütung in Anspruch nehmen. Da der Antragsgegner den Schuldbeitritt aber noch nicht erklärt, sondern sich nur verpflichtet, eine solche Erklärung zukünftig bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abzugeben, könnte zweifelhaft sein, ob diese Verpflichtung überhaupt im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Dienstleistungsverpflichtung des Einrichtungsträgers steht. Dies setzt voraus, dass es sich um eine wesentliche Vertragsleistung handelt. Dies könnte aber im Hinblick darauf bezweifelt werden, dass nach den gesetzlichen Regelungen über Vereinbarungen über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung gemäß §§ 78 a ff. SGB VIII oder auch gemäß §§ 93 ff. BSHG eine solche Verpflichtung zur Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung nicht vorgesehen ist und in der Praxis bisher offenbar auch nicht zum Inhalt solcher Vereinbarungen gemacht worden ist. Ein Schuldbeitritt des Trägers der Jugend- oder Sozialhilfe wird vielmehr darin gesehen, dass dem Leistungserbringer in der Regel eine Kopie des Bewilligungsbescheides zugesandt wird, in dem die gegenüber dem Hilfsbedürftigen erklärte Kostenübernahme enthalten ist (Neumann/Bieritz-Harder, RsDE 48/2001, 1, 15 m.w.Nachw.). Es kann aber dahinstehen, ob die Verpflichtung des Antragsgegners aus § 3 Nr. 4 im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Dienstleistungsverpflichtung steht. Ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis besteht auf jeden Fall mit der Verpflichtung des Antragsgegners, dem Einrichtungsträger das Recht einzuräumen, Leistungen der Sozialpädagogischen Familienhilfe gemäß § 31 KJHG im Kreisjugendamtsbezirk St. für ihn erbringen zu dürfen. So heißt es in der Präambel, dass die vier Konzessionsnehmer "allein berechtigt und verpflichtet sein sollen", die in Rede stehenden Leistungen zu erbringen. Sie erhalten also die Befugnis, anstelle des Antragsgegners, der als Träger der Jugendhilfe zur Erbringung dieser Leistungen kraft Gesetzes verpflichtet ist, Leistungen der Sozialpädagogischen Familienhilfe zu erbringen. Korrelat dieser "Ermächtigung" ist die in § 2 Nr. 1 des Vertragentwurfes übernommene Verpflichtung, von dieser Befugnis auch Gebrauch zu machen und die Leistungen gegenüber dem Hilfeschuchenden zu erbringen. Insoweit stehen diese beiderseitigen Leistungen ohne Zweifel im Gegenseitigkeitsverhältnis. Die Einräumung dieses Rechts hat auch einen geldwerten Vorteil, denn sie verschafft dem Einrichtungsträger die Möglichkeit, Betreuungsleistungen zu erbringen und hierfür eine Vergütung zu erhalten.

Trotz der synallagmatischen Verknüpfung der oben genannten beiderseitigen Leistungen unterliegt der ausgeschriebene Auftrag dennoch nicht dem Vergaberecht, weil er als Dienstleistungskonzession einzustufen ist, auf welche die Normen des Vergaberechts - und insbesondere auch die Dienstleistungsrichtlinie 92/50 EWG (EuGH 2. Kammer, Beschluss vom 30.05. 2002 - Rs. C-358/00 Buchhändler-Vereinigung GmbH/Saur Verlag GmbH & Co. KG) - nicht anwendbar sind.

Konzessionen sind Vertragskonstellationen, bei denen die Gegenleistung für die Erbringung des Auftrages nicht in einem vorher festgelegten Preis, sondern in dem Recht besteht, die zu erbringende eigene Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten, oder in diesem Recht und einer zusätzlichen Bezahlung. Der Sache nach handelt es sich um eine Verwertungshandlung des öffentlichen Auftraggebers (als Konzessionsgeber) und nicht um einen entgeltlichen Beschaffungsauftrag der öffentlichen Hand. Der öffentliche Auftraggeber erbringt keine Gegenleistung; vielmehr wird die Dienstleistung vom Auftragnehmer kommerziell genutzt. Kennzeichen einer Konzession ist, dass sie die Übertragung eines Rechts zur Verwertung einer bestimmten Leistung umfasst und dass der Konzessionär - ganz oder zum überwiegenden Teil - das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt (EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98 "Teleaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH gegen Post & Telekom Austria GmbH"; implizit EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, "Gemeente Arnheim, Gemeinde Rheden gegen BFI Holding BV" "n. 25 NVwZ 1999, 397; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 1998 Nr. C 21/53 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, Verg 22/02; OLG Stuttgart OLGR 2003 218 ff.; Boesen, Vergaberecht, § 99 Rn. 32 m.w.Nachw.; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 Rn. 27).

