

**Prüfschema für Grundstücksüberlassung mit ggf. einer Dienstleistungserbringung
mit Blick auf §§ 103 Abs. 4, 105 GWB und § 56 Abs. 4 und 5 KV M-V
als Abgrenzung zur reinen Vermögensverwertung (z. B. Vermietung, Verpachtung)**

hier: *Grundstücksvorgang ...*

I. Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB / Dienstleistungskonzeßion nach § 105 GWB

Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 103 Abs. 1, 4 GWB).

Dienstleistungskonzeßionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen; dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung (§ 105 Abs. 1 GWB).

In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzeßion das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein (§ 105 Abs. 2 GWB).

Voraussetzungen allgemein	Erfüllung der Voraussetzungen im konkreten Einzelfall (Sachverhalt und Bewertung)
<p>1) Dienstleistungsbeschaffung</p> <p>Liegt nicht vor bei/weil/wenn</p> <p><u>Erwägungsgrund 15 der RL 2014/23/EU</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - nur allgemeine Bedingungen für die Nutzung des Grundstücks festgelegt werden, ohne bestimmte Leistungen zu beschaffen; betrifft i.d.R. Grundstückspachtverträge, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln. <p><u>OLG Rostock, 21.11.2023, 17 Verg 3/23, Betrieb Campingplatz</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Verpächter den Betrieb des Campingplatzes als eigene Aufgabe im eigenen Interesse ansieht und unter seiner Aufsicht einem Dienstleister übertragen, also entsprechende Dienstleistungen des Vertragspartners beschaffen will. Zwar besteht ein sogar verfassungsrechtlich verbürgtes öffentliches Interesse an Umwelt- und Naturschutz (Art. 20a GG). Auch mag das Land den Tourismus fördern. Dieser allgemeine Befund macht aber den Betrieb gerade dieses Campingplatzes ebenso wenig zu einer öffentlichen Aufgabe wie die §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 7 Abs. 1 Nr. 6 VorpBoddenNatPV M-V und die Auflagen, bei dem Betrieb auch über die gesetzlichen Regelungen hinaus naturschutzrechtliche Belange zu wahren und bestehende Dauercamping- 	<p>1) Dienstleistungsbeschaffung</p>

plätze teilweise zu erhalten. Erst recht ist der Betrieb des Campingplatzes keine Aufgabe der Daseinsvorsorge.

- Verringerung der Pacht- und Stellflächen (schlichte Begrenzung des Pachtvertrags)
- allgemein formulierten Anforderungen an die wirtschaftliche Stabilität, die eingesetzten Arbeitskräfte und naturschutzrechtliche Vorgaben (nur Rahmenbedingungen, unter denen aus Sicht des Verpächters ein zulässiger Campingplatzbetrieb im Naturschutzgebiet gewährleistet ist)

OLG Schleswig, 16.09.2021, 54 Verg 1/21, Bewirtschaftung Cafe

- der Pachtvertrag keine Verpflichtung zur Versorgung der Badegäste mit Getränken und Snacks beinhaltet, sondern rein faktisch nur eine offensichtlich auf Zeit und Gelegenheit beruhende Erwerbsmöglichkeit besteht
- der Pachtvertrag keine Verpflichtung zur Durchführung von Veranstaltungen beinhaltet, sondern der Verpächter nur auf die verschiedenen Veranstaltungsmöglichkeiten verweist

KG, 22.01.2015, 2 U 14/14 Kart, Nutzung Freilichtbühne

- keine eigentlich dem öKG obliegende öffentliche Aufgabe übertragen wird (dass die Nutzung der Freilichtbühne als Veranstaltungsort in irgendeiner Weise im öffentl. Interesse liegt, reicht hierfür nicht aus)
- keine detaillierten Nutzungsvorgaben für die Veranstaltungsstätte gemacht werden (z. B. keine Vorgabe hinsichtlich Art, Anzahl, Inhalt bestimmter Veranstaltungen); Begrenzung auf Anzahl max. durchführbarer Veranstaltungen zielt nur auf Anwohnerschutz ab, Mitteilungspflicht über Veranstaltungen zielt nur auf Koordination mit umliegenden Veranstaltungen ab
- Instandhaltungspflichten zur Erhaltung des Wertes öffentlichen Eigentums vereinbart werden

Liegt vor bei/wenn:

OLG Rostock, 21.11.2023, 17 Verg 3/23, Betrieb Campingplatz

- vertraglicher Vereinbarung der Mitwirkung im Nationalpark, fester Bildungsangebote, der Unterbringung im Freiwilligenmanagement und der Einzäunung und des Rückbaus von Baulichkeiten (Bauleistungen)

VK Rheinland-Pfalz, 28.06.2022, VK 39/21, Betrieb Mietwagenzentrum am komm Flughafen

