



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 9/11

vom

18. Juni 2012

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Abfallentsorgung II

GWB § 97 Abs. 7, §§ 102 ff., 116 ff.

Wird ein Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren darauf gestützt, dass die angekündigte Beschaffung von Entsorgungsleistungen durch Vergabe einer Dienstleistungskonzession gesetzwidrig sei und nur im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgen dürfe, sind die Nachprüfungsinstanzen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständig.

BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012 - X ZB 9/11 - Vergabekammer Düsseldorf
OLG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Juni 2012 durch den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens, die Richter Gröning und Hoffmann sowie die Richterin Schuster

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Oktober 2011 wird auf Kosten der Antragsgegnerin zurückgewiesen.

Der Wert des Gegenstands des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 100.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragsgegnerin ist eine im Jahr 2010 von der Stadt V. als Alleingesellschafterin gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Übernahme kommunaler Entsorgungs- und Straßenreinigungsaufgaben "als Erfüllungsgehilfe der Stadt V. " ist. Wie sich aus der Präambel einer von der Stadt V. und der Antragsgegnerin am 24. Februar 2011 als Konzessionsvertrag geschlossenen Vereinbarung ergibt,

erfolgte die Gründung, um der Antragsgegnerin im Wege einer Dienstleistungskonzession die der Stadt als öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger obliegende gesetzliche Aufgabe zu übertragen, die im Stadtgebiet anfallenden Abfälle zu erfassen und dem Kreis V. zur Verwertung oder Beseitigung zu überlassen, wobei die öffentlich-rechtliche Verantwortung als Aufgabenträger bei der Stadt verbleiben sollte. Diese gewährte der Antragsgegnerin für das Stadtgebiet das alleinige Recht, die zur Durchführung der Abfallsatzung der Stadt erforderlichen Dienstleistungen mit Ausnahme der hoheitlichen Maßnahmen auszuführen. Die Antragsgegnerin sollte nach den vertraglichen Regelungen auch berechtigt sein, Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen, insbesondere auch, eine Unterkonzession zu vergeben.

2 Unter Bezugnahme auf das ihr übertragene ausschließliche Recht zur Sammlung und zum Transport der andienungspflichtigen Abfälle in der Stadt V. machte die Antragsgegnerin Ende 2011 in verschiedenen Presseerzeugnissen die Vergabe einer Unterkonzession für die Sammlung und den Transport von Satzungsabfällen der Stadt V. bekannt (Entsorgung von Restabfällen, Papier und Pappe, Schadstoffen und sperrigen Abfällen sowie von kompostierbaren Pflanzenabfällen). Die Gegenleistung sollte in der Erteilung der Berechtigung bestehen, von den satzungsunterworfenen Nutzern der öffentlichen Einrichtung "Abfallentsorgung" Entgelte zu erheben. Die Dienstleistungskonzession sollte im Verhandlungsverfahren vergeben werden. Bietergemeinschaften und der Einsatz von Nachunternehmern waren nicht zugelassen und die Zahlung von Tariflöhnen sollte zugesichert werden.

3 Nachdem die Antragstellerin die Durchführung des Vergabeverfahrens vergeblich gegenüber der Antragsgegnerin gerügt hatte, hat sie ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet und mit näherer Begründung in erster Linie geltend gemacht, es gehe nicht um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, son-

dem eines Dienstleistungsauftrags, im Übrigen sei die Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit § 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetz - KrW-/AbfG) nicht vereinbar. Sie hat vor der Vergabekammer beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, das eingeleitete Ausschreibungsverfahren aufzuheben und, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht, den Auftrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

4 Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin untersagt, das ausgeschriebene Wettbewerbsverfahren durch Vertragsabschluss zu beenden. Dagegen hat die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde eingelegt, deren Zurückweisung die Antragstellerin beantragt hat.

5 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Beschwerdegericht den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen für zulässig erklärt und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

II.

6 Die zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig. Soweit das Beschwerdegericht zur Begründung seiner Entscheidung, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, auf anderslautende Rechtsprechung (Thüringer OLG, Vergaberecht 2010, 705) hinweist, kann dahinstehen, ob die Sache dem Bundesgerichtshof auch im Wege der Divergenzvorlage (§ 124 Abs. 2 GWB) hätte vorgelegt werden können. Zur Klärung der Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch ein oberstes Lan-

desgericht im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 17a Abs. 4 Satz 5 GVG). Dass diese Regelung auch im Verhältnis zwischen den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte und Gerichten anderer Rechtswege gilt, hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012 - X ZB 5/11, 440 Rn. 6 - Rettungsdienstleistungen III).

