

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Schleswig > 2021 > 16.09.2021 - 54 Verg 1 / 21

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 103 GWB; § 155 GWB

Stichworte:

Pachtvertrag, Dienstleistungskonzession, Antragsbefugnis

Leitsatz (redaktionell):

1. Ein Vertrag ist ein nicht dem Vergaberecht unterfallender Pachtvertrag, wenn der Pächter gegenüber dem Auftraggeber keine Dienstleistungen wie etwa die Versorgung von bestimmten Gästen oder die Durchführung von konkreten Veranstaltungen übernimmt.
2. Gegen ein für die Antragsbefugnis benötigtes Interesse am Auftrag spricht es, wenn ein Antragsteller nicht schlüssig darlegen kann, welches Geschäft er eigentlich betreibt und ob der umstrittene Vertrag zu seinem Geschäft gehören würde.

Entscheidungstext:

In Sachen

pp.

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Hilgenhövel, den Richter am Oberlandesgericht Harder und den Richter am Oberlandesgericht Janssen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16.08.2021 beschlossen:

- 1) Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen vom 28. Januar 2021 wird der Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 15. Januar 2021 aufgehoben.
- 2) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13. November 2020 wird zurückgewiesen.
- 3) Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
- 4) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigter für die Beigeladene und die Antragsgegnerin wird jeweils für notwendig erklärt.
- 5) Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf € 790.193,75 festgesetzt.

Gründe

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit amtlicher Bekanntmachung vom 24. Januar 2014 eine „Dienstleistungskonzession zur Bewirtschaftung des As (Café/Bistro) im S. N.“ (im A. S.) aus, Vergabestelle waren die St. N. (Anlage Ast 2 zum Nachprüfungsantrag). Zu „Art und Umfang der Leistung“ heißt es unter Ziffer 2 der Ausschreibung:

„- Bewirtschaftung des A Cafe/Bistro im A. S.

- Die Bewirtschaftung gilt nur für warme und kalte Getränke sowie kleine Snacks. (Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen dass keine warmen Speisen angeboten werden dürfen)

Als Ausnahme gilt hier lediglich ein Angebot eines Barbecues in Absprache mit dem Auftraggeber/Vermieter.

- Das A ist nur zu öffnen, wenn das Strandbad aufgrund von schlechtem Wetter geschlossen bleibt. Diese Entscheidung wird ausschließlich vom Management des A. Erlebnisbades getroffen.

Sollte das Strandbad geschlossen sein, steht es dem Mieter frei das Café/Bistro zu öffnen.

- Diese Leistung bezieht sich auf die Hauptsaison vom 01.06 bis 31.08.

- In der Nebensaison vom 01.09- 31.05 sind folgende Leistungen zu erbringen.

- In der Nebensaison hat der Mieter die Möglichkeit, das A zu nutzen, ausgenommen sind Zeiten in denen das A bereits vom A. für geschlossene Veranstaltungen vermietet wird. Der Belegungsplan für die Veranstaltung wird vom A. Management bestimmt und festgelegt.

Unter 5 „Ausführungsfrist“ hieß es:

„01.03.2014-31.12.2015 (optionale Vertragsverlängerung bis 31.12.2016 s.unten)

Der Auftraggeber hat das Recht, die Geltungsdauer des Mietvertrages durch Ausübung einer Verlängerungsoption von einem Jahr bis zum 31.12.2016 zu verlängern. Die Option ist spätestens 3 Monate vor Ablauf des Mietvertrages, d. h. Optionsausübung bis erstmals zum 31.12.2015 auszuüben.“

Nach Durchführung des Vergabeverfahrens erhielt die Beigeladene den Zuschlag. Am 27. Februar 2014 schlossen die S. N. (A.-E., vertreten durch den A.-Manager, den Zeugen S.) und die Beigeladene den als den als Anlage Ag 3 vorgelegten „Mietvertrag“.

In der Präambel heißt es:

„Die A.-E. (S.) betreibt ab dem 01.05.2012 das A.-S..

Auf dem Gelände des A-S ist eine Event-Location, dass „A“, untergebracht.

In der Hauptsaison (01.06.-31.08.) ist das A für die Badegäste geöffnet und nur für Badegäste zugänglich. Wenn das Strandbad aufgrund des Wetters geschlossen ist, steht es dem Mieter frei, das A für Gäste des Stadtparks zu öffnen. Das A ist vom Mieter ausschließlich als Café/Bistro zu führen, d.h. warme und kalte Getränke sowie kleine Snacks. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keine warmen Speisen angeboten werden. Als Ausnahme gilt hier lediglich das Angebot eines Barbecues.

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

In der Nebensaison (01.09.-31.05.) hat der Mieter die Möglichkeit, das A zu nutzen, ausgenommen sind Zeiten, in denen das A bereits vom A. für geschlossene Veranstaltungen vermietet wird.“

Der Vertrag sah in § 2 eine Vertragslaufzeit vom 1. März 2014 bis zum 31. Januar 2015 mit einer Verlängerungsoption bis zum 31. Dezember 2016 vor.

Gegenstand des Vertrages ist die „Miete der Räumlichkeiten sowie der Betrieb des Cafés/Bistros“. In § 3 war ein umsatzabhängiger Mietzins vereinbart (7% auf die ersten € 50.000,00/Jahr, für den übersteigenden Umsatz bis € 100.000,00/Jahr 8 % sowie für jede weiteren übersteigenden € 50.000,00 ein weiteres %/Jahr). § 15 „Schlussbestimmungen“ enthält unter 1. die Formulierung:

„Mündliche Nebenabreden wurden nicht getroffen. Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages sowie auch dieser Bestimmung bedürfen der Schriftform, soweit nicht gesetzlich eine strengere Form vorgeschrieben ist.“

Mit Schreiben vom 11. August 2014 übte die Antragsgegnerin ihre Verlängerungsoption bis zum 31. Dezember 2016 aus. Für die Antragsgegnerin gewährte der Zeuge S. die Verlängerung bis zum 31. Dezember 2016 mit Schreiben vom 18. August 2014 (jeweils Anlagen zur E-Mail der Antragsgegnervertreter an die Vergabekammer vom 22. Dezember 2020). Mit Schreiben vom 31. März 2015 teilte der Zeuge S. der Geschäftsführerin der Beigeladenen das Ende des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 2016 (vgl. vorgenannte Anlagen) mit und führte ferner aus „Der Mieter kann ein Optionsrecht wahrnehmen und den Mietvertrag bis zum 31. Dezember 2017 verlängern“, was die Beigeladene mit Schreiben vom 15. August 2016 wahrnahm, was der Zeuge S. mit Schreiben vom 30. September 2016 bestätigte. In der Folgezeit vereinbarten die Antragsgegnerin und die Beigeladene jährlich eine Verlängerung um jeweils ein weiteres Jahr, zuletzt am 26. März 2019 bis zum 31. Dezember 2020. Hierbei wurde die Erklärungen der Antragsgegnerin jeweils allein unterschrieben durch den Zeugen S. (vgl. Anlagen zur E-Mail der Antragsgegnervertreter an die Vergabekammer vom 22. Dezember 2020).

Am 23. Mai 2017 vereinbarten die von dem Zeugen S. vertretene Antragsgegnerin und die Beigeladene einen „1. Nachtrag zum Mietvertrag“ (Anlage B 6 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 13. Januar 2021). Dort heißt es:

„§ 2 Abs. 3 Mietzeit und Übergabe wird wie folgt geändert:

Beide Vertragsparteien haben das Recht, das Mietverhältnis 6 Monate vor deren Ablauf zu kündigen. Sollte das Mietverhältnis nicht gekündigt werden, verlängert es sich automatisch um ein weiteres Jahr. Das weitergeführte Mietverhältnis muss von beiden Parteien bis zum 30.06. des laufenden Jahres für das Folgejahr bestätigt werden.“

Am 14. Mai 2020 unterzeichneten die Beigeladene und der für die Antragsgegnerin auftretende Zeuge S. einen „Nachtrag zum Mietvertrag A im A.-S. vom 27.02.2014“ (Anlage Ast 3 zur Antragsschrift). Nach der Überschrift „§ 2 Abs. 2 Mietzeit“ wurde folgende Passage vereinbart:

„Das Mietverhältnis verlängert sich mit dem Zeitpunkt der Unterschrift, beider Vertragsparteien auf 20 Jahre, bis zum 14.05.2040 mit einer optionalen Verlängerung von 10 Jahren, die in schriftlicher Form mindestens 6 Monate vor Beendigung des Mietvertrages erfolgen muss.“

Mit Schreiben an die Beigeladene vom 29. September 2020 (Anlage Bf 4, Bl. 9 f. d. A.) erklärte die Werkleitung der S. N. die „Anfechtung“ der Willenserklärung des Zeugen S. vom 14. Mai 2020 unter Hinweis auf dessen

insoweit fehlende Vertretungsmacht und auch unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsscheinsvollmacht und verweigerte die Genehmigung der vollmachtlos abgegebenen Erklärung. Ferner kündigte sie den als Mietvertrag bezeichneten Pachtvertrag zum 31. Dezember 2020, spätestens zum nächstmöglichen Zeitpunkt und teilte mit, die Konzession für die gastronomische Versorgung im S. A. neu vergeben zu wollen.

Anlässlich einer Besprechung zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin am 29. Oktober 2020 wies letztere die Beigeladene auch auf die Möglichkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsantrags von dritter Seite hin. Mit Anwaltsschreiben vom 30. Oktober 2020 (Anlage B1 zum Schriftsatz der Beigeladenen vom 21. Dezember 2020) setzte die Antragsgegnerin der Beigeladenen eine Frist für eine einvernehmliche Lösung bis zum 4. November 2020 und kündigte an, nach Ablauf der Frist die angesprochenen Maßnahmen zu ergreifen.

Am 13. November 2020 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein. Die Antragstellerin wurde als G. (AG H. - HRB XXX) mit einem Stammkapital von € 25.000,00 gegründet. Gesellschafterin ist ausweislich der vom Notar K. aus H. unter dem 15. Juni 2020 bescheinigten Gesellschafterliste die mit Urkunde des Notars D. K. aus H. vom 27. März 2020 gegründete B aus H. (Anlage Bf 8, Bl. 24 d.A. = Anlage ASt 2, Bl. 284 d.A.). Unternehmensgegenstand der Antragstellerin ist der nach durch den Notar K. aus H. unter dem 2. Juni 2020 bescheinigten Änderung von § 2 des Gesellschaftsvertrages durch die Gesellschafterversammlung vom 25. Mai 2020 (Anlage ASt 1, Bl. 281 f d. A.) die „Übernahme der Geschäftsführung als persönlich haftende Gesellschafterin von einer oder mehreren noch zu gründenden Kommanditgesellschaft, die Vornahme aller damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte sowie die Förderung des Unternehmenszwecks der jeweiligen Kommanditgesellschaft innerhalb ihres Unternehmensgegenstandes“, wobei die Gesellschaft nach § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages berechtigt ist, sich an anderen Unternehmen gleichen oder ähnlichen Gegenstandes in beliebiger Rechtsform zu beteiligen, Zweigniederlassungen im In- und Ausland zu errichten sowie im Übrigen alle Geschäfte zu tätigen, die der Förderung ihres Unternehmenszwecks unmittelbar oder mittelbar dienlich erscheinen (vgl. auch am 7. April 2021 abgerufenen Registerauszug HRB H. XXX, Anlage ASt 4, Bl. 288 d.A.).

Die Antragstellerin hat in dem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen geltend gemacht:

Der Verlängerungsvertrag zwischen Antragsgegnerin und Beigeladener sei nicht im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens vergeben worden. Die Antragsgegnerin habe weder eine Bekanntmachung einer Ausschreibung noch die Absicht der Vertragsverlängerung im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Bei einer Verlängerung des Betriebsvertrages um bis zu 30 Jahre sei der EU-Schwellenwert von 5,35 Mio. EUR weit überschritten.

Sie stehe wegen eines eigenen Interesses an der Durchführung des Betriebes des As seit Längerem in Kontakt mit der Antragsgegnerin. Sie führe Gastronomiebetriebe mit der Ausrichtung auf Event- und Erlebnisgastronomie. Sie sei in der Lage, den streitgegenständlichen Betrieb zu übernehmen. Ihr sei durch die De-Facto-Vergabe jegliche Chance auf den Zuschlag genommen worden.

Die Antragsgegnerin hat im Wesentlichen vorgetragen:

Die zunächst ausgeschriebene relativ kurze Vertragslaufzeit und die anschließenden kurzen Verlängerungszeiträume beruhten darauf, dass die Nachnutzung des Geländes der L. und die Einbindung des Gastronomiebetriebs in das Nutzungskonzept habe erprobt werden sollen.

Der Direktvergabe der Dienstleistungskonzession an die Beigeladene am 14. Mai 2020 liege das eigenmächtige und nicht berechtigte Handeln eines Mitarbeiters des Eigenbetriebs der Antragsgegnerin zugrunde. Die Direktvergabe sei ohne Wissen und Wollen der Werkleitung des Eigenbetriebes der

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

Antragsgegnerin erfolgt. Die Werkleitung des Eigenbetriebs der Antragsgegnerin habe erst seit Kurzem Kenntnis von der Vereinbarung und sich mit Schreiben vom 29. September 2020 an die Beigeladene von der Erklärung des Mitarbeiters distanziert, sie habe eine Genehmigung der Vertragsverlängerungsvereinbarung ausdrücklich verweigert.

Der Betriebs- und Pachtvertrag vom 27. Februar 2014 stelle eine Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar. Der maßgebliche Schwellenwert sei unter Beachtung der Vorgaben des § 2 KonzVgV überschritten. Die rechtliche Bewertung der Beigeladenen, die in den Pachträumen durchgeführten Hochzeitsveranstaltungen seien nicht zu berücksichtigen, sei unbeachtlich. Entscheidend für die Berechnung sei der voraussichtliche Gesamtumsatz des Konzessionsnehmers. Maßgebend sei dabei der Verkehrs- und Marktwert, zu dem eine bestimmte Leistung zum maßgebenden Zeitpunkt zu erwerben sei, etwaige Kostensteigerungen seien zu berücksichtigen. Hätte die Antragsgegnerin die Dienstleistungskonzession einen langfristigen Betrieb des As ausgeschrieben, wären neben der Bewirtschaftungsverpflichtung des As während des Strandbadbetriebes Sonderveranstaltungen wie Hochzeiten, After-Work-Veranstaltungen und sonstige öffentliche Veranstaltungen im Rahmen des Nutzungskonzepts des Stadtparks Konzessionsgegenstand geworden.

Bei der Berechnung des geschätzten Vertragswertes seien daher die voraussichtlichen Umsätze aufgrund einer ganzjährigen Bewirtschaftung des As zu berücksichtigen. Nach der Schätzung der Werkleitung über die Umsatzerlöse lägen diese bei mindestens € 0,8 Mio. jährlich. Bei einer ganzjährigen Nutzung sei mit weit höheren Umsätzen zu rechnen. In der Vertragsverlängerung liege ein Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand. Voraussetzung hierfür sei, dass sich der Konzessionsnehmer einklagbar verpflichte, eine Dienstleistung auf dem Markt anzubieten. Diese müsse sich nicht auf die dem Konzessionsgeber obliegende Aufgabe der Daseinsvorsorge beziehen. Gegenstand einer Dienstleistungskonzession nach Artikel 5 Abs. 1 S. 1 lit. b der Richtlinie 2014/23/EU sei die Erbringung und die Verwaltung von Dienstleistungen durch einen Wirtschaftsteilnehmer. Mit dem Betriebs- und Pachtvertrag nähme die Antragsgegnerin auf Art und Umfang der Erbringung der Dienstleistung Einfluss. Die Betreiberin verpflichte sich, in der Hauptsaison die Räumlichkeiten während der Öffnungszeiten des Bades nur für die Badegäste zu öffnen und die Öffnungszeiten an die Öffnungszeiten des Bades anzupassen. Der Vertrag enthalte detaillierte Regelungen hinsichtlich des Speiseangebotes und hinsichtlich der Art der Nutzung als Café/Bistro. Auch hinsichtlich der Art, des Umfangs und der Anzahl der von der Beigeladenen durchgeführten Veranstaltungen pro Jahr habe die Antragsgegnerin der Beigeladenen Vorgaben gemacht.

Die mit Beschluss der Vergabekammer vom 12. Dezember 2020 Beigeladene hat im Wesentlichen vorgetragen:

Der Zeuge S. sei zum Abschluss der Vereinbarung vom 14. Mai 2020 ermächtigt gewesen, Beschränkungen im Innenverhältnis wirkten sich mangels Offenkundigkeit nicht auf das Außenverhältnis aus: Es liege jedenfalls eine Rechtsscheinvollmacht vor, da sämtliche zuvor geschlossene Vereinbarungen von demselben Mitarbeiter unterzeichnet worden seien. Eine Kündigung sei frühestens zum 14. Mai 2040 zulässig.

Das Vergaberecht sei nicht anwendbar. Der Pachtvertrag stelle keine Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 GWB i.V.m. Art. 5 Nr. 1b) der Richtlinie 2014/23/EU dar. Es fehle bereits am Beschaffungsvorgang. Durch den Pachtvertrag beschaffe sich die Antragsgegnerin keine Leistungen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben. Es seien keine Aufgaben des Pachtbetriebs erkennbar, die dem öffentlichen Interesse oder dem Gemeinwohl dienen könnten. Bei erwerbswirtschaftlichen Betrieben der öffentlichen Hand handele es sich um keine Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Selbst wenn es sich bei dem Betrieb des saisonal betriebenen Strandbades um eine öffentliche Aufgabe handeln sollte, könne diese auch ohne den Betrieb des Cafés erfüllt

werden. Der Pachtbetrieb stelle dann ein reines wirtschaftlich orientiertes Hilfsgeschäft und nicht die öffentliche Aufgabe selbst dar. Es fehle weiter an der konkreten Einflussnahme der Antragsgegnerin auf Art und Umfang des Betriebs der Beigeladenen.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt. Das Interesse der Antragstellerin an der Pachtung des As werde bestritten. Allein die Antragsgegnerin habe ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrages. Die Frage der Wirksamkeit des Vertrages sei bereits Gegenstand von Diskussionen zwischen Beigeladener und Antragsgegnerin gewesen. In der Besprechung am 29. Oktober 2020 sei bereits die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angekündigt worden. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2020 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie die angesprochenen Maßnahmen, womit die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemeint gewesen sei, ergreifen werde. Es werde bestritten, dass die Antragstellerin überhaupt im Gastronomiebereich tätig sei. Bei den von der Antragstellerin benannten Gastronomiebetrieben oder Veranstaltungen ergebe sich keine Beteiligung der Antragstellerin. Auch der Untemehmensgegenstand der Antragstellerin habe keinen Gastronomiebezug. Zweifelhaft sei auch der behauptete seit längerer Zeit bestehende Kontakt der Antragstellerin mit der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin sei erst am 6. Mai 2020 mit dem Gegenstand der Verwaltung eigenen Vermögens gegründet worden, erst am 10. August 2020 sei der Name der Gesellschaft und deren Untemehmensgegenstand geändert worden.

Das Interesse der Antragstellerin erscheine auch vor dem Hintergrund unwahrscheinlich, dass es sich lediglich um ein Café Betrieb ohne warme Speisen handele. Das Zusammenwirken von Antragstellerin und Antragsgegnerin zeige sich auch darin, dass die Antragstellerin für dieses Verfahren keine maßgeblichen Tatsachen vortrage und sich die Antragsgegnerin auf rein zivilrechtlichen Vortrag beschränke und den Vortrag der Antragstellerin unstreitig stelle. Der Antragstellerin sei kein Schaden entstanden bzw. drohe nicht zu entstehen. Eine Zuschlagschance habe die Antragstellerin nicht. Die Antragsgegnerin sei mit der Führung der Geschäfte durch die Beigeladene zufrieden und habe lediglich geäußert, dass ihr die lange Vertragslaufzeit ohne Anpassung des Pachtzinses „ein Dorn im Auge“ sei. Die Führung der Geschäfte durch die Beigeladene stünde einem Zuschlag im Vergabeverfahren nicht entgegen.

Anderweitige Interessenten seien nicht bekannt. Bei Beibehaltung der bisherigen Praxis der Verlängerung um mindestens ein Jahr hätte die Antragstellerin keinen Zuschlag erhalten können, da diese Verlängerung unter keinen Umständen ausschreibungspflichtig sei. Es fehle daher auch an dem erforderlichen kausalen Zusammenhang zwischen Vergabeverstoß und angeblichem Schaden. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin ausdrücklich bekannt gegeben, dass ab dem 1. Januar 2021 allein die S. N. die Programm- und Angebotsgestaltung sowie das gastronomische Angebot des Strandbades, in dem sich auch der streitgegenständliche Pachtbetrieb befinde, übernehmen werde. Auch dadurch sei die Zuschlagschance der Antragstellerin, unabhängig von der Umsetzbarkeit gegenüber der Beigeladenen, ausgeschlossen.

Es erschließe sich der angegebene Vertragswert nicht. Die von der Beigeladenen durchgeführten Hochzeitsveranstaltungen seien nicht Gegenstand des Pachtvertrages, sondern einzelner, veranstaltungsbezogener Verträge und daher bei der Ermittlung des Schwellenwerts nicht mit einzubeziehen.

Die Vergabekammer Schleswig-Holstein hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2021 unter dem 15. Januar 2021 in der Hauptsache beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Vertragsverlängerung vom 14.05.2020, des am 27.02.2014 geschlossenen Vertrages von Anfang an unwirksam ist.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei weiterhin bestehender Betrauungsabsicht die Dienstleistungskonzession unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

Ihre Entscheidung hat die Vergabekammer im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Der Rechtsweg zur Vergabekammer sei eröffnet, es handle sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um eine Dienstleistungskonzession nach § 105 GWB. Die Annahme einer Dienstleistungskonzession sei nicht durch die Bezeichnung als „Mietvertrag“ oder die Ausgestaltung als Miet- oder Pachtvertrag ausgeschlossen. Entscheidend sei, dass wie vorliegend, alle Merkmale einer Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 GWB sowie Art. 5 der Richtlinie 2014/23/EU erfüllt seien. Dienstleistungskonzessionen seien hiernach entgeltliche (schriftliche) Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauten, die nicht in der Erbringung einer Bauleistung bestehe. Die Gegenleistung bestehe entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Das Betriebsrisiko sei bei einer Dienstleistungskonzession vom Konzessionsnehmer zu tragen. Der Gegenstand des Vertrages sei durch die Legaldefinition nicht eingegrenzt, insbesondere müsse es sich bei dem Vertragsgegenstand nicht um eine öffentliche Aufgabe handeln. Soweit das Kammergericht Berlin ausgeführt habe, die Dienstleistungskonzession müsse den öffentlichen Auftraggeber bei der ihm obliegenden öffentlichen Aufgabe unterstützen (KG Berlin, Urteil vom 22.01.2015 - 2 U14/14 Kart - Waldbühne) könne dies im Hinblick auf den Wortlaut der Richtlinie 2014/23/EU und den Gesetzeswortlaut des GWB nicht zu überzeugen. Hätte der Richtliniengeber bzw. der Gesetzgeber eine Eingrenzung im Hinblick auf den Gegenstand des Vertrags machen wollen, hätte er dies im Wortlaut der Normen deutlich machen müssen. Richtlinie und Gesetz sähen Definitionen der unterschiedlichen Auftraggeber, der Schwellenwerte, sowie eine Unterscheidung einzelner Tätigkeitsbereiche (Sektorentätigkeit, öffentliche Aufträge und Konzessionen) vor, nicht dagegen Vorgaben, dass es sich bei dem Inhalt der Vergabe um eine dem Auftraggeber obliegende Tätigkeit handeln müsse. Damit komme grundsätzlich jede Dienstleistung, also auch das Betreiben eines Cafes/Bistros dafür in Betracht, Gegenstand einer Dienstleistungskonzession zu sein.

Die Beigeladene trage das wirtschaftliche Risiko des Dienstleistungsvertrages im Sinne des § 105 Abs. 2 GWB. Die Beigeladene sei vertraglich verpflichtet, Personal in ausreichender Anzahl vorzuhalten. Zwar heiße es in § 13 Nr. 1 des Vertrages, „der Vermieter hat für ausreichend Personal zu sorgen“. Dabei handle es sich aber um einen offensichtlichen Schreibfehler. Die Beigeladene habe auch die Kosten für den Einkauf zu tragen. Es sei nicht sicher, dass der Umsatz die anfallenden Kosten decke, sie sei abhängig von der Nachfrage. Der Dienstleistungskonzession sei auch ein Beschaffungselement immanent. Das stelle Art. 1 der Richtlinie 2014/23/EU klar und finde sich im Wortlaut des § 105 GWB im Begriff „betrauen“ wieder. Sobald ein Miet-/ Pachtvertrag dem Mieter oder Pächter Pflichten zur Erbringung von Leistungen auferlege, lägen Beschaffungselemente vor, die die rechtliche Einordnung des gesamten Vertrags beeinflussen könnten. Der Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/23/EU biete insoweit eine Abgrenzung, indem er eine Aufzählung von typischen beschaffungsneutralen Vertragsinhalten enthalte. Allgemeine Bedingungen, wie etwa die Übernahme der Instandhaltungskosten für die Nutzung, führten nicht zur Einordnung als Dienstleistungskonzession. Über die typischen im Erwägungsgrund 15 genannten allgemeinen Bedingungen hinaus enthalte der streitgegenständliche Vertrag weitere Pflichten, die über übliche Vertragsinhalte hinausgingen und das Beschaffungselement begründeten.

Dem Vorbringen der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung, dass der Vertrag keine oder kaum Vorgaben, sondern nur „äußere Grenzen“ enthalte, sei nicht zu folgen. Bereits aus der Präambel ergebe sich eine Betriebspflicht für die Beigeladene. Der Umkehrschluss aus dem Passus, dass es dem Mieter freistehe zu öffnen, wenn das Strandbad wetterbedingt geschlossen sei, erweise, dass die Öffnung anderenfalls gerade nicht freistehe. Die Vergabekammer verkenne nicht den Vortrag, dass der Mietvertrag teilweise und wohl einvernehmlich anders gelebt worden sei. Dies müsse bei der rechtlichen Würdigung hier jedoch dahinstehen.

Die Vergabekammer könne nur bewerten, was die schriftliche Vertragslage belege, zumal der Mietvertrag eine Schriftformvereinbarung beinhalte.

Das Beschaffungselement ergebe sich zudem aus § 13 des Vertrags, insbesondere aus den Regelungen in § 13 Ziffern 1 und 3. Nach Ziffer 1 sei die Beigeladene dazu verpflichtet, für ausreichend Personal zu sorgen. Zwar liege es bei jedem Pachtvertrag im Interesse des Pächters selbst, ausreichend Personal einzustellen, um den Pachtbetrieb bestmöglich zu führen. Mache er dies nicht, wirke sich dies zwar möglicherweise negativ auf den Umsatz des Pachtbetriebs und positiv auf die Personalkosten aus, verletze damit aber, anders als vorliegend, keine vertraglichen Pflichten aus dem Pachtvertrag. Ziffer 1 des Vertrages verpflichte die Beigeladene weiter dazu, „Dienstkleidung“ zu tragen. Der Antragsgegnerin komme es entscheidend darauf an, dass Café und Strandbad, das von der Antragsgegnerin betrieben werde, als Einheit wahrgenommen werde im Rahmen eines „Corporate Design“. Nach Ziffer 3 sei die Beigeladene verpflichtet, die Öffnungszeiten denen des Strandbades während der Hauptsaison anzupassen. Nach der Präambel des Vertrages sei der Pachtbetrieb nur für die Badegäste zugänglich. Öffnungszeiten seien nicht zwingend Gegenstand eines Pachtvertrags, insbesondere nicht in Abhängigkeit von Öffnungszeiten anderer Bereiche. Dies greife erheblich in die Gestaltungsmöglichkeiten des Pächters ein. Insbesondere die strikte und spezifische Begrenzung des Kundenkreises für bestimmte Zeiten auf die Kunden des von der Antragsgegnerin betriebenen Bades stelle eine über das für einen Pachtvertrag Übliche hinausgehende Regelung dar. Soweit die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vorgetragen habe, der Pachtbetrieb sei zeitweise tatsächlich, von der Antragsgegnerin zumindest geduldet, nicht für die Badegäste geöffnet gewesen, sondern aufgrund geschlossener Veranstaltungen für die Badnutzer gesperrt gewesen, ändere das nichts an der rechtlichen Verpflichtung. Die Antragsgegnerin hätte diese vertragliche Vereinbarung durchsetzen können. Die Nichteinhaltung der vertraglichen Vorgaben begründe nach § 14 des Vertrages zudem ein außerordentliches Kündigungsrecht. Die Antragsgegnerin erhalte als unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen die Umsatzbeteiligung am Betrieb des Cafes in der Haupt- und der Nebensaison.

Neben diesem - allein für das Vorliegen eines Beschaffungselements wohl nicht ausreichenden - wirtschaftlichen Vorteil, gelinge ihr auf diese Weise eine Vermeidung von Leerstand bzw. ungenutzten Räumlichkeiten sowie eine Risikoverlagerung bei der gastronomischen Versorgung. Insbesondere erhöhe sie aber die Attraktivität des Badebetriebs und damit eine potentielle Steigerung der Einnahmen des Badbetriebs und sichere sich insbesondere auch durch die Dienstkleidung im Sinne eines Corporate Designs die Sichtbarkeit des A. während der gesamten Saison und bleibe auf diese Weise auch in den Schließungszeiten des Bades präsent.

Der Schwellenwert für die Dienstleistungskonzession liege oberhalb des Schwellenwertes von 5.350.000 EUR. Der streitgegenständliche Vertrag sei für die Dauer von 20 Jahren mit einer zehnjährigen-Verlängerungsoption geschlossen. Bei der Ermittlung des Auftragswertes sei entsprechend § 2 Abs. 3 KonzVgV auf den voraussichtlichen Gesamtumsatz abzustellen, den die Beigeladene für die Dienstleistungen während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung erziele, die Gegenstand der Konzession seien. Zu berücksichtigen seien dabei nach § 2 Abs. 4 KonzVgV insbesondere auch Vertragsverlängerungsmöglichkeiten. Auf den Umstand, dass die Antragsgegnerin vorsorglich zum nächstmöglichen Termin gekündigt habe, der Vertrag also tatsächlich eine maximale Laufzeit von 20 Jahre habe, kommt es insoweit nicht an. Beim Vertragsschluss sei von einer 20-jährigen Laufzeit mit einer Verlängerungsoption von zehn Jahren ausgegangen worden.

Die Antragstellerin sei im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Bei Vertragsschlüssen ohne vorheriges Vergabeverfahren müssten Unternehmen ihr konkretes Interesse darlegen, wofür Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit erforderlich seien. Die Antragstellerin habe hierzu im Nachprüfungsantrag vorgetragen, ihr Unternehmen führe Gastronomiebetriebe mit der Ausrichtung auf Event- und Erlebnisgastronomie und hierfür

Beispiele genannt. Die Unternehmensgröße der Antragstellerin zeige, dass der Betrieb darauf eingerichtet sei, die Bewirtschaftung der Gastronomie im A.-S. zu übernehmen. Soweit die Beigeladene vortrage, die Antragstellerin sei nicht im Gastronomiebereich tätig, erst am 6. Mai 2020 mit dem Gegenstand der Verwaltung eigenen Vermögens in das Handelsregister eingetragen und erst am 10. August 2020 sei der Name und der Unternehmensgegenstand geändert worden, habe die Antragstellerin darauf in der mündlichen Verhandlung erwidert. Die B habe sich im Januar gegründet. Hauptgesellschafter mit 45 % sei der Organisator des W.. Die „H. B.“ sei aus einer Insolvenz übernommen worden. Die Verwaltungsgesellschaft sei zuständig für die Akquisition von Verträgen, die Umsetzung erfolge durch Betriebsgesellschaften. Sie habe auch Erfahrung mit dem Betrieb von Kiosken, zum Beispiel in einem H. Freibad. Zwar habe die Antragstellerin selbst keinen Handelsregistrauszug vorgelegt, jedoch ausreichend substantiiert auf den Vortrag der Beigeladenen erwidert. Nach Recherchen der Kammer ergebe sich aus dem Handelsregistereintrag der Antragstellerin (HRB XXX), dass ihr Unternehmensgegenstand die streitgegenständliche Leistungserbringung durchaus umfassen könne. Unternehmen, die sich nicht an einem Ausschreibungsverfahren hätten beteiligen können, dürften nicht gegenüber denen benachteiligt werden, die ein Angebot hätten einreichen können. Für diese müsse eine substantiierte Interessenbekundung und die Einreichung des Nachprüfungsantrags als Nachweis des Interesses ausreichen. An den Vortrag zur Leistungsfähigkeit dürften daher keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden, da sie ohne Nachprüfungsantrag keine Chance habe, den Zuschlag für die Dienstleistungskonzession zu erhalten. Der Nachprüfungsantrag sei innerhalb der Frist des § 135 Abs. 2 GWB gestellt worden.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, denn die Antragsgegnerin habe unter Verstoß gegen die §§ 151 GWB, 19 KonzVgV einen Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen, weshalb nach § 134 Abs. 1 Nummer 2 GWB in Verbindung mit § 154 Nummer 4 GWB die Unwirksamkeit des Vertrages festzustellen sei.

Hiergegen wendet sich die Beigeladene mit im Wesentlichen dem folgenden Beschwerdevorbringen:

Die Antragstellerin sei nicht nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, was von der Vergabekammer verkannt worden sei, die sich unter Vernachlässigung ihres Schriftsatzes vom 21. Dezember 2020 auf die Wiedergabe des Vortrages der Antragstellerin beschränkt habe. Die Antragstellerin habe nicht das nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse an dem vorliegenden Vertrag.

Der Geschäftssitz der im Handelsregister des Amtsgerichts Hamburg unter dem Aktenzeichen HRB XXX geführten Antragstellerin und ihr Auftreten legten nahe, dass die Gesellschaft keine Geschäftsräume und keine Angestellten habe und vornehmlich der Vermögensverwaltung diene. Selbst nach dem Bekunden des Geschäftsführers der Antragstellerin sei es nicht Unternehmensgegenstand der Antragstellerin, einen Betrieb zu führen und hierfür selbst Verträge zu schließen. Die Antragstellerin könne keinen Gastronomiebetrieb benennen, der von ihr geführt werde oder bei der sie mitwirke. Ersichtlich sei lediglich, dass ein Gesellschafter der Gesellschafterin der Antragstellerin Geschäftsführer eines Unternehmens sei, dass ein Festival organisiere, jedoch alles in Bezug auf die Gastronomie ausgelagert habe.

Die Antragstellerin habe in der Verhandlung vor der Vergabekammer erklärt, der von ihr im Verfahren als Anlage B3 eingereichte Handelsregistrauszug sei falsch, ohne den vermeintlich richtigen vorzulegen. Die Behauptung der Antragstellerin sei unzutreffend. Nach dem Handelsregistrauszug sei die Gesellschaft unter dem Namen G. mit Gesellschaftsvertrag vom 8. Januar 2020 errichtet und die Gesellschaft am 6. Mai 2020 im Handelsregister eingetragen worden. Gesellschaftssitz sei bei der K. gewesen, bei der der damalige Geschäftsführer F. tätig sei. Die Umstände sprächen dafür, dass es sich bei der Gesellschaft um eine sogenannte Vorratsgesellschaft gehandelt habe. Mit der Gesellschafterversammlung vom 6. Mai 2020 und Nachtrag vom 28. Juli 2020 sei die Umbenennung der Gesellschaft in B, die Verlegung des Geschäftssitzes

nach N. in H. und die Bestellung von H. als neuem Geschäftsführer beschlossen worden. Der Unternehmensgegenstand sei wie folgt angegeben:

„Gegenstand des Unternehmens ist die Übernahme der Geschäftsführung als persönlich haftenden Gesellschafterin von einer oder mehrerer noch zu gründender Kommanditgesellschaften, die Vornahme aller damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte sowie die Förderung des Unternehmenszwecks der jeweiligen Kommanditgesellschaft innerhalb des Unternehmensgegenstandes.“

Wie die Vergabekammer vor diesem Hintergrund zu der unzutreffenden Feststellung gelange, der Unternehmensgegenstand der Antragstellerin, der nicht die Führung eines eigenen Betriebes vorsehe, könne die streitgegenständliche Leistungserbringung umfassen, bleibe mangels Begründung offen.

Auch das Vorbringen des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer, der Organisator des W. sei mit 45 % Hauptgesellschafter der Antragstellerin erweise sich als unzutreffend. Dem Handelsregister sei zu entnehmen, dass die einzige Gesellschafterin der Antragstellerin die B sei (Anlage Bf 8). Zur Unternehmensgröße der Antragstellerin sei mitzuteilen, dass die Adresse N. in H. ebenfalls Geschäftssitz sei der von B. sowie der von B., bei der der Geschäftsführer der Antragstellerin jeweils als Partner tätig sei. Es entstehe der Eindruck, dass die Antragstellerin an ihrem Geschäftssitz keine eigenen Räumlichkeiten vorweise. Darüber hinaus seien an der Adresse N. insgesamt 34 Gesellschaften gemeldet, die dem Anschein nach der Vermögensverwaltung dienten. Es sei zu vermuten, dass von der Antragstellerin als Hauptarbeitgeberinnen keinerlei Angestellte beschäftigt würden. Auch der Geschäftsführer der Antragstellerin sei hauptsächlich für die von B. tätig.

Wie bereits mit dem Schriftsatz vom einen 20. Dezember 2020 vor der Vergabekammer dargestellt, sei die Antragstellerin nicht an der Durchführung des W. beteiligt. Der Anlage B 2 könne entnommen werden, dass das Festival von der W. ausgerichtet werde, deren Geschäftsführer T. und H., der Hauptgesellschafter der Gesellschafterin der Antragstellerin, seien. Nach der Anlage B 2a sei die von den Herren J. und H. vertretene I. alleinige Gesellschafterin der W.. Die Gesellschaften W. sowie die I. seien nicht im Bereich der Gastronomie tätig, im Rahmen des W. werde das gastronomische Angebot durch Dritte organisiert und gestellt, nämlich durch die W.. Die S. werde von der S. betrieben, eine Beteiligung der Antragstellerin hieran seien keiner Weise ersichtlich. Ein eigenständiger Gastronomiebetrieb „H. B.“, der nach Aussage des Geschäftsführers der Antragstellerin von dieser aus der Insolvenz gekauft worden sei, sei ihr nicht bekannt und online nicht auffindbar. Der Gastronomiebetrieb „D. B.“ werde von der D. betrieben. Für dieses Unternehmen sei aus den Insolvenzbekanntmachung eine Insolvenz nicht festzustellen

Die Antragstellerin habe ihre Behauptung, dass bereits öffentliche Aufträge erteilt worden seien, nicht weiter präzisiert. In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer habe die Antragstellerin vorgetragen, dass ein Kiosk in einem Freibad von ihr betrieben werde, sie an Projekten in G. und T. „dran“ und auch bei der Tagesgastronomie der U. aktiv sei. Der Vortrag der Antragstellerin sei auch auf Vorhaltungen des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen allgemein geblieben, der Geschäftsführer der Antragstellerin habe angegeben, keinerlei Interesse zu haben, das Geschäft der Antragstellerin offen zu legen. Hier sei ihr durch den pauschalen Vortrag der Antragstellerin die Möglichkeit abgeschnitten, diesen zu widerlegen. Lediglich hinsichtlich der Tagesgastronomie sei darauf verwiesen, dass diese von dem S. betrieben werden.

Die Antragstellerin habe in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer dargestellt, dass sie in einer Holding-Struktur agiere, weshalb die Vergabekammer in dem Beschluss entsprechend festgehalten habe „Die Verwaltungsgesellschaft sei zuständig für die Akquise von Verträgen, die Umsetzung erfolge durch Betriebsgesellschaften.“ Das begründe sich darin, dass das Risiko in der Betriebsgesellschaft liegen solle. Aus den Angaben der Antragstellerin sei mithin zu folgern, dass sie selbst nicht einem Vergabeverfahren

teilgenommen und auch kein Interesse daran gehabt hätte, den Pachtvertrag selbst abzuschließen. Ein nur mittelbares Interesse an einem Vertrag reiche nach überwiegender und zutreffender Auffassung für die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB nicht aus, was von der Vergabekammer übersehen worden sei. Festzustellen sei weiterhin, dass hinsichtlich der von der Antragstellerin benannten Gesellschaften keine Holdingstruktur mit der Antragstellerin vorliege.