- Übernahme diverser im Einzelnen definierter Leistungen, die vertragliche Hauptpflichten darstellen und über typische mietvertragliche Nebenpflichten weit hinausgehen, mit normierten qualitativen Anforderungen

OLG Koblenz, 10.07.2018, Fischereipachtverträge

- der Pächter mit dem Fischereiausübungsrecht auch die Hegeverpflichtung übernimmt. Zum anderen soll er vertraglich zu weitergehenden Leistungen verpflichtet werden, die in der Summe darauf hinauslaufen, dass er mit der Aufgabe betraut wird, das Fischereirecht nach Vorgaben des Landes und auch in dessen monetärem Interesse befristet zu verwalten und zu bewirtschaften.

2) Einklagbare Leistungsverpflichtung

Erwägungsgrund 14 der RL 2014/23/EU

- Konzessionsverträge enthalten wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen

muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.

Hinweis:

- in RL 2014/24/EU gibt es keine entsprechende Vorgabe zur rechtlichen Durchsetzbarkeit
- EuGH, 25.03.2010, C-451/08 zum Bauauftrag

60 Der öffentliche Bauauftrag wird in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der RL 2004/18 als ein entgeltlicher Vertrag definiert. Diesem Begriff liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, die Leistung, die Gegenstand des Vertrags ist, gegen eine Gegenleistung zu erbringen. Mit dem Vertragschluss im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags verpflichtet sich der Auftragnehmer somit, die Bauleistungen, die dessen Gegenstand bilden, durchzuführen oder durchführen zu lassen.

61 Es spielt keine Rolle, ob der Auftragnehmer die Leistungen mit eigenen Mitteln oder unter Inanspruchnahme von Subunternehmern erbringt (vgl. in diesem Sinne Urteile Ordine degli Architetti u. a., Randnr. 90, und Auroux u. a., Randnr. 44).

62 Da die Verpflichtungen, die sich aus dem Auftrag ergeben, rechtsverbindlich sind, muss ihre Erfüllung einklagbar sein. Mangels einer Regelung im Unionsrecht sind die Modalitäten für die Erfüllung solcher Verpflichtungen im Einklang mit dem Grundsatz der Autonomie dem nationalen Recht überlassen.

63 Folglich ist auf die dritte und die vierte Frage zu antworten, dass der Begriff "öffentliche Bauaufträge" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.

Bejahung durch VK Rheinland-Pfalz, 28.06.2022, VK 39/21, Betrieb Mietwagenzentrum am komm Flughafen

- Leistungsverpflichtung des Konzessionsnehmers muss einklagbar sein
- An Einklagbarkeit besteht kein ernsthafter Zweifel
- Vertragsstrafen und Kündigungsrechte sollen ersichtlich die Rechtsposition des KG gegenüber einer bloßen Einklagbarkeit der Leistungsrechte stärken und nicht etwa durch konkludenten Ausschluss der Einklagbarkeit schwächen.

Bejahung durch OLG Koblenz, 10.07.2018, Fischereipachtverträge

- Die vertraglichen Verpflichtungen wären verbindlich und nach nationalem Recht einklagbar (zur einklagbaren Leistungsverpflichtung als notwendiges Element eines öffentl. Auftrags auch in Gestalt einer Konzession vgl. EuGH, 25.03.2010, C-451/08; juris Rn. 59-63). Zwar dürfte es wahrscheinlicher sein, dass AG auf eine Leistungsverweigerung des Pächters mit fristloser Kündigung reagierte. Rechtlich bestünde aber auch die Möglichkeit, auf Erfüllung zu klagen und z. B. die Ausgabe von Angelkarten gem. § 887 ZPO durchzusetzen.

3a) Gegenleistung durch Geldzahlung oder geldwerte Vorteile (Dienstleistungsauftrag)

3a) Gegenleistung durch Geldzahlung oder geldwerte Vorteile (Dienstleistungsauftrag)

Liegt vor bei

- Überlassung unter dem vollen Wert
- Finanzialer Beteiligung

3b) Gegenleistung durch Verwertungsrecht ggf. zuzüglich einer Zahlung (Dienstleistungskonzession)

3b) Gegenleistung durch Verwertungsrecht ggf. zuzüglich einer Zahlung (Dienstleistungskonzession)