III.

7 In der Sache ist das Rechtsmittel nicht begründet.

8 1. Das Beschwerdegericht hat die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen im Streitfall bejaht und dazu im Wesentlichen ausgeführt: Die Antragsgegnerin habe zwar dem äußeren Anschein nach eine Dienstleistungskonzession ausgeschrieben. Streitigkeiten aus der Vergabe solcher Konzessionen könnten an sich auch nicht vor die Vergabekammer und den Vergabesenaat gebracht werden. Jedoch seien die Vergabenachprüfungsinstanzen nach § 104 Abs. 2 GWB zuständig, wenn ein Antragsteller geltend mache, die beabsichtigte Vergabe verletze ihn in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB. Die Norm schütze nicht nur vor Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, sondern auch davor, dass Leistungen, die als Dienstleistungsaufträge vergeben werden müssten, unter Umgehung des Vergaberechts durch Dienstleistungskonzession beschafft werden sollten. So verhalte es sich hier, weil die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG unzulässig sei. Nach dieser Bestimmung könnten Dritte mit der Erfüllung der Aufgaben der entsorgungspflichtigen Stelle beauftragt werden. Der Dritte werde dann als Erfüllungsgehilfe dieser Stelle tätig. Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Nutzer entstünden nicht, sondern lediglich

zwischen der entsorgungspflichtigen Stelle und dem Dritten einerseits und dem Nutzer andererseits. Dementsprechend könne auch nur die entsorgungspflichtige Stelle Entgeltansprüche gegenüber dem Nutzer erheben. Eine Dienstleistungskonzession sei in diesem Rahmen unzulässig. Eine Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG, in deren Rahmen die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in Betracht kommen könnte, sei weder von der Antragsgegnerin noch von der Stadt V. gewollt und die Voraussetzungen dafür (§ 16 Abs. 3 KrW-/AbfG) lägen auch nicht vor.

9 2. Die Bejahung der Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen durch das Beschwerdegericht greift die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg an.

10 a) Ob das Begehren der Antragstellerin vor die im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Nachprüfungsinstanzen gehört oder ein anderer Rechtsweg zu beschreiten ist, ist in Anlehnung an die Grundsätze zu beantworten, nach denen bei - wie hier - fehlender ausdrücklicher Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers zu entscheiden ist, ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist. Dafür kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes auf die Natur des Rechtsverhältnisses und dabei entscheidend auf die wahre Natur des Anspruchs an, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt (GmS-OGB, Beschluss vom 10. Juli 1987 - GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284, 286 mwN).

11 b) Nach der Natur des von der Antragstellerin geltend gemachten Anspruchs sind die Nachprüfungsinstanzen nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständig. Das Begehren der Antragstellerin geht dahin, der Antragsgegnerin die Vergabe einer Dienstleistungskonzession zu untersagen, weil die Wahl dieser Vertragsart der Vergabestelle gesetzlich

(§ 16 Abs. 1 KrW-/AbfG) verwehrt und das für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts geltende Vergaberecht zu beachten sei. Mit ihrem Angriff, die Wahl eines dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht unterliegenden Vertragstyps sei nicht statthaft, macht die Antragstellerin der Sache nach die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren geltend (§ 97 Abs. 7 GWB). Dafür ist die Zuständigkeit der Vergabekammern (§§ 102 ff. GWB) und der Vergabesenate (§§ 116 ff. GWB) gegeben.

12 aa) Die Annahme des Oberlandesgerichts, das von der Antragstellerin beanstandete Vergabeverfahren sei auf die Vereinbarung einer Dienstleistungskonzession gerichtet, wird von der Rechtsbeschwerde als ihr günstig nicht angegriffen und begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken. Es entspricht des Weiteren der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen an sich nicht in den Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fällt (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rn. 28 f. - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr; Beschluss vom 23. Januar 2012 - X ZB 5/11, VergabeR 2012, 440 Rn. 10 ff. - Rettungsdienstleistungen III). Ohne Hinzutreten besonderer Umstände wären Vergabekammer und Vergabesenat nicht zuständig.