Bei der Vertragsverlängerung handele es sich nicht um eine dem Vergaberecht unterliegende Dienstleistungskonzession. Abweichend von der zutreffenden Entscheidung der Vergabekammer sei es nach der zutreffenden Entscheidung des Kammergerichts (Urteil vom 22. Januar 2015 - 2 U 14/14 Kart „Waldbühne“) für das Beschaffungselement einer Dienstleistungskonzession notwendig, dass durch eine einklagbare Hauptleistungspflicht aus dem gegenständlichen Vertrag planmäßig ein Bedarf der Öffentlichkeit bedient werde. Die Abgrenzung der Vergabekammer zwischen „beschaffungsneutralen Vertragsinhalten“ und Vertragsinhalten mit Beschaffungselementen bleibe unklar. Die Vergabekammer unterstelle, dass nur die im Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie 2014/23/EU erwähnten Pflichten „beschaffungsneutral“ seien, was nicht überzeuge. Denn diese Auslegung führe dazu, dass bereits (im Erwägungsgrund Nr. 15 nicht genannte) Nebenpflichten in den Bereichen des Arbeitsschutzes, des Umweltschutzes und hinsichtlich sozialer Mindeststandards zu einem Beschaffungselement führen würden. Nicht nur in der zitierten Entscheidung des Kammergerichts „Waldbühne“, sondern auch in der neueren Rechtsprechung und Literatur werde für die Annahme einer Dienstleistungskonzession das Bedienen eines öffentlichen Bedarfs durch eine einklagbare Hauptleistungspflicht verlangt.

In tatsächlicher Hinsicht sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Parteien des Mietvertrages vom 27. Februar 2014 diesen mündlich - was zulässig sei - einvernehmlich abgeändert hätten. Während der Durchführung des streitgegenständlichen Pachtvertrages seien neben dessen Gegenstand nach Absprache mit dem Zeugen S. geschlossene Veranstaltungen sowie die Übernahme des ebenfalls im Freibad befindlichen Kiosks getreten. Ihr sei auch gestattet worden, weitere Räumlichkeiten und Einrichtungen zu nutzen, insbesondere ein Büro im 2014 errichteten Obergeschoss, Büro und Lagerraum im EG sowie zwei Container und Zelte im Außenbereich. Sowohl für geschlossene Veranstaltungen als auch für den Kiosk sei von der Beigeladenen an die Antragsgegnerin vereinbarungsgemäß eine gesonderte Vergütung geleistet worden. Entgegen der Beschreibung in der Präambel sei das A der Beigeladenen im Rahmen der Durchführung des streitgegenständlichen Vertrages auch während der Öffnungszeiten des Strandbades für Dritte geöffnet gewesen. Zudem sei das A während geschlossener Veranstaltungen für Badegäste des Strandbades auch in der Hauptsaison geschlossen gewesen. Diese konkrete Vertragsdurchführung sei der Antragsgegnerin bekannt gewesen und von dieser nicht nur geduldet, sondern auch selbst in Anspruch genommen worden. Die Antragsgegnerin sowie deren Vertretungsberechtigte privat hätten bei ihr geschlossene Veranstaltungen im A während der Öffnungszeit des Strandbades gebucht. Hierdurch hätten die Antragsgegnerin und deren Vertretungsberechtigte sie aktiv dazu aufgefordert, entgegen der Präambel des Vertrages das A während der Öffnungszeit des Freibades in der Hauptsaison für die Badegäste zu schließen. Sie sei mit Wissen und Billigung der Antragsgegnerin im Betrieb des As gänzlich frei gewesen. Die Antragsgegnerin habe nicht versucht, auf den Betrieb des As Einfluss zu nehmen. Sie sei frei in ihrer Entscheidung gewesen, wann das A geöffnet werde, welche Veranstaltungen ausgerichtet und welche Speisen und Getränke angeboten würden. Lediglich das Angebot von warmen Speisen sei gemäß dem Pachtvertrag untersagt gewesen. Frei sei die Beschwerdeführerin auch bei der Gestaltung der Arbeitskleidung der im A tätigen Angestellten gewesen. Das von ihr betriebene A sei in den letzten Jahren ganzjährig geöffnet gewesen.

Zu Unrecht erkenne die Vergabekammer in den Festsetzungen der Präambel des Vertrages, dass das A nur für Badegäste geöffnet sein solle, wenn das Strandbad geöffnet habe, eine einklagbare Rechtspflicht. Es sei bereits zweifelhaft, ob in der Präambel eine Rechtspflicht habe begründet werden sollen. Es sei allgemein

üblich, in der Präambel eines Vertrages den Kontext des Vertrages darzustellen und keine Pflichten zu begründen, erst recht keine Hauptleistungspflichten. Der Wortlaut der Präambel spreche weiterhin dafür, dass der Betrieb lediglich eingeschränkt werden solle, um zu verdeutlichen, dass das A während der Öffnung des Strandbades als Teil des Strandbades betrachtet werde. Fraglich sei ferner, ob eine planmäßige Beschaffung für die Öffentlichkeit vorliege, denn unstreitig solle die gastronomische Grundversorgung des Stadtparks durch die Rumpel Norderstedt GmbH erfolgen. Es komme hinzu, dass der öffentliche Bedarf an Getränken und Speisen im Strandpark ebenfalls durch den dort vorhandenen Kiosk gedeckt werde. Jedenfalls handele es sich nicht um eine einklagbare Hauptleistungspflicht, was sich bereits daraus ergebe, dass die Rechtspflicht nicht konkret genug bestimmt sei, um sie sinnvoll einzuklagen. Handelte es sich um eine Rechtspflicht, wäre die Beschwerdeführerin zwar gehalten, das A zu öffnen, könnte jedoch selbstbestimmt entscheiden, was sie anbiete oder auch nicht. Weiterhin stünden der vermeintlichen Hauptleistungspflicht die mündlichen Abreden entgegen. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer genossen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom einen zum 1. September 2015 - XII ZR 312/02) nachträgliche mündliche Individualabreden Vorrang vor formularmäßig verwendeten Schriftformklauseln. Schließlich stünde einer klageweisen Durchsetzung der vermeintlichen Hauptleistungspflicht Treu und Glauben gemäß § 242 BGB entgegen. Die Antragsgegnerin habe nicht nur über sechs Jahre hingenommen, dass das A während der Öffnungszeiten des Strandbades für Badegäste geschlossen gewesen sei, sondern habe dies sogar durch eigene Veranstaltungsbuchungen veranlasst. Es läge daher ein widersprüchliches, nach § 242 BGB treuwidriges Verhalten vor.

Hinsichtlich der in § 13 des Mietvertrages genannte Pflicht, für ausreichend Personal zu sorgen, verdeutliche bereits die Überschrift zu § 13 „sonstige Vereinbarungen“, dass es sich jedenfalls nicht um eine Hauptleistungspflicht handele. Die vermeintliche Rechtspflicht erweise sich als sehr unbestimmt und als in sich nicht geeignet, einen öffentlichen Bedarf zur befriedigen. Sie erwecke den Eindruck, dass die Klausel lediglich eine klarstellende Funktion habe und verdeutlichen solle, dass der Pächter selbst Sorge für das Personal zu tragen habe. Einer klageweisen Geltendmachung würde zudem erneut Treu und Glauben entgegenstehen, da die Antragsgegnerin es über sechs Jahre hingenommen und sogar durch eigene geschlossene Veranstaltungen gefördert habe, dass nicht ausreichend Personal für die Badegäste zur Verfügung gestanden habe.

Es sei offensichtlich, dass es sich bei der Pflicht zum „Corporate Design“ durch einheitliche Dienstkleidung jedenfalls nicht um eine Hauptleistungspflicht handele und diese Pflicht auch nicht dazu diene, einen öffentlichen Bedarf zu decken. Eine einheitliche Dienstkleidung sei ein gängiger Gegenstand eines Pachtvertrages, wenn der Pachtvertrag eine Einrichtung einer größeren Einheit zum Gegenstand habe. Diese Pflicht entspreche mithin den beispielhaften Pflichten nach dem Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie 2014/23/EU.

Auch zu der Verpflichtung zur Anpassung der Öffnungszeiten an das Strandbad sei festzustellen, dass diese unter der Überschrift „sonstige Vereinbarungen“ im Vertrag festgehalten sei, was der Einordnung als einer Hauptleistungspflicht entgegenstehe. Im Übrigen stehe diese vermeintliche Pflicht im Widerspruch zu der Präambel, wonach die Beigeladene die Öffnungszeiten außerhalb der Öffnungszeiten des Strandbades frei gestalten könne. Zudem stünden der Annahme einer derartigen Pflicht nicht nur die späteren Individualvereinbarungen, sondern auf das widersprüchliche Verhalten der Antragsgegnerin nach § 242 BGB entgegen.

Hierzu führt die Antragsgegnerin im Wesentlichen aus:

Die von der Beschwerdeführerin übernommenen Verpflichtung zur gastronomischen Versorgung während der Öffnungszeiten des städtischen Freibades (Präambel und 13 Abs. 3 Mietvertrag) stelle eine Dienstleistung und eine einklagbare Hauptleistungspflicht der Beschwerdeführerin ihr gegenüber dar.

Neben dem Betriebs- und Pachtvertrag vom 27. Februar 2014 bestehe keine weitere vertragliche Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und ihr, das gelte insbesondere im Blick auf eine etwaige Erweiterung der Geschäftsbeziehung. Hiervon abweichende Vereinbarungen seien nicht getroffen worden, etwaige Vertragsänderungen hätten der Schriftform bedurft.

Unzutreffend sei die Darstellung der Beschwerdeführerin, die geschlossenen Veranstaltungen und der Kioskbetrieb im Rahmen des Badbetriebes seien „außerhalb des Betriebs- und Pachtvertrages“ durchgeführt worden. Die Umsätze aus dem Kioskbetrieb im Freibad seien ausweislich der Umsatzstatistik des früheren A. vertragsgemäß bei der Pachtberechnung gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages berücksichtigt worden. Das gelte auch für die Umsätze aus dem Kaffee- und Bistrobetrieb sowie aus öffentlichen Veranstaltungen. Lediglich für einige private Veranstaltungen hätten der frühere A. und der Prokurist der Beschwerdeführerin offenbar im Verlauf der Geschäftsbeziehung unter Umgehung von § 3 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages hinsichtlich der Berechnungsmethode der Pacht abweichende Vereinbarung getroffen. Dies führe jedoch nicht dazu, dass die Rechtsgrundlage für die Möglichkeit der Durchführung dieser Veranstaltungen eine andere als die des Pachtvertrages vom 27. Februar 2014 sei; insbesondere eröffne die Präambel der Mieterin die Möglichkeit, das A in der Nebensaison zu nutzen. Sie habe keine Veranstaltungen aufgrund ihres vorrangigen Buchungsrechtes durchführen lassen. Demgegenüber werbe die Beschwerdeführerin im Internet mit dem Angebot als Hochzeitslocation (Anlage Bg 12). Da derartige Veranstaltungen in Umsetzung der Präambel des Mietvertrages erfolgten, seien diese auch bei der Ermittlung des Vertragswertes nach § 2 KonzVgV zu berücksichtigen. Dieser übersteige bereits ohne die privaten Veranstaltungen den Schwellenwert ohne weiteres.

Die Antragstellerin habe ihr gegenüber ihr eigenes Interesse an dem Betrieb der Gastronomie im A dargestellt. Die Event-Location des As passe aufgrund der hervorgehobenen Lage am See des S. N. in das Konzept der Erlebnisgastronomie der Antragstellerin. Die Werksleitung der Stadtwerke Norderstedt führe seit einiger Zeit eine geschäftliche Beziehung zu der Antragstellerin aufgrund gemeinsamer Projekte mit Partnern dieser.

Hier liege ein Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand vor. Ausreichend sei es, wenn sich der Konzessionsnehmer einklagbar dazu verpflichte, eine Dienstleistung auf dem Markt anzubieten. Hierbei komme es nicht darauf an ob die Verpflichtung die Übertragung einer „öffentlichen Aufgabe“ oder eine „Aufgabe der Daseinsvorsorge“ darstelle. Eine solche Voraussetzung sei weder dem nationalen Gesetz noch der Richtlinie 2014/23/EU zu entnehmen. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Waldbühnenentscheidung des Kammergerichts betreffe die Rechtslage vor der Umsetzung des europäischen Vergaberechts. So liege im Fall des Betriebs einer Kantine in einer öffentlichen Einrichtung ebenso eine Dienstleistungskonzession vor wie bei dem Betrieb einer Cafeteria auf einem Universitätscampus.

Der mit Vereinbarung vom 14. Mai 2020 verlängerte Vertrag vom 27. Februar 2014 sichere die gastronomische Versorgung der öffentlichen Einrichtung des städtischen Freibades. Die gastronomische Versorgung stelle den Betrieb einer dem öffentlichen Zweck dienenden Einrichtung sicher. Die Bestimmungen der Präambel in Verbindung mit § 13 Abs. 3 des Mietvertrages legten zweifelsfrei eine einklagbare Betriebspflicht fest, die durch sie detailliert ausgestaltet sei. Die Versorgungsverpflichtung regele die Betriebsart (Cafe/Bistro), das Speiseangebot (warme und kalte Getränke, kleine Snacks), die Öffnungszeiten, die Dienstkleidung und das ausschließliche Nutzungsrecht zugunsten der Badnutzer. Die Betriebsführungsleistung sei zivilrechtlich als Dienstleistung einzuordnen.

