

Gericht:	OLG Rostock Vergabesenat
Entscheidungsname:	Campingplatzbetrieb
Entscheidungsdatum:	21.11.2023
Aktenzeichen:	17 Verg 3/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2023:1121.17VERG3.23.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 17a Abs 2 S 1 GVG, § 103 Abs 1 GWB, § 103 Abs 4 GWB, § 155 GWB, § 173 Abs 1 S 3 GWB

Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Verpachtung eines Grundstücks mit einer Verknüpfung der Beschaffung von Leistungen

Leitsatz

1. Beabsichtigt die öffentliche Hand im Zusammenhang mit einer - per se nicht dem Vergaberecht unterliegenden - Verpachtung eines Grundstücks zugleich die Beschaffung von Leistungen, kann das Kartellvergaberecht allenfalls dann Anwendung finden, wenn der Wert dieser Leistungen den Schwellenwert übersteigt.(Rn.63) (Rn.65)
2. Ist der Vergaberechtsweg nicht eröffnet, kann der Vergabesenat das Verfahren entsprechend § 17a GVG in den zuständigen Rechtsweg verweisen, wenn der Antragsteller sein Rechtsschutzziel in diesem Rechtsweg weiterverfolgen will und kann (Anschluss an BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 - XIII ZB 119/19 und Beschluss vom 23. Januar 2012 - X ZB 5/11).(Rn.73)
3. Die Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Zivilrechtsweg erfolgt nach der Form des staatlichen Handelns. Grundrechtsbindungen, die die öffentliche Hand in besonderer Weise treffen, führen nicht zur Einordnung als Verwaltungsstreit (Anschluss BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 - 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9-20).(Rn.76)
4. Im Fall der Verweisung kommt eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB nicht in Betracht.(Rn.79)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 24. Oktober 2023, 3 VK 5/23

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 24.10.2023 - 3 VK 5/23 - zu Ziffern 1 und 2 des Tenors aufgehoben.

Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet.

Das Verfahren wird an das Landgericht Stralsund verwiesen.

2. Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde wird abgewiesen.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragsgegner und der Beigeladenen. Die Hinzuziehung anwaltlicher Vertreter durch den Antragsgegner zu 1 und die Beigeladene war notwendig.

4. Die Kostenentscheidung für das Verfahren vor dem Vergabesenat einschließlich des Eilverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten. Die Hinzuziehung anwaltlicher Vertreter durch den Antragsgegner zu 1 war notwendig.

5. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren einschließlich des Eilverfahrens auf bis zu ... € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 In Vorbereitung auf die Verpachtung landeseigener (Flurstück 148/1) bzw. im Eigentum der Antragsgegnerin zu 2 (Flurstücke 149/2 und 151) stehender Flächen zum Betrieb eines Campingplatzes am Nordstrand von ... mit einer Laufzeit vom 01.01.2024 bis zum 31.12.2048 veröffentlichte das Nationalparkamt Vorpommern auf seiner Homepage in Abstimmung mit der Antragsgegnerin am 01.02.2023 eine Bekanntmachung. Darin umriss es das Vorhaben, gab Gelegenheit zur Bewerbung und wies auf die im weiteren Verfahren erforderliche Vorlage eines Entwicklungskonzepts und die Nichtgeltung von Vergaberecht hin. Gegenstand der Bekanntmachung waren u.a. ein Rückbauplan, eine Reduzierung der Pachtfläche, die erforderliche Einzäunung, ein Stellplatzplan einschließlich Vorgaben zur Verkehrslenkung und zu Umweltauflagen sowie Vorgaben zur Unterhaltung und Instandsetzung der baulichen Anlagen. Dass und mit welchen Einschränkungen der Betrieb eines Campingplatzes auf den im Nationalpark Vorpommersche Boddenlandschaft liegenden Flächen überhaupt zulässig ist, ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 6 VorpBoddenNatPV M-V.
- 2 Die Antragstellerin - die den Campingplatz derzeit und bereits seit Jahrzehnten betreibt - reichte eine Bewerbung ein. Nach einem ersten Gespräch wurde sie wie auch andere Bewerber zu einem weiteren Gespräch eingeladen. Vorab erhielt sie eine Aufstellