

Rechtsanwalt J.Hirschberg\*Saarlouiser Str. 22\*15890 Eisenhüttenstadt

Stadt Beeskow  
Herr Schulze  
Berliner Str. 30  
15848 Beeskow

Rechtsanwalt  
Jochen Hirschberg  
Saarlouiser Str. 22  
15890 Eisenhüttenstadt

Telefon 03364 28 44 77  
Telefax 03364 28 00 122

rahirschberg@gmx.de

Ihr Zeichen:	Mein Zeichen:	Eisenhüttenstadt, den 01.11.16
--------------	---------------	--------------------------------

### **Vergabeverfahren Spreepark**

Sehr geehrter Herr Schulze,

bei dem vorliegenden Vergabeverfahren zum Spreepark Beeskow handelt es sich nach meiner Auffassung um eine Dienstleistungskonzession.

Die Konzessionsvergabe unterscheidet sich von den herkömmlichen Verfahren nach VOB, VOL und VOF dadurch, dass der Auftragnehmer von dem öffentlichen Auftraggeber nicht das volle Entgelt für seine erbrachte Leistung erhält, sondern gar kein Entgelt oder nur ein Teil des Entgeltes bzw. einen Anteil vermögenswerter Leistungen ( z.B. entgeltlose Bereitstellung von Baulichkeiten bzw. Bereitstellung von Baulichkeiten unter Wert ) und der Auftragnehmer das Entgelt bzw. das noch fehlende Entgelt von Dritten erhalten soll.

Das wirtschaftliche Risiko liegt insoweit beim Auftragnehmer.

Vorliegend soll der Spreepark den potentiellen Auftragnehmer für relativ wenig Miete übergeben werden und die potentiellen Auftragnehmer sollen sich verpflichten, bestimmte Leistungen für die Stadt zu erbringen und sich im Rahmen dieser Leistungen ihre Einnahmen von Dritten verschaffen.

Die Stadt zahlt insoweit kein volles Entgelt für die von den potentiellen Auftragnehmern zu erbringenden Leistungen, so dass insofern eine Konzession vorliegt.

Da es sich vorliegend um von den Auftragnehmern vorzunehmende Dienstleistungen handelt (Bauverpflichtungen sind nicht vorgesehen), handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession.

In Deutschland war die Konzession seit einigen Jahren bereits in der VOB (§ 23 ) geregelt. Im Dienstleistungsbereich erfolgte eine Regelung über die Konzessionsabgabenverordnung erst mit Wirkung zum 18.04.16. In diesem Zuge hat der Gesetzgeber das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen zugleich geändert, so dass die Dienstleistungskonzession nunmehr ab April 2016 geregelt ist.

Die Regelungen für die Dienstleistungskonzession und in der Konzessionsvergabeverordnung finden jedoch nur bei Dienstleistungskonzessionen Anwendung, wenn das Vergabeverfahren nach dem 18.04.16 eingeleitet wurde und auch nur dann, wenn der Auftragswert den Schwellenwert von 5.225.000 EUR erreicht.

Für Konzessionsvergaben im Dienstleistungsbereich unterhalb des Schwellenwertes sind gleichfalls rechtliche Regelungen geplant, jedoch in Deutschland bisher nicht erlassen worden.

Bei der Wertberechnung für den Auftragswert ist grundsätzlich der Umsatz des Auftragnehmers aus der Dienstleistungskonzession während der gesamten Vertragslaufzeit zu berücksichtigen. Einzurechnen sind hierbei sowohl die Leistungen des Auftraggebers, wie auch die Leistungen der Dritten.

Nach den mir vorliegenden zu erwartenden Umsatzzahlen werden die Umsätze der beiden potentiellen Auftragnehmer aus der Dienstleistungskonzession bei weitem nicht den erforderlichen Schwellenwert erreichen, so dass bereits aus diesem Grunde die Anwendung der Konzessionsvergabeverordnung entfällt.

Ein Rückgriff auf die VOL wird nach der derzeit herrschenden Meinung nicht vorgenommen, da in Abgrenzung zur VOL, bei der VOL der Auftraggeber die vollständige Gegenleistung zu erbringen hat.

Als Weiteres spricht gegen die Anwendung der Konzessionsvergabeverordnung, dass das Vergabeverfahren bereits im Jahre 2015 und damit vor Inkrafttreten der Vergabeverordnung eingeleitet wurde.

Da vor dem 18.04.16 im Dienstleistungsbereich die Konzessionsvergabe in Deutschland noch nicht geregelt war, existiert für Verfahren die vor diesem Stichtag eingeleitet wurden, entsprechend auch kein Schwellenwert.

Hinweisen möchte ich noch darauf, dass nach der Rechtsprechung des EuGH auch bei Vergaben unterhalb des Schwellenwertes bei bestehender Binnenmarktrelevanz die Grundregeln des EU-Primärrechts (Verbot der Diskriminierung, Gebot der Transparenz, Wettbewerbseröffnung und gerichtliche Nachprüfbarkeit ) und die hierdurch im Einzelfall anzuwendenden nationalen Regelungen zu beachten sind.

Mit freundlichen Grüßen

Hirschberg  
Rechtsanwalt