Der der Kammergerichtsentscheidung „Waldbühne“ zugrunde liegende Sachverhalt unterscheide sich in einem wesentlichen Punkt von dem hiesigen Sachverhalt. Hier gehe es um die gastronomische Versorgung einer dem öffentlichen Zweck dienenden Einrichtung, der Gastronomiebetrieb diene der Ergänzung einer öffentlichen Aufgabe. Dieser Sachverhalt sei mit dem Fall eines Kantinenbetriebes in einer öffentlichen Einrichtung vergleichbar, der geradezu den klassischen Fall einer Dienstleistungskonzession darstelle. Das Kammergericht nehme in der weiteren Urteilsbegründung Abstand von der Einschränkung des Vertragsgegenstandes und für die Abgrenzung zwischen vergabepflichtiger Dienstleistungskonzession und vergabefreiem Pachtvertrag allein anhand des Merkmals der vertraglichen Verpflichtung zu einer einklagbaren Hauptleistungspflicht. Hiernach liege eine Beschaffung vor, wenn sich der Konzessionsnehmer gegenüber dem Konzessionsgeber einklagbar dazu verpflichte, eine Dienstleistung auf dem Markt anzubieten. Dies sei in dem Waldbühnenfall nicht der Fall gewesen.

Für das Vorliegen eines Beschaffungsvorganges sei hiernach Art und Umfang der Einflussnahme der öffentlichen Hand auf die Erbringung der Dienstleistung maßgeblich. Diese liege vor, wenn der Auftraggeber seinem Vertragspartner konkrete und detaillierte Vorgaben hinsichtlich der Erfüllung der Dienstleistung mache.

Der Vertrag vom 27. Februar 2014 statuiere eine Betriebspflicht im Rahmen des Schwimmbadbetriebes. Die Versorgungsverpflichtung in der Hauptsaison regele die Betriebsart (Café/Bistro), das Speisenangebot (warme und kalte Getränke, kleine Snacks), die Öffnungszeiten, die Dienstkleidung und das ausschließliche Nutzungsrecht zugunsten der Badnutzer. Darüber hinaus übe sie durch das städtische Nutzungskonzept für den Stadtpark und die konkreten Vorgaben hinsichtlich Art und Anzahl der Veranstaltungen auch auf die Durchführung des Gastronomiebetriebs in der Nebensaison umfangreich Einfluss aus. Insbesondere seien die Veranstaltungen im A stets mit ihr hinsichtlich von Art und Umfang im Vorhinein abzustimmen gewesen. Aufgrund des einheitlichen städtischen Nutzungskonzeptes für den gesamten Stadtpark habe von Anfang an die Vorgabe bestanden, dass sich die beiden Gastronomiebetriebe im Stadtpark hinsichtlich des Angebotes abzustimmen hätten. Sie hätte sich ebenfalls die Einflussnahme auf die Programmgestaltung im Strandbad vorbehalten. Eine Abstimmung mit ihr sei auch deshalb erforderlich gewesen, um ihr die in der Präambel des Mietvertrages vertraglich zugesicherte vorrangige Inanspruchnahme der Pachträume zum Zweck eigener Vermietung für geschlossene Veranstaltungen zu ermöglichen.

Die Pflicht zur Bewirtschaftung der Gastronomie für den Schwimmbadbetrieb stelle eine Hauptleistungspflicht dar. Diese Verpflichtung stelle den Grund für den Vertrag vom 27. Februar 2014 dar und werde sowohl in der Präambel als auch in § 13 begründet. Der Betreiber verpflichte sich, die Gastronomie für drei Monate im Jahr ausschließlich den Badegästen zur Verfügung zu stellen und die Öffnungszeiten denen des Strandbades anzupassen. Die hierdurch erfolgende gastronomische Grundversorgung der Schwimmbadbenutzer könne nicht durch die Gastronomie der R. erfüllt werden. Denn die Hauptgastronomie liege am anderen Ende des Stadtparksees in Entfernung zum Gelände des Freibades. Die Hauptgastronomie diene der gastronomischen Grundversorgung des gesamten Stadtparks, während das A die Versorgung der Schwimmbadbenutzer sicherstelle. Die drei Sommermonate stellten für eine am Strand gelegene Gastronomie mit großem Außenbereich die umsatzstärksten und damit wirtschaftlich bedeutendsten Monate dar. In dieser Zeit des stärksten Kundenaufkommens gelte der Vorrang der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe des Badbetriebes. Lediglich die Versorgungsverpflichtung als Ergänzung der öffentlichen Aufgabe des städtischen Schwimmbadbetriebes gebe dem Betreiber die Möglichkeit, in der Nebensaison die Gastronomie für Veranstaltungen zu nutzen.

Die Antragstellerin nimmt im Wesentlichen Stellung wie folgt:

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

Sie betreibe die „H. B.“, eine Eventlocation in der H., die auf knapp 600 qm im Innenbereich und zusätzlich ca. 400 qm Außenfläche die Durchführung von Veranstaltungen, z. B. von Tagungen, Produktpräsentationen, festlichen Abendveranstaltungen und Dinners ermögliche. Sie biete eine Kapazität für die Bewirtung von bis zu 300 Personen bei gesetzten Events mit Bestuhlung bzw. von bis zu 500 Personen bei Stehempfangen, wie sich aus dem Auszug aus ihrer Webseite hamburger-bucht.de, Anlage AST 6, = Bl. 294 ff. d.A.) ergebe. Sie sei nicht nur Betreiberin der „H. B.“, sondern auch Eigentümerin der betrieblichen Immobilie (Schriftsatz vom 26. März 2021, Seite 4, Bl. 264 d.A.), bzw. Erbpachtberechtigte (so der Geschäftsführer K. im Senatstermin vom 22. April 2021, vgl. hierzu Ziffer I des Senatsbeschlusses vom 27. Mai 2021, Bl. 527 d.A.) bzw. habe die Immobilie zu „Erbpachtkonditionen angemietet“ (Schriftsatz vom 18. Juni 2021, S. 1, Bl. 597 d.A.). Sie verfüge über exzellente Verbindungen in die Gastronomie- und die Eventbranche. Sie realisiere das Eventgeschäft der „H. B.“ mit ihren drei Hauptpartnern:

- „S. (Speisen und Getränke / Catering),
- „L. (Möbiliar und Ausstattung),
- „E. (Licht und Technik).

Darüber hinaus arbeite sie auf Kundenwunsch auch mit weiteren Partnern zusammen.

Herr H., einer der beiden Hauptgesellschafter der B, betreibe neben seiner Hauptaktivität als Gründer des W. und Geschäftsführer der W., dieses Konzept seit vielen Jahren sehr erfolgreich im norddeutschen Raum mit jeweils unterschiedlichen Partnern. So betreibe er u.a. im F. über Partner die dortige Gastronomie bzw. Kioskbetrieb. Ferner unterstütze er die Landesregierung Schleswig-Holstein bei der Ausrichtung regionaler und kommunaler Events wie z.B. der K.. Die weitere Hauptgesellschafterin der B, die E., betreibe über Tochtergesellschaften z. B. das E. in D. und das A. in K.. Auch diese Einrichtungen verfügten jeweils über ein gastronomisches Angebot.

Sie habe einen langjährigen Mietvertrag für einen Gastronomie- und Eventbetrieb im derzeit im Bau befindlichen S. in der H. abgeschlossen, dessen Eröffnung Anfang 2023 erfolgen werde. Bei der Konzeption dieses Betriebs arbeite sie mit dem durch eine Vielzahl von TV-Sendungen (u.a. R. bei K., T. im Z., T. und H. bei S.) bekannten „Sternekoch“ F. zusammen.

Weiterhin stehe sie in Verhandlungen über den Betrieb einer dem A ähnlichen Location am H. S.. Hier sei neben dem Event- und Kioskbetrieb auch ein Bootsverleih und eine Außenstelle des Standesamts T. vorgesehen.

Sie sei coronabedingt gezwungen, ihren Geschäftsbetrieb einzustellen. Die coronabedingt fehlenden Umsätze habe sie zumindest teilweise mit strenger Kostendisziplin auf der Ausgabenseite kompensiert. Dazu habe sie auf die Festanstellung von Personal im gastronomischen Bereich verzichtet, sondern die verbliebenen Veranstaltungen mit freien Mitarbeitern bzw. von ihren Partnern gestelltem Personal durchgeführt. Ihr stehe an ihrem Geschäftssitz Neuer Wall 41 ein Büroraum zur Verfügung. Ungeachtet dessen lasse sie angesichts der andauernden pandemischen Lage eine Vielzahl ihrer administrativen Tätigkeiten aus dem Homeoffice bearbeiten und habe zur Schonung ihrer Mittel bislang darauf verzichtet, weitere Büroflächen anzumieten.

Zu Recht habe die Vergabekammer ihre Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB bejaht. Sie mache ein eigenes Interesse geltend. Sie beabsichtige, den Betrieb der Gastronomie im A. A als alleinige Vertragspartnerin der Antragsgegnerin in eigener Verantwortung durchzuführen. Sie gehöre der Gastronomiebranche an und sei darauf eingerichtet, einen Gastronomiebetrieb durchzuführen. Ihre eigene

Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit sei durch den Betrieb der „H. B.“ nachgewiesen. Zudem habe sie zwei (mittelbare) Hauptgesellschafter, die mit ihrem ausgewiesenen Know-how und ihren umfangreichen Verbindungen wertvolle Beiträge zum erfolgreichen Betrieb der Gastronomie im A. A leisten könnten. Sie sei der Lage, die Gastronomie im A. A entweder auf Grundlage eines ähnlichen Konzeptes wie desjenigen der „H. B.“ oder weitestgehend in Eigenleistung und mit eigenem Personal zu erbringen. Rein vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass der bloße Umstand, dass der Betrieb eines Antragstellers zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht auf den Auftrag eingerichtet sei, eine Verneinung des Interesses des Antragstellers nicht rechtfertige. Einem Antragsteller stehe es frei, sich bei der Ausführung des Auftrags sowohl Unterauftragnehmern als auch einer Eignungsleihe zu bedienen.

Der Vortrag, sie werde den Vertrag nicht selbst abschließen, sei zurückzuweisen. Sie behalte sich für den Fall der Zuschlagserteilung jedoch vor, ein Nachunternehmen einzusetzen. Ebenso rechtsirrig sei der Vortrag der Beschwerdeführerin, wonach ihr Unternehmensgegenstand darauf hinweise, dass kein eigener Betrieb geführt werden solle. Zum einen sehe § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Antragstellerin vor, dass die Gesellschaft berechtigt ist, alle Geschäfte zu tätigen, die der Förderung Ihres Unternehmenszwecks unmittelbar oder mittelbar dienlich erschienen. Bereits diese sehr weite Fassung des Unternehmensgegenstands widerlege den Vortrag der Beschwerdeführerin. Im Übrigen könne von der Antragstellerin nicht erwartet werden, dass sie bereits zur Durchführung des vorliegenden Verfahrens eine eigene Kommanditgesellschaft gründe. Gemäß Artikel 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23/EU könnten Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, einschließlich befristeter Zusammenschlüsse, an Konzessionsvergabeverfahren teilnehmen. Öffentliche Auftraggeber dürften ihnen keine bestimmte Rechtsform vorschreiben, um ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einzureichen. Erst nach Erteilung des Zuschlags dürften öffentliche Auftraggeber von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern verlangen, dass diese eine bestimmte Rechtsform annehmen, soweit diese Änderung für die zufriedenstellende Durchführung des Vertrags erforderlich sei (Artikel 26 Abs. 3 der Richtlinie 2014/23/EU). Der Begriff des „Wirtschaftsteilnehmers“ sei im weiten Sinne zu verstehen und umfasse auch andere als die im Numerus Clausus der Gesellschaftsformen vorgesehene Einrichtungen, unabhängig davon, ob sie unter allen Umständen als „juristische Personen“ gälten oder nicht. (Erwägungsgrund 49 der Richtlinie 2014/23/EU). Danach wäre von der Antragstellerin die Gründung einer eigenen Kommanditgesellschaft nicht einmal zur Bewerbung um die Erteilung der streitgegenständlichen Konzession von der Antragsgegnerin zu verlangen, sondern allenfalls nach erfolgter Zuteilung dieser Konzession.

Welche Angaben dazu bzw. der etwaigen Einschaltung von Unterauftragnehmer im Einzelnen von der Antragstellerin bereits im Konzessionsvergabeverfahren verlangt würden, sei Gegenstand der von der Antragsgegnerin in der Konzessionsbekanntmachung zu veröffentlichenden Teilnahmebedingungen, nicht aber des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens. Im Übrigen sehe Artikel 38 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23/EU ausdrücklich vor, dass ein Wirtschaftsteilnehmer zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen gegebenenfalls Leistungen anderer Unternehmen einbeziehen könne, unabhängig davon, welche rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und diesen Unternehmen bestünden.

Schließlich sei die B bereits vor Beginn der streitigen Auseinandersetzung zwischen der Beschwerdeführerin und der Antragsgegnerin gegründet. Die Übernahme der Antragstellerin durch die B und die Änderung ihres Unternehmensgegenstandes sei ebenfalls vor Beginn dieser Auseinandersetzung erfolgt. Die Beschwerdeführerin könne daher weder behaupten, diese Gesellschaften seien erst in Hinblick auf diese Auseinandersetzung etabliert worden, noch dass sie von der Antragsgegnerin in irgendeiner Weise instrumentalisiert worden seien. Sie handele aus eigenem Interesse an der Zuteilung der streitgegenständlichen Konzession.

Die Beschwerdeführerin verkenne die Anforderungen an einen Schaden im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Das zentrale Anliegen des Primärrechtsschutzes sei die Verhinderung eines dem Antragsteller drohenden Schadens, nämlich der Verlust des Auftrags. Die De-facto-Vergabe mache es der Antragstellerin unmöglich, sich mit einem Angebot an einem Vergabeverfahren zu beteiligen und somit überhaupt eine Chance auf den Zuschlag zu haben. Zu Recht führe die Vergabekammer aus, dass ein Schadenseintritt im Sinne des § §§ § 160 Abs. 2 S. 2 GWB bereits dann drohe, wenn durch den beanstandeten Vergabeverstoß die Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag zumindest verschlechtert werden könnten, was hier der Fall sei.