3c) Übergang des Betriebsrisikos für die Verwertung der Dienstleistungen auf Konzessionsnehmer (Dienstleistungskonzeßion)	3c) Übergang des Betriebsrisikos für die Verwertung der Dienstleistungen auf Konzessionsnehmer (Dienstleistungskonzeßion)
<p>Bejaht:</p> <p><u>VK Rheinland-Pfalz, 28.06.2022, VK 39/21, Betrieb Mietwagenzentrum am komm Flughafen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Betriebsrisiko fehlt, wenn „nach menschlichem Ermessen“ Verluste während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden können. - Miete setzt sich aus einer umsatzabhängigen Komponente und aus einer festen „Mindestumsatzmiete“ zusammen - Fixe Kosten können nur durch Erträge gedeckt werden, deren Höhe vertraglich in keiner Weise garantiert ist - Wegen anhaltender Corona-Pandemie belastbare Prognose der in den kommenden Jahren zu erwartenden Erträge aus dem Betrieb des Mietwagenzentrums kaum möglich <p>Verneint:</p> <p><u>OLG Koblenz, 10.07.2018, Fischereipachtverträge</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Pächter des Fischereirechts trägt unter „normalen Betriebsbedingungen“ kein wie auch immer geartetes wirtschaftliches Risiko. Selbst bei einem – äußerst unwahrscheinlichen – deutlichen Rückgang der Einnahmen aus dem Verkauf der Angelkarten um 50 % käme er immer noch auf seine Kosten. Nach menschlichem Ermessen können rote Zahlen während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden. - folglich liegt Dienstleistungsauftrag vor 	

II. Behandlung eines mit der Erbringung von Dienstleistungen „gemischten“ Grundstücksüberlassungsvertrags

<p><u>Anwendung Teil 4 des GWB verneint, weil:</u></p> <p><u>OLG Rostock, 21.11.2023, 17 Verg 3/23, Betrieb Campingplatz</u></p> <ul style="list-style-type: none">- Leistungen hinsichtlich des Gesamtvertrags kein prägender Charakter zukommt und nicht ansatzweise ersichtlich ist, dass sie ihrerseits i.S.d. § 111 Abs. 3 GWB die Schwellenwerte überschreiten und dem Vergaberecht unterliegen könnten <p><u>Anmerkung RiOLG a. D. Hermann Summa auf ibr-online.de</u> Da die Vereinbarung über die "Nebenleistungen" nur mit dem Pächter geschlossen werden soll und somit untrennbar mit dem Pachtvertrag verknüpft ist, findet § 111 Abs. 3 Nr. 4 GWB keine Anwendung. § 111 Abs. 4 GWB ist nicht anwendbar, wenn ein Teil "vergaberechtsfrei" ist. Dennoch ist dann der Hauptgegenstand des Gesamtvertrags maßgeblich (EuGH, Urteil vom 06.05.2010 - Rs. C -145/08, IBRRS 2010, 1740, und Urteil vom 06.05.2010 - Rs. C-149/08, IBRRS 2010, 1740), hier das Pacht-element.</p>	
<p><u>Anwendung Teil 4 des GWB bejaht, weil:</u></p> <p><u>OLG Koblenz, 10.07.2018, Fischereipachtverträge</u></p> <ul style="list-style-type: none">- Auftragselemente, die der Nutzung des Fischereirechts im beiderseitigen wirtschaftlichen Interesse dienen, den Hauptgegenstand der vorgesehenen Vereinbarung und mit dem Pachtvertragselement eine untrennbare Einheit bilden- Für den in §§ 110-112 GWB nicht geregelten Fall, dass ein AG	

<p>eine gemischte Vereinbarung mit ausschreibungspflichtigen und „vergaberechtsfreien“ Elementen anstrebt, ergibt sich dies aus der insoweit nach wie vor maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH, 06.05.2010, C-145/08, Rn. 48-49</p>	
---	--

III. Reine Grundstücksüberlassung (Verkauf, Erbbaurechtsbestellung, Vermietung oder Verpachtung)

<p><u>OLG Rostock, 21.11.2023, 17 Verg 3/23, Betrieb Campingplatz</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Grundstücksüberlassung selbst ist keine Beschaffung; Beschaffungsvorgang liegt <u>nicht</u> in dem grundstücksbezogenen Geschäft, sondern in dem Auftrag und den mit ihm verfolgten Zielen, deren Verwirklichung die Überlassung des Grundstücks dient <p><u>OLG Schleswig, 16.09.2021, 54 Verg 1/21, Bewirtschaftung Cafe: VK Rheinland-Pfalz, 28.06.2022, VK 39/21, Betrieb Mietwagenzentrum am komm Flughafen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Bei reinen Miet- und Pachtverträgen beschafft die öffentliche Hand nichts, sondern bietet selbst eine Leistung an und verwertet eigenes Vermögen. Beschaffungselemente können vorliegen, sobald ein Miet-/Pachtvertrag dem Mieter/Pächter Pflichten zur Erbringung einer Leistung auferlegt. 	
---	--

IV. Nachweis der Überlassung zum vollen Wert gemäß den Vorgaben des Durchführungserlasses zu § 56 KV M-V¹ (DFE)

Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände veräußern, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt. Vermögensgegenstände müssen zu ihrem vollen Wert veräußert werden, soweit nicht ein besonderes öffentliches Interesse Abweichungen zulässt (§ 56 Abs. 4 KV M-V). Für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes gilt Absatz 4 entsprechend (§ 56 Abs. 5 KV M-V).