13 bb) Im Streitfall kommt jedoch hinzu, dass der Beschaffung der fraglichen Entsorgungsleistungen im Wege der Erteilung einer Dienstleistungskonzession nach dem Vorbringen der Antragstellerin und den von der Rechtsbeschwerde nicht infrage gestellten Ausführungen des Oberlandesgerichts die Regelung des § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG entgegensteht. Zu Recht hat das Oberlandesgericht im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung die Wahl der Dienstleistungskonzession als Vertragsart durch die Antragsgegnerin unter diesen Voraussetzungen einer vergaberechtswidrigen De-facto-Vergabe gleichgesetzt. Um eine solche handelt

es sich u. a. dann, wenn die Vergabestelle einen öffentlichen Auftrag unmittelbar einem Unternehmen erteilt, obwohl sie andere Unternehmen ohne gesetzliche Gestattung nicht am Vergabeverfahren beteiligt hat (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Regelung will ermöglichen, dass ein vergaberechtswidrig erteilter Auftrag noch nachträglich einem geordneten Vergabeverfahren zugeführt werden kann. Vom Regelungsgegenstand des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unterscheidet sich der Streitfall nur graduell durch den unerheblichen Umstand, dass die Antragsgegnerin zwar einen Teilnahmewettbewerb eröffnet hat, die Leistung aber im Übrigen frei von den Restriktionen des für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte geltenden Vergaberechts vergeben will.

14

cc) Ohne Erfolg bleibt der Einwand der Rechtsbeschwerde, im Nachprüfungsverfahren seien nur Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften zu prüfen, zu denen die vom Oberlandesgericht herangezogenen Bestimmungen des KrW-/AbfG und des Abfallgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen nicht zählten. Der Anspruch aus § 97 Abs. 7 GWB schließt das Recht ein, die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens zur Beschaffung einer dem Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Leistung zu erzwingen, wenn die Vergabestelle den Beschaffungsvorgang nicht als ausschreibungspflichtig erachtet und ihn deshalb ohne förmliches Vergabeverfahren abschließen will. Um die Durchsetzung eines Vergabeverfahrens unter diesen Vorzeichen geht es der Antragstellerin im Streitfall. Er weist lediglich die Besonderheit auf, dass der Erfolg dieses Begehrens nach Lage des Sachverhalts davon abhängt, ob der Antragsgegnerin die Beschaffung der Leistung durch Vergabe einer Dienstleistungskonzession aufgrund einer gesetzlichen Regelung untersagt ist, die selbst nicht unmittelbar zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB zu rechnen ist (hier: § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG, aufgehoben durch

Art. 6 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212; vgl. dazu die im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung in § 22 des als Art. 1 des vorgenannten Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts geschaffenen Gesetzes zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen [Kreislaufwirtschaftsgesetz - KrW/G]. Diese Frage ist inzidenter im Rahmen der in die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen fallenden Prüfung zu beantworten, ob der Beschaffungsvorgang, wie von der Antragstellerin geltend gemacht, den Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB unterliegt. Ob § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG - gegebenenfalls eine an die Stelle dieser Regelung getretene Norm - dem Abschluss einer Dienstleistungskonzession im Streitfall entgegensteht, kann nicht losgelöst von dieser Frage beurteilt werden und deshalb auch nicht die Zulässigkeit eines anderen Rechtswegs begründen, sondern ist im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Nachprüfungsantrags abschließend zu klären.

- 15 dd) Nicht zielführend für den Standpunkt der Antragstellerin ist ihr Einwand, die Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und -konzession diene der Festlegung, ob der Vergaberechtsweg eröffnet sei oder nicht, und, diese Abgrenzung werde durch die Erwägungen des Oberlandesgerichts zur Umgehung des Vergaberechts konterkariert. Dies lässt den vorstehend erörterten Umstand außer Acht, dass die Antragstellerin - als eine vor die Nachprüfungsinstanzen gehörende Verletzung ihrer Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB - geltend macht, dass die Antragsgegnerin die in Rede stehende Beschaffung als Dienstleistungskonzession tätigen wolle. Das Oberlandesgericht hat deshalb zu Recht die Auffassung vertreten, dass das Petitum eines Unternehmens mit Interesse am Auftrag (§ 107 Abs. 2 GWB), der Gegenstand einer Dienstleistungskonzession müsse als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben werden, weil der Abschluss eines

Konzessionsvertrages aufgrund gesetzlicher Regelung nicht statthaft sei, vor der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht geltend zu machen sei.

III.

16 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Keukenschrijver

Mühlens

Gröning

Richter Hoffmann ist in Urlaub
und ortsabwesend und kann
deshalb nicht unterschreiben.

Keukenschrijver

Schuster

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.10.2011 - VII-Verg 51/11 -