Die Vertragsverlängerung vom 14. Mai 2020 des am 27. Februar 2014 zwischen der C und der Beschwerdeführerin geschlossenen Betriebs- und Pachtvertrags sei gemäß den §§ 135 Abs. 1 Nr. 1, 154 Nr. 4 GWB unwirksam. Hierbei handele es sich um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt habe.

Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die angeblich unzureichende Würdigung des 15. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU durch die Vergabekammer gehe fehl. Nach diesem Erwägungsgrund sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Liegenschaften privatrechtlich zu nutzen, nicht als Konzession seine der Richtlinie gelten, wenn der öffentliche Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlege, ohne bestimmte Dienstleistungen zu beschaffen. Dies solle in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften betreffen, die lediglich Klauseln enthielten, 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 regelten.

Der vorliegende Betriebs- und Pachtvertrag enthalte weit über solche allgemeinen Klauseln hinausgehende inhaltliche Vorgaben, wie z.B. die konkreten Vorgaben der Öffnungszeiten, der Gestaltung des Speisen- und Getränkeangebots und zur Bekleidung des Personals. Ferner sei der 15. Erwägungsgrund im Zusammenhang mit den weiteren Erwägungsgrund der Richtlinie zu sehen. So sehe z.B. der 25. Erwägungsgrund ausdrücklich vor, dass einschlägige Tätigkeiten an Flughäfen auch Dienstleistungen für Fluggäste umfassten, die zum reibungslosen Betrieb der Flughafeneinrichtungen beitrügen und von einem gut funktionierenden, modernen Flughafen erwartet würden, beispielsweise Einzelhandelsgeschäfte, Verpflegung und Parkplätze. Eine Dienstleistungskonzession liege demnach nicht nur dann vor, wenn der Auftraggeber seinem Vertragspartner eigentlich ihm obliegende öffentliche Aufgaben übertrage. Vielmehr reiche insofern bereits die Übertragung von Dienstleistungen an den Vertragspartner aus, deren Erbringung das Publikum in der heutigen Zeit neben der Erfüllung der eigentlichen öffentlichen Aufgabe erwarte, wie z.B. ein Verpflegungsangebot in einem „gut funktionierenden, modernen Flughafen“. Nichts anderes gelte für die Übertragung der in dem Betriebs- und Pachtvertrag geregelten Dienstleistungen durch die Antragsgegnerin an die Beschwerdeführerin. Zu Recht weise die Antragsgegnerin darauf hin, dass der klassische Fall einer Dienstleistung Konzession der Betrieb einer Kantine in einer öffentlichen Einrichtung sei.

Der Senat hat die Beteiligten, insbesondere den Geschäftsführer der Antragstellerin im Termin vom 22. April 2021 (Protokoll Bl. 470 f d.A.) angehört und unter dem 27. Mai 2021 Auflagen erteilt und eine Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugen S., A., C., A. und G. beschlossen (vgl. Beschluss Bl. 526 - 535 d.A.). In dem weiteren Senatstermin vom 16. August 2021 (Bl. 686 - 690 d.A.) sind die Zeugen vernommen worden und der Werkleiter der Antragsgegnerin S. angehört worden; dessen Äußerung hatte der Werkleiter W. der Antragsgegnerin nichts hinzuzufügen.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsätzen vom 25. und 27. August 2021, die Beigeladene mit Schriftsatz vom 26. August 2021 weiter Stellung genommen. Anlass, die mündliche Verhandlung auf die nicht nach § 283 ZPO nachgelassenen Schriftsätze nach § 156 ZPO wieder zu eröffnen, bestand nicht.

II.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen vom 28. Januar 2021 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 15. Januar 2021 ist zulässig und begründet.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB zulässig. Sie ist mit dem Schriftsatz vom 28. Januar 2021 innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer am 15. Januar 2021 erhoben, gleichzeitig begründet und durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet worden.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist begründet, wenn der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig oder unbegründet ist. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig. Er ist unstatthaft. Überdies ist die Antragstellerin nicht antragsbefugt. Im Einzelnen:

1. Statthaftigkeit

Der Antrag ist unstatthaft. Nach § 155 GWB unterliegt - unbeschadet der Prüfungsmöglichkeit von Aufsichtsbehörden - (nur) die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Die Verlängerung des streitgegenständlichen Mietvertrags vom 27. Februar 2014 am 14. Mai 2020 ist jedoch keine Konzession, sondern ein reiner Pachtvertrag.

a) Auf der Grundlage der Vergaberichtlinie von 2014 (Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 - Abl. L 94 Seite 1, berichtigt in Abl. L 114 vom 5. Mai 2015 Seite 24 und in Abl. L 82 vom 26. März 2018 Seite 17) handelte es sich bei dem öffentlichen Auftrag um einen entgeltlichen Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers zur Beschaffung von Leistungen, während die Konzession typischerweise ein Dreiecksverhältnis (öffentlicher Auftraggeber, Dienstleistungserbringer, Nutzer der Dienstleistung) und eine Verlagerung wirtschaftlicher Risiken voraussetzt (Classen, Zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen gegenüber Miet- und Pachtverträgen nach der Richtlinie 2014/23/EU, BauR 2016, 13, 14 f.). Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um den Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers mit einem Wirtschaftsteilnehmer, aufgrund dessen letzterer eine Dienstleistung unter Übernahme des wirtschaftlichen Risikos zu erbringen hat, wobei er dadurch entlohnt wird, dass er die aus der Erbringung der Dienstleistung am Markt erzielten Einkünfte behalten darf - die zusätzliche Bezahlung durch den öffentlichen Auftraggeber ist möglich, aber nicht notwendig (Classen, aaO, S. 17).

Bei reinen Miet- und Pachtverträgen beschafft die öffentliche Hand hingegen nichts, sondern bietet selbst eine Leistung an und verwertet eigenes Vermögen. Diesen Überlegungen liegt der Inhalt von Erwägungsgrund 15 der vorgenannten Richtlinie zugrunde, der beschaffungsneutrale typische Vertragsinhalte von Miet-/Pachtverträgen aufführt. Beschaffungselemente können vorliegen, sobald eine Miet-/Pachtvertrag dem Mieter/Pächter Pflichten zur Erbringung einer Leistung auferlegt (Classen, aaO, S. 18 f).

b) An diesen Maßstäben gemessen liegt in der Verlängerung des streitgegenständlichen Mietvertrags keine Dienstleistungskonzession.

Die Antragsgegnerin hat durch den Mietvertrag keine Leistungen beschafft. Sie hat durch den Mietvertrag weder die Versorgung der Badegäste des Strandbads noch die Möglichkeit, im A nach ihren Wünschen Veranstaltungen durchführen zu lassen, beschafft.

aa) Die Antragsgegnerin hat durch den Mietvertrag nicht die Versorgung der Badegäste des Strandbads beschafft.

(1) Bereits der Mietvertrag vom 27. Februar 2014 sah entgegen seinem Wortlaut in der Präambel die Versorgung der Badegäste nicht vor. Das steht zur Überzeugung des Senats (§ 175 Abs. 2, § 72 Nr. 2 GWB, § 286 ZPO) fest.

In der Präambel des Mietvertrags heißt es allerdings, dass das A in der Badesaison, wenn es geöffnet ist, (nur) für die Badegäste geöffnet und nur für sie zugänglich ist (Präambel Abs. 3 Satz 1).

Der übereinstimmende Wille geht dem Wortlaut aber nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen vor (falsa demonstratio non nocet). Die Vertragsparteien sahen die Beigeladene entgegen dem Wortlaut der Präambel übereinstimmend nicht als verpflichtet an, die Badegäste mit Getränken und Snacks zu versorgen (Präambel Abs. 3 Satz 3). Das steht zur Überzeugung des Senats fest. Gegen die Absicht, die Badegäste durch die Vermietung des As mit Getränken und Snacks zu versorgen, spricht bereits die vertragliche Gesamtsituation bei Abschluss des Mietvertrags. Zu diesem Zeitpunkt wurde der Kiosk des Strandbades noch von Herrn Hallwachs betrieben. Mit ihm bestand insoweit ein Mietvertrag (vgl. § 1 Ziff. 4 Satz 2 des Mietvertrags vom 27. Februar 2014). Diese vertragliche Gesamtsituation spiegelt sich wider in der Ausschreibung (Anlage AG 2), die eine Versorgung der Badegäste durch das A gerade ausschließt und offensichtlich dem Betreiber des Kiosks vorbehalten will. Schließlich entspricht das auch den offenkundigen Wünschen nahezu aller Besucher von Freibädern: Diese wollen Getränke und Snacks an einem frei zugänglichen Tresen, hier dem Kiosk, erwerben, der sie nicht dazu nötigt, sich umzuziehen oder in unpassender oder gar nasser Kleidung Innenräume eines Restaurants aufsuchen zu müssen. Diese äußeren feststehenden Umstände decken sich mit den Aussagen der Zeugen F. und S.. Der Zeuge F. hat ausgeführt, es sei bei Abschluss des Mietvertrags nicht darum gegangen, die Badegäste zu versorgen. Dies sei Sache des Pächters des Kiosks, Herrn H., gewesen. Das A habe die typischen Bedürfnisse der Badegäste nicht erfüllen dürfen; es sei ihnen nicht gestattet gewesen, Eis oder Pommes zu verkaufen. Das sei das alleinige Recht des Betreibers des Kiosks gewesen. An den Badegästen sei die Beigeladene ohnehin nicht interessiert gewesen, mit denen verdiene man kein Geld. Das deckt sich mit der Aussage des Zeugen S., der ebenfalls ausgesagt hat, die Badegäste seien über den Kiosk versorgt worden. Der Senat ist sich bewusst, dass der Zeuge F. als Bruder der Geschäftsführerin der Beigeladenen und als einer ihrer maßgeblichen Köpfe eigene Interessen verfolgt und der Zeuge S. eine undurchsichtige Figur abgibt. Das ändert aber nichts daran, dass die hier in Rede stehenden Teile ihrer Aussagen, die sich zwanglos in die Gesamtsituation einfügen, glaubhaft sind.

Überdies konnte durch die Vernehmung der Zeugen und die Anhörung der Geschäftsführer der Stadtwerke nicht geklärt werden, wie sich Ausschreibung und Mietvertrag zueinander verhalten. Keiner der vom Senat vernommenen Zeugen war sich der Diskrepanz zwischen der Ausschreibung, die die Versorgung der Badegäste nicht dem Betreiber des As, sondern (wohl) dem des Kiosks, zuwies und dem Mietvertrag bewusst. Die Antragsgegnerin hat sich im Beschwerdeverfahren vielmehr auf den Standpunkt gestellt, die Leistungsbeschreibung Ziffer 2 der Amtlichen Bekanntmachung (Anlage AG 2) sei in die Präambel des Miet- und Pachtvertrags übernommen worden (Seite 2 des Schriftsatzes vom 19. April 2021 - Blatt 430 der Akte). Das spricht aus der Sicht des Senats dafür, dass es bei den Vorgaben der Ausschreibung, die dafür sorgen sollte, dass dem Betreiber des Kiosks, Herrn H., keine Konkurrenz erwächst, verbleiben sollte und die Präambel des Mietvertrags keine von den Vertragsparteien gewollte Regelung wiedergibt.

(2) Wenn man dies anders sähe, hätten die Parteien des Mietvertrags, die S. N. und die Beigeladene, den Mietvertrag einvernehmlich abgeändert.

Die in Ziffer 15 Nr. 1 des Mietvertrags vereinbarte „doppelte“ Schriftformklausel steht der Abänderung nicht entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2017 - XII ZR 69/16, Rn. 16). Die Auslegung der anlässlich der Verlängerung des Mietvertrags am 14. Mai 2020 abgegebenen Willenserklärungen der Parteien ergibt, dass die Parteien einen reinen Pachtvertrag über das A verlängern wollten und damit spätestens mit Abgabe dieser Willenserklärungen einvernehmlich einen derartigen reinen Pachtvertrag abgeschlossen haben.

(a) Der Vertrag war zu diesem Zeitpunkt als reiner Pachtvertrag ausgestaltet; eine Beschaffung der Versorgung von Badegästen fand nicht statt. Das steht zur Überzeugung des Senats fest.

Zum Zeitpunkt der hier angegriffenen (erneuten) Verlängerung des Mietvertrags vom 14. Mai 2020 betrieb die Beigeladene auch den Kiosk des Strandbads. Sie hatte durch organisatorische Maßnahmen dafür gesorgt, dass die Badegäste, die Besucher des Strandbads, durch den Kiosk versorgt wurden und das A Besuchern des Parks für Kaffee und Kuchen offenstand und vor allem für Events genutzt werden konnte. Der Betrieb war klar getrennt. Das steht zur Überzeugung des Senats fest aufgrund der Aussagen der Zeugen F., S. und C., die das sämtlich so ausgesagt haben. Zur Glaubwürdigkeit des Zeugen C. gilt zwar das zu der des Zeugen F. Gesagte. Der Senat ist aber gleichwohl von der Richtigkeit der Aussagen überzeugt, weil sie inhaltlich glaubhaft sind. Die Zeugen F. und C. haben auf den Senat den Eindruck von fähigen und organisatorisch begabten Gastronomen gemacht. Hierfür spricht auch der kontinuierlich wachsende - ganz erhebliche - wirtschaftliche Erfolg des As in den letzten Jahren. Die Aufteilung des Betriebs in der von ihnen geschilderten Weise mit der Versorgung der Badegäste durch den Kiosk ist wirtschaftlich und organisatorisch durchdacht und insgesamt plausibel. Der Senat ist auch davon überzeugt, dass es der Beigeladenen gerade darum ging, dass die Badegäste den Betrieb der „Eventlocation Strandbad“ nicht störten; ihre Versorgung war mehr oder minder „lästiges“ Beiwerk der Vertragsbeziehung. Das hat der Zeuge F. so zum Ausdruck gebracht mit der Formulierung, mit den Badegästen verdiene man kein Geld. Letztlich haben auch die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen diese gelebte Praxis in ihren abschließenden Plädoyers zur Würdigung der Beweisaufnahme als bewiesen zugrunde gelegt.