Der Nachweis der Grundstücksveräußerung und der Erbbaurechtsbestellung zum vollen Wert ist gemäß den Vorgaben in Nr. 6.4 bzw. 6.5 DFE zu führen.

Der Nachweis der Überlassung der Nutzung zum vollen Wert ist grundsätzlich in entsprechender Anwendung der für die Vermögensveräußerung gegebenen Hinweise zu führen (Nr. 7.1 Satz 1 i. V. m. Nr. 6.4 DFE).

Welche Variante der nachstehenden Nachweismöglichkeiten eine Gemeinde wählt, obliegt allein ihrer Entscheidung. Die Gemeinde ist nicht gezwungen, ein Bietverfahren zum Höchstgebot durchzuführen (vgl. OLG Rostock, 09.05.2022, 2 U 17/22, Rn. 10).

Bei der Grundstücksüberlassung an Unternehmen sind im Hinblick auf das Verbot unzulässiger Beihilfen Artikel 107 AEUV und die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zu beachten.

1) <u>Bietverfahren zum Höchstgebot</u> (s. im Einzelnen Nr. 6.4.2 DFE)	
Bedingungsfrei (Nr. 6.4.2 d) DFE)	
Festsetzung eines angemessenen Mindestpreises (Nr. 6.4.2 b) DFE)	
Hinreichende (mehrfache) Bekanntmachung, damit alle potentiellen Bieter davon Kenntnis erlangen können (Nr. 6.4.2 c) DFE) - Grdst. mit regionaler Bedeutung: 1 Monat - Grdst. mit überregionaler Bedeutung: 2 Monate	

¹ Durchführungserlass zu § 56 der Kommunalverfassung vom 13.12.2018 (AmtsBl. M-V S. 683), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 29.11.2023 (AmtsBl. M-V S. 1070)

Bekanntmachungsmedium (Nr. 6.4.2 c) DFE)	
<ul style="list-style-type: none"> - Internetseite der Gemeinde (oder Amtes bei amtsang. Gem.) - Zusätzlich bei nur regionaler Bedeutung Inserat in dem nach Satzung vorgesehenen amt. Bekanntmachungsorgan und in regional erscheinender Tageszeitung - Zusätzlich bei überregionaler Bedeutung und bei Gewerbegrundstücken Internet-Immobilienportale oder in Gewerbeflächen-Datenbanken 	

oder

2) Sonstiges Auswahlverfahren mit Vorgabe Mindestpreis/-zins nach Nr. 6.4.1 DFE	
Durchführung eines Auswahlverfahrens (oder Bietverfahrens zum Höchstgebot) <u>zwingend geboten</u> , wenn Gemeinde Kenntnis über mehrere Bewerber hat, denn	
<u>OLG Rostock, 09.05.2022, 2 U 17/22, Rn. 10</u> <ul style="list-style-type: none"> - Gemeinde ist mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 GG bei ihrem Handeln an den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. 	
Konkrete Ausgestaltung des Verfahrens liegt grundsätzlich im Ermessen der Gemeinde	
<u>OLG Rostock, 09.05.2022, 2 U 17/22, Rn. 10</u> <ul style="list-style-type: none"> - Gemeinde darf unterschiedliche Initiativbewerber nicht ohne 	

sachlichen Grund unterschiedlich behandeln.	
Vorgabe eines Preises / Zinses in Höhe von mindestens des nach Nr. 6.4.1 DFE in zulässiger Weise ermittelten Werts <ul style="list-style-type: none"> - Bodenrichtwert / Vergleichswerte / Verkehrswertgutachten (bei unbebauten Grundstücken) - Verkehrswertgutachten (bei bebauten Grundstücken und Erbbaugrundstücken) 	
Auswahlentscheidung unter Beachtung von Art. 3 Abs. 1 GG, d. h. sachgerecht, willkürlich und transparent	

oder

3a) Bodenrichtwert / Vergleichswerte / Verkehrswertgutachten (bei unbebauten Grundstücken)	
s. hierzu im Einzelnen Nr. 6.4.1 Buchst. b und ggf. e DFE	
3b) Verkehrswertgutachten (bei bebauten Grundstücken und Erbbaugrundstücken)	
s. hierzu im Einzelnen Nr. 6.4.1 Buchst. a und e DFE	

Hinweis: Das Prüfschema erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.