22

Die Antragstellerin kann in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg einwenden, es werde hier schon kein Recht zur Verwertung übertragen, weil der Auftragnehmer für die zu erbringenden Leistungen einen fest vereinbarten Stundensatz erhalte und er insoweit keinen unternehmerischen Gestaltungsspielraum habe. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kann der Vertragspartner des Antragsgegners die von ihm zu erbringenden Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe dadurch selbst verwerten, dass er die Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringt und selbst Vertragspartner der Hilfesuchenden wird. Dass der nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vom Leistungserbringer kalkulierte Stundensatz für eine Nettobetreuungsstunde zuvor mit dem Antragsgegner vereinbart worden ist, steht dem nicht entgegen. Nicht die Bezahlung der erbrachten Betreuungsstunden durch den Antragsgegner, sondern die Einräumung des Rechts, Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe erbringen zu dürfen, ist - wie bereits ausgeführt - nach den hier zu beurteilenden vertraglichen Regelungen die Gegenleistung dafür, dass sich der Einrichtungsträger zur Erbringung dieser Leistungen verpflichtet.

23

Dass der Einrichtungsträger das Entgelt für die erbrachten Leistungen nicht - wie bei der klassischen Dienstleistungskonzession üblich - unmittelbar von dem individuellen Leistungsempfänger, sondern von dem Antragsgegner erhält, steht der Qualifizierung des Vertrages als Dienstleistungskonzession nicht entgegen. Hierfür sprechen folgende Erwägungen:

24

Der staatliche Leistungsträger erfüllt mit der Bezahlung der Betreuungsleistungen nicht allein seine Verpflichtung aus dem erklärten Schuldbeitritt, sondern zugleich auch die Schuld des Leistungsempfängers aus dem privat-rechtlichen Betreuungsvertrag (§ 422 Abs. 1 BGB). Die aus dem Betreuungsvertrag geschuldete Vergütung wird daher im Ergebnis zwar nicht von dem Hilfesuchenden in Person, sondern von einem Dritten, aber doch für ihn erbracht.

25

Entscheidend für die Einordnung des Vertrages als Dienstleistungskonzession ist nach Überzeugung des Senates aber die Risikoverlagerung zu Lasten des Leistungserbringers (so auch Dörr, RdJB 2002, 364 f., dem sich die Privatgutachter Neumann/Nielandt/Philipp in dem im Auftrag des Deutschen Caritasverbandes und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland eingeholten Privatgutachtens anschließen, Seite 66). Signifikantes Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Dienstleistungskonzession ist, dass bei der Konzession das (ganze oder ganz überwiegende) wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Leistung auf den Leistungserbringer verlagert wird. Gerade dies ist vorliegend der Fall, wie auch die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis darauf geltend gemacht hat, dass bei der beabsichtigten Vertragsgestaltung keinerlei Möglichkeiten beständen, das dem Einrichtungsträger aufgebürdete Risiko zu verringern. Der Antragsgegner beabsichtigt, mit insgesamt vier Einrichtungen einen Vertrag über die nach § 31 KJHG zu erbringenden Leistungen abzuschließen. § 3 Nr. 1 Satz 2 des Vertragsentwurfes sieht vor, dass die hilfsbedürftigen Familien eine von den vier Einrichtungen auswählen können. Alle vier Einrichtungen werden ihnen in einer Informationsschrift vorgestellt. Ob die Dienste des jeweiligen Einrichtungsträgers überhaupt und in welchem Umfang sie in Anspruch genommen werden, hängt allein von der Bewilligung der Hilfe durch den Antragsgegner und der Auswahl des Hilfesuchenden ab. Eine feste Anzahl von Betreuungsstunden ist ihm nicht garantiert. Es liegt an ihm, durch geeignete Maßnahme die Interessentengruppe auf sich aufmerksam zu machen. Es ist damit das alleinige Risiko des Einrichtungsträgers, ob die Auswahl auf ihn fällt. Ihn trifft das damit verbundene finanzielle Wagnis der hinreichenden Auslastung, zumal er nach § 5 Nr. 2 des Vertragsentwurfes ein Team mit mindestens drei festangestellten Mitarbeitern vorhalten muss, die von der Größe und der Struktur in der Lage sein müssen, mindestens 2.300 - 2.500 Nettobetreuungsstunden zu bewältigen. Dieses Risiko wird auch nicht durch die Kostenübernahme des staatlichen Leistungsträgers abgemildert, weil die Kostenübernahme erst dann zum tragen kommt, wenn eine Leistung aufgrund einer staatlichen Kostenzusage tatsächlich in Anspruch genommen worden ist.

Unterliegt das streitbefangene Ausschreibungsverfahren somit nicht dem Vergaberechtsregime, kommt eine Überprüfung der von der Antragstellerin geltend gemachten Vergaberechtsfehler nicht in Betracht. 26

II. 27

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung von § 97 Abs. 1 ZPO. 28

III. 29

Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf § 12 a Abs. 2 GKG. Der Wert des Beschwerdewertes entspricht 5 % der streitbefangenen Nettoauftragssumme der Antragstellerin. Hierbei war unter Berücksichtigung der Verlängerungsoption von einem Jahr eine maximale Vertragslaufzeit von vier Jahren und im Hinblick auf die Anzahl der beabsichtigten vier Konzessionsnehmer 1/4 der prognostizierten jährlichen Betreuungsstunden zu Grund zu legen, 30