Dass gelegentlich ein Badegast vom A einen Cocktail oder Ähnliches kaufte, ändert an dieser Gesamtbetrachtung nichts. Im Rahmen einer Dienstleistungskonzession betraut ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Die Antragsgegnerin betraut die Beigeladene aber von vornherein nicht mit einer Dienstleistung, wenn gelegentlich für einen Badegast die Möglichkeit besteht, ein Getränk oder eine Speise zu erwerben. Eine Verpflichtung zur Versorgung mit Getränken und Speisen ist mit einer derartigen rein faktischen offensichtlich auf Zeit und Gelegenheit beruhenden Erwerbsmöglichkeit nicht verbunden. Es bedarf keiner Fantasie, um zu erkennen, dass ein in Badehose gekleideter Besucher des Strandbads dann keinen Cocktail erhält, auch wenn er nach ihm verlangt, wenn gerade eine Hochzeitsgesellschaft im A feiert und er deshalb nicht bedient werden kann.

(b) Die Auslegung der anlässlich der Verlängerung des Mietvertrags am 14. Mai 2020 abgegebenen Willenserklärungen der Parteien ergibt, dass die Parteien spätestens mit Abgabe dieser Willenserklärungen einvernehmlich einen reinen Pachtvertrag ohne mit ihm verbundene Dienstleistungskonzession abgeschlossen haben.

Das ergibt sich aus dem übereinstimmenden Verständnis der Vertragsparteien (vgl. § 166 Abs.1 BGB). Die Vertragsparteien wollten am 14. Mai 2020 genau den Vertrag verlängern und abschließen, den sie zu diesem Zeitpunkt faktisch lebten. Es ging ihnen ausschließlich um die „E. S.“, nicht um die Versorgung der Badegäste. Das steht zur Überzeugung des Senats fest. Die Überzeugung speist sich zunächst wieder aus den äußeren

Umständen: Das Strandbad erfreute sich als Eventlocation großer Beliebtheit und generierte hohe Umsätze. Das ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Um genau diese Nutzung als Eventlocation ging es den Parteien. Falls mit dem Mietvertrag jemals eine Verpflichtung der Beigeladenen einhergegangen war, die Badegäste mit Getränken und Snacks zu versorgen, wurde diese (nunmehr) über den Kiosk erfüllt. Diese übereinstimmende Sichtweise bestätigen auch die Aussagen der Zeugen F., S. und C.. Der Zeuge S. hat ausgesagt, es sei darum gegangen, dass die Beigeladene möglichst viel Umsatz erzielt, um das Defizit des Strandbads zu verringern. Der Umsatz sei mit den Veranstaltungen gemacht worden. Genau das haben die Zeugen F. und C. bestätigt. Auch insoweit gilt das zuvor Gesagte: Der Senat ist sich der möglicherweise nur eingeschränkten Glaubwürdigkeit der drei Zeugen bewusst, hält die Aussagen aber inhaltlich für glaubhaft. Das von ihnen geschilderte Geschehen fügt sich zwanglos in das feststehende Gesamtgeschehen ein.

Letztlich spricht für den übereinstimmenden Wunsch der Vertragsparteien, den Mietvertrag über das A, wie von ihnen gelebt, als reinen Pachtvertrag ohne eine mit ihm einhergehende Verpflichtung zur Versorgung der Badegäste mit Getränken und Snacks im A auszugestalten und zu verlängern, die Dauer der Verlängerungsvereinbarung. Wirtschaftlich interessant ist die Eventlocation, nicht der Verkauf von Eis und Pommes-Frites für die Dauer von drei Monaten. Um nichts anderes ging es. Die Badegäste konnten und mussten auf den Kiosk zurückgreifen.

Der Zeuge S. schloss den Änderungsvertrag als Bevollmächtigter (§ 164 Abs. 1 BGB) der Antragsgegnerin ab. Er war von ihr für die Angelegenheiten des Strandbads als Bevollmächtigter bestellt worden. Die Antragsgegnerin erteilte die Vollmacht gegenüber der Beigeladenen (§ 167 Abs. 1 BGB), indem sie den Zeugen S. dazu bestellte, den Mietvertrag vom 27. Februar 2014 für sie zu unterzeichnen. Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen nicht. Zwar mag es sein, dass der Zeuge S. sich bei Abschluss des Vertrags vom 14. Mai 2020 über Beschränkungen im Innenverhältnis hinwegsetzte. Dass die Geschäftsführerin der Beigeladenen von diesen Beschränkungen wusste, ist aber weder vorgetragen noch ersichtlich. Eine Anfechtung des Vertrags kommt nicht in Betracht, weil es insoweit auf den Wissenstand des Vertreters, des Zeugen S., ankommt (§ 166 Abs. 1 BGB). Dass der Zeuge S. sich in einem nach § 119 Abs. 1, Abs. 2 BGB relevanten Irrtum befand, als er die auf Abschluss der Vereinbarung vom 14. Mai 2020 gerichtete Willenserklärung abgab, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

(2) Die Antragsgegnerin hat durch den Mietvertrag über das A nicht die Versorgung der Badegäste beschafft, nachdem die Beigeladene Vertragspartnerin des Mietvertrags über den Kiosk geworden war.

Es handelt sich um zwei voneinander getrennte Verträge, die nicht als Einheit betrachtet werden können und von den Vertragsparteien auch zu keiner Zeit zu einem einheitlichen Vertrag verbunden worden sind. Der Mietvertrag über das A und der Vertrag über Miete und Bewirtschaftung des Kiosks sind zwei voneinander zu unterscheidende Verträge. Das folgt schon aus dem Umstand, dass zu dem Zeitpunkt, als am 27. Februar 2014 der Mietvertrag über das A geschlossen wurde, der Kiosk noch von Herrn H. betrieben wurde und insoweit zwischen ihm und der Antragsgegnerin ein Vertragsverhältnis bestand.

Die beiden Verträge sind nicht zu einem einheitlichen Vertrag verbunden worden. Die Antragsgegnerin bot der Beigeladenen mit Schreiben vom 20. April 2015 an, die Bewirtschaftung des Strandbades für die Zeit vom 1. Juni bis 30. September 2015 zu übernehmen (Anlage Bf 25 - Blatt 353 der Akte). Dieses Angebot nahm die Beigeladene an, indem sie die Bewirtschaftung des Kiosks übernahm. Dadurch ist ein weiterer Vertrag über Miet und Bewirtschaftung des Kiosks, aber kein einheitlicher Vertrag geschlossen worden.

Da es sich im Ausgangspunkt um zwei voneinander zu unterscheidende Verträge handelte, spricht erst einmal alles dafür, dass es dabei geblieben ist. Anhaltspunkte von einem einheitlichen Vertrag auszugehen, gibt es nicht. Ausdrückliche Erklärungen fehlen; zu den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss gibt es keinen

Vortrag. Doch auch aus den Umständen des Vertragsschlusses kann nicht darauf geschlossen werden (§§ 133, 157 BGB), dass der Betrieb des Kiosks Teil des Mietvertrags über das A werden sollte. Die Vertragslaufzeiten kongruieren nicht. Der Mietvertrag über das A lief am 20. April 2015 noch bis zum 31. Dezember 2016; der Kiosk sollte nur für vier Monate betrieben werden. Dass die von der Beigeladenen an die Antragsgegnerin zu zahlende Vergütung in der Folgezeit ebenso errechnet worden ist wie der Pachtzins für das A, ist für sich allein genommen kein Grund, von einem einheitlichen Vertrag auszugehen. Es fehlt jeder Vortrag, welche Vergütung Herr H. zu zahlen hatte und wie sie sich errechnete. Auch aus der Einheitlichkeit der Abrechnung als solcher lässt sich nicht auf einen einheitlichen Vertrag schließen. Es handelt sich um ein rein faktisches - praktikables und naheliegendes - Verfahren. Vortrag zu den Vorstellungen der Parteien zu den Gründen dieser Verfahrensweise fehlt.

Andere Umstände, aus denen sich die Abgabe von Willenserklärungen folgern ließen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Die rein faktische Handhabung führt nicht zu einem Vertragsschluss oder zu einer Vertragsänderung. Diese setzen vielmehr Angebot und Annahme voraus (§§ 145, 147 BGB).

bb) Die Antragsgegnerin hat sich durch den Mietvertrag vom 27. Februar 2014 nicht die Möglichkeit beschafft, im A nach ihren Wünschen Veranstaltungen durchführen zu lassen.

Wie bereits erwähnt, sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen - durch Abschluss eines Vertrages - betraut (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Die Antragsgegnerin müsste die Beigeladene durch den Mietvertrag vom 27. Februar 2014 mithin beauftragt haben, für sie oder nach ihren Wünschen Veranstaltungen durchzuführen. Das war indes nicht der Fall.

Der Mietvertrag sieht eine derartige Möglichkeit nicht vor; er enthält keine dahin gehende Regelung. Der Senat ist nicht mit der nach § 286 ZPO zu fordernden Sicherheit davon überzeugt, dass es gleichwohl eine solche vertragliche Vereinbarung gab.

Aus der Ausschreibung (Anlage AG 2) lässt sich ein Wille der Antragsgegnerin, ihre zukünftige Vertragspartnerin zu verpflichten, für sie oder nach ihren Wünschen Veranstaltungen durchzuführen, nicht entnehmen. Dort heißt es in Ziff. 2 nur, der Mieter habe in der Nebensaison die Möglichkeit, das A zu nutzen, „ausgenommen seien Zeiten, in denen das A bereits vom A. (scil.: Antragsgegnerin) für geschlossene Veranstaltungen vermietet“ werde. „Der Belegungsplan für die Veranstaltung [werde] vom A. M. bestimmt und festgelegt“. Der zukünftigen Vertragspartnerin die Nutzungsmöglichkeit nur eingeschränkt einräumen zu wollen, ist von vornherein kein Auftrag, für die Antragsgegnerin Veranstaltungen durchzuführen. Aus dem vorstehend weiter zitierten Satz folgt nichts anderes. Weder seinem Wortlaut noch seiner Stellung in der Ausschreibung lässt sich entnehmen, dass die zukünftige Vertragspartnerin Veranstaltung für die Antragsgegnerin durchführen soll. Dort ist nur von „die Veranstaltung“ - Singular - die Rede. Er bezieht sich mithin auf die davor geregelte Ausnahme der Vermietung für geschlossene Veranstaltungen durch das A.. Dass mit dieser Regelung gewollt war, den zukünftigen Vertragspartner vertraglich zu verpflichten, für die Antragsgegnerin Veranstaltungen durchzuführen, lässt sich der Formulierung jedenfalls nicht entnehmen. Gleiches gilt für seine Stellung in der Ausschreibung: Da diese dem Betreiber des As die Versorgung der Badegäste mit Getränken und Snacks ausdrücklich verbot (siehe oben), müsste es sich, die Auffassung der Antragsgegnerin zugrunde gelegt, bei dem Satz, „der Belegungsplan für die Veranstaltung [werde] vom A. M. bestimmt und festgelegt“ um das zentrale Element der Ausschreibung handeln. Das lässt sich der Gesamtschau der Ausschreibung gerade nicht entnehmen. Es handelt sich um den letzten Satz der Leistungsbeschreibung, der ohne eigenen Spiegelstrich auf die vorstehend zitierte Ausnahme - bereits feststehende Vermietung durch A. - Bezug nimmt.

Auch aus der tatsächlichen Durchführung des Mietvertrags lässt sich nicht entnehmen, dass die Beigeladene sich verpflichtet hatte, für die Antragsgegnerin Hochzeiten, Familienfeiern, After-Work-Parties oder ähnliche Veranstaltungen durchzuführen. Das steht zur Überzeugung des Senats fest. So haben die Zeugen S., F. und C. und die Zeugin T. übereinstimmend ausgesagt, es habe eine whats-app-Gruppe gegeben, in die der Zeuge F. die von den Beigeladenen akquirierten Veranstaltungen eingetragen habe. Diese Eintragungen seien dann von der Zeugin T. in die Liste Anlage Bf 23 (Blatt 360 f. der Akte) übertragen worden. Der Senat ist von der Richtigkeit dieser Aussagen überzeugt. Die Zeugin T. war glaubwürdig und ihre Aussage glaubhaft. Sie hat genau unterschieden zwischen ihren eigenen Wahrnehmungen und Kenntnissen, die ihr der Zeuge S. vermittelt hatte. Überdies wird ihre Aussage durch die Aussagen der anderen drei Zeugen gestützt. Auch wenn der Senat durchaus Zweifel an deren Glaubwürdigkeit hat, erachtet er auch diesen Teil ihrer Aussagen für glaubhaft. Hierfür spricht der äußere Geschehensablauf. Die Geschäftsführerin der Beteiligten oder einer ihrer Mitarbeiter führte die Gespräche mit denjenigen, die Veranstaltungen im A buchten. Die Beteiligte wollte Geschäft und Umsatz machen. Dass der Zeuge S. oder ein anderer Mitarbeiter des A. akquiriert hätte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Es ist mehr als naheliegend, dass derjenige, der den Auftrag annimmt, ihn auch in die whats-app-Gruppe und von dort in die Liste Bf 23 aufnimmt.

Der Antragsgegnerin ist es des Weiteren nicht gelungen zu beweisen, dass sie die Beigeladene verpflichtet hatte, Lesungen oder sonstige im Veranstaltungskalender des S. N. (Blatt 638 f. der Akte) angeführte Veranstaltungen für sie durchzuführen. Aus dem Veranstaltungskalender ergibt sich das nicht. Es handelt sich offenkundig um eine Broschüre, in die von dem Stadtpark angefragte Organisationen und Unternehmen Veranstaltungen aufnehmen lassen können und nicht etwa um Vorgaben des Stadtparkmanagements. So enthält der Veranstaltungskalender unter anderem Gottesdienste und andere vom Ev.-Luth. Kirchenkreis durchgeführte Veranstaltungen. Dass das Stadtparkmanagement der evangelischen Kirche vorgibt, Gottesdienste oder auch Veranstaltungen im Stadtpark durchzuführen, ist aber zur Überzeugung des Senats ausgeschlossen. Gleiches gilt für die Veranstaltungen des Vereins „C.“, der „o.“, der E. („A.“), der N., der N., des L., des R. und weiterer. All diese Veranstaltungen beschafft das Stadtparkmanagement offensichtlich nicht, sondern fasst nur an es herangetragene Veranstaltungsmöglichkeiten zusammen. Dass dies bei den in dem Veranstaltungskalender angeführten Veranstaltungen der Beigeladenen anders sein könnte, ist nicht ersichtlich.

2. Antragsbefugnis

Des Weiteren ist die Antragstellerin nicht antragsbefugt.

Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Antrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften entstanden ist oder zu entstehen droht.

Dem Antragsteller obliegt die Darlegungslast für die drei Voraussetzungen der Antragsbefugnis, wobei wegen des verfassungsrechtlichen Gebots effektiven Rechtsschutzes die Darlegungslast nicht überspannt werden darf (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 - X ZB 27/04, juris Rn. 17). Durch das Erfordernis der Antragsbefugnis sollen solche Anträge ausgeschieden werden, bei denen eine Auftragsvergabe an den Antragsteller offensichtlich nicht in Betracht kommt (Dicks in: Ziekow/Völlingk, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 GWB, Rn. 9). Das Erfordernis der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB besteht auch im, hier vorliegenden, Feststellungsverfahren nach § 135 GWB für die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrags im Nachprüfungsverfahren (Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160, Rn. 13 - 15; Dreher/Hoffmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 135, Rn. 40).

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

Vorliegend hat die Antragstellerin ein Interesse an der hier in Rede stehenden Dienstleistungskonzession nicht schlüssig dargelegt.

a) Das Interesse am Auftrag ist zwar weit auszulegen und in der Regel bereits durch die Angebotsabgabe eines Bieters belegt (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 - X ZB 27/04, juris Rn. 17; Beschluss vom 10. November 2009 - X ZB 8/09, Rn. 25). Bei außenstehenden Unternehmen sind ebenfalls keine hohen Anforderungen an die Darlegung ihres konkreten Interesses zu stellen; sie müssen aber leistungsfähig und leistungswillig sein (Dreher/Hoffmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 135, Rn. 47). Hierfür genügt es im Allgemeinen, dass das Unternehmen des Antragstellers der für den Auftrag in Betracht kommenden gewerblichen Branche angehört (OLG Jena, Beschluss vom 19. Oktober 2010 - 9 Verg 5/10, juris Rn. 19 f.; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 GWB, Rn. 15; Kling in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 135 GWB, Rn. 52). Für das Interesse am Auftrag kann auch schon der bloße Umstand sprechen, dass der Antragsteller die Auftragserteilung rügt und das wirtschaftliche Risiko eines Nachprüfungsverfahrens eingeht (OLG Jena, Beschluss vom 19. Oktober 2010 - 9 Verg 5/10, juris Rn. 22). Andererseits reichen pauschale Behauptungen, etwa zur Leistungsfähigkeit nicht aus; diese müssen vielmehr durch Tatsachen untersetzt werden (OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. November 2008 - Verg W 15/08, juris Rn. 64).

b) Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der hier in Rede stehenden Dienstleistungskonzession nicht schlüssig dargelegt. Sie hat weder ihre Leistungsfähigkeit noch ihre Leistungswilligkeit schlüssig dargetan.

aa) Die Antragstellerin hat nicht schlüssig dargelegt, leistungsfähig zu sein. Das gilt sowohl für ihre eigene Leistungsfähigkeit als auch für die durch etwaige eignungsleihende Unternehmen.

(1) Ihre eigene Leistungsfähigkeit hat die Antragstellerin nicht schlüssig dargelegt. Es ist vielmehr bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung unklar geblieben, welches Geschäft die Antragstellerin eigentlich betreibt. In dem Nachprüfungsantrag vom 13. November 2020 hat sich die Antragstellerin bezeichnet als (Seite 4 des Nachprüfungsantrags):

„Das Unternehmen der Antragstellerin umfasst den Bereich der Veranstaltungen und den Bereich der Gastronomie. Insbesondere führt das Unternehmen der Antragstellerin Gastronomiebetriebe mit der Ausrichtung auf Event- und Erlebnisgastronomie in Schleswig-Holstein und Umgebung. Hier können zum Beispiel die folgenden genannt werden S., H. B., W.. Die Antragstellerin unterhält und steuert eine Vielzahl von Veranstaltungs- und Gastronomie und ist bereits als Vertragspartnerin der öffentlichen Hand aufgetreten. Die Unternehmensgröße der Antragstellerin zeigt, dass deren Betrieb grundsätzlich darauf eingerichtet, die Bewirtschaftung der Gastronomie im A.-S. zu übernehmen.“

Diese Darstellung ist in jeder Hinsicht falsch, was im Verlauf des Beschwerdeverfahrens und nach der Anhörung des Geschäftsführers der Antragstellerin durch den Senat in der mündlichen Verhandlung vom 22. April 2021 unstreitig geworden ist. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine vormalige Vorratsgesellschaft, die erst im Mai / Juni 2020 in ihre heutige Firma umbenannt worden ist. Sie hatte im November 2020 noch keine Veranstaltungen durchgeführt und war auch noch nicht im Bereich der Gastronomie tätig geworden. Sie hatte auch noch zu keinem Zeitpunkt entsprechende Veranstaltungen gesteuert. Aufträge der öffentlichen Hand hat sie bis heute nicht erhalten. Zumindest im November 2020 hatte sie neben ihrem Geschäftsführer keine weiteren Angestellten.

Im Rahmen seiner Anhörung vor der Vergabekammer hat der Geschäftsführer der Antragstellerin ausgeführt (Beschluss der Vergabekammer vom 14. Januar 2021 - Seite 24), Hauptgesellschafter der Antragstellerin sei mit 45 % der Organisator des W., die Antragstellerin sei zuständig für die Akquise von Verträgen, die durch

Betriebsgesellschaften umgesetzt würden und sie betreibe den Kiosk in einem H. Freibad. Der von der Beigeladenen vorgelegte Handelsregisterauszug sei nicht der der Antragstellerin. Auch dieser Vortrag ist in wesentlichen Teilen falsch und im Übrigen nicht belegt. Alleingesellschafterin der Antragstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht der Organisator des W.. Dieser ist nach den von der Antragstellerin nunmehr vorgelegten Unterlagen vielmehr Gesellschafter dieser Muttergesellschaft. Den Kiosk betreibt die Antragstellerin nicht. Betriebsgesellschaften in Form von Tochter- oder Schwestergesellschaften gibt es nicht.

Im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat hat der Geschäftsführer der Antragstellerin dann angegeben, die „H. B.“ sei eine von ihr betriebene Eventlocation. Sie habe die Erbpachtimmobilie aus der Insolvenzmasse der „Märchenwelten“ erworben. Der Senat hat der Antragstellerin mit Beschluss vom 27. Mai 2021 aufgegeben, dieses Vorbringen näher zu belegen. Dies ist nicht geschehen. Das Gebäude, in dem sich die „H. B.“ befindet, ist vielmehr in Teilen an die H. vermietet. Das hat mit den von der Antragstellerin behaupteten Tätigkeiten nicht im Ansatz etwas zu tun.

Letztlich hat die Antragstellerin nur eine im Januar 2021 gefertigte Internetpräsentation der „H. B.“ vorgelegt, aus der sich ergeben soll, dass sie diese Eventlocation betreibt. Belege für dort etwa durchgeführte Veranstaltungen gibt es nicht; allein das „soft opening“ wird durch die Internetpräsenz belegt. Das reicht angesichts des durchgängig falschen Vortrags der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer und dem Senat für eine schlüssige Darlegung nicht aus.

(2) Die Antragsgegnerin hat auch nicht schlüssig dargelegt, auf eignungsleihende Unternehmen zurückgreifen zu können. Sie hat sich zwar durchgängig ihrer Beziehungen zu entsprechenden Unternehmen berührt. Letztlich trägt sie insoweit aber keine belastbaren Tatsachen vor. Aus der von ihr behaupteten einmaligen Zusammenarbeit mit der S. anlässlich des „soft opening“ der „H. B.“ ergibt sich nicht, dass diese als eignungsleihendes Unternehmen zur Verfügung stünde. Sie als Caterer zu beauftragen, reicht hierfür nicht aus. Überdies ist selbst der von der Antragstellerin behauptete Umstand, die anlässlich der Eröffnung als Caterer beauftragt zu haben, durch nichts belegt. Das wäre aber angesichts des nahezu durchgängig falschen Vortrags der Antragstellerin für eine schlüssige Darstellung erforderlich.

Der Umstand, dass die Antragstellerin, so wie jeder andere auch, grundsätzlich die Möglichkeit hat, für den Fall des Zuschlags ein eignungsleihendes Unternehmen zu beauftragen, reicht für die schlüssige Darlegung der Eignungsfähigkeit für sich genommen nicht aus. Denn hieraus folgt nicht, dass die Antragstellerin der Gastronomiebranche angehört, sondern dass dies - ganz im Gegenteil - nicht der Fall ist.

bb) Die Antragstellerin hat auch nicht schlüssig dargelegt, leistungswillig zu sein.

Bereits im Ausgangspunkt ist äußerst zweifelhaft, ob der Nachprüfungsantrag überhaupt auf einem Interesse der Antragstellerin an dem Auftrag beruht. Der äußere Anschein spricht nämlich dafür, dass die Antragstellerin nur als verlängerter Arm der Antragsgegnerin tätig wird. Die Antragsgegnerin hatte die Antragstellerin zu einem ungeklärten Zeitpunkt auf die Verlängerung des Pachtvertrags mit der Beigeladenen hingewiesen. Der Betriebsleiter der Antragsgegnerin, Herr S., kündigte sodann in einer Besprechung vom 29. Oktober 2020 an, dass „ein Nachprüfungsantrag von dritter Seite nicht ausgeschlossen werden könne“ (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 6. Januar 2021 - Seite 6) bzw. dass „in jedem Fall ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werde“ (Schriftsatz der Beigeladenen vom 21. Dezember 2020 - Seite 5). Im Schreiben der Antragsgegnervertreter vom 30. Oktober 2020 (Verfahrensakte der Vergabekammer Anlage B 1) droht die Antragsgegnerin im Nachgang der vorgenannten Besprechung an, nach Ablauf der dort gesetzten Frist bis zum 4. November 2020, „die angesprochenen Maßnahmen zu ergreifen“. Da in dem Gespräch unstreitig bereits über ein Nachprüfungsverfahren gesprochen wurde, mit welchem Zungenschlag auch immer, und es Kontakte

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.11.2021

zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin gab, spricht der äußere Anschein des Geschehensablaufs dafür, dass der wenige Tage nach Fristablauf eingereichte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin die von der Antragsgegnerin im Schreiben vom 30. Oktober 2020 „angesprochene Maßnahme“ ist, die Antragstellerin also auf Initiative der Antragsgegnerin tätig geworden ist.

Dieser äußere Anschein wird erhärtet durch das prozessuale Vorgehen der Antragstellerin, die nach dem vorstehend zu ihrer Leistungsfähigkeit Gesagten zunächst behauptet hat, im Veranstaltungs- und Gastronomiebereich tätig und erfahren zu sein und sich schon um öffentliche Aufträge bemüht und solche erhalten zu haben. Tatsächlich war zu dem Zeitpunkt, als sie ihren Nachprüfungsantrag einreichte, noch nicht einmal der Internetauftritt der „Hamburger Bucht“ online. Zur Überzeugung des Senats hätte ein ernsthaft an dem Auftrag Interessierter seinen Newcomer Status von vornherein offengelegt. Das wäre angesichts der Möglichkeiten des § 47 VgV ohne Weiteres möglich gewesen. Das prozessuale Vorgehen der Antragstellerin ergibt vielmehr zur Überzeugung des Senats nur dann einen Sinn, wenn es gerade darum ging, für die Antragsgegnerin den Part eines ernsthaften Interessenten zu übernehmen.

Diesen äußeren Anschein hat die Antragstellerin nicht schlüssig widerlegt. Vielmehr bleibt angesichts ihrer nach wie vor unklaren Leistungsfähigkeit im Dunkeln, warum sie an dem Auftrag interessiert sein sollte.

III.

Die Kosten des Vergabeverfahrens sind nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB nach dem Unterliegensprinzip zu verteilen. Nach § 182 Abs. 3 S. 2 GWB hat die unterlegene Antragsstellerin die Kosten vor der Vergabekammer zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und durch die Beigeladene war notwendig. Es ist auch bei einem erfahrenen Beteiligten nicht zu erwarten, dass er ein Nachprüfungsverfahren ohne rechtlichen Beistand durchführt, da es sich bei dem Vergaberecht um eine Spezialmaterie handelt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nach §§ 175 Abs. 2, 78 GWB nach der Billigkeit zu verteilen. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten der unterlegenen Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt nach § 50 Abs. 2 GKG.

OLG Schleswig, 16.09.2021, 54 Verg 1 / 21
Bundesland Schleswig-Holstein
zuletzt überarbeitet
23.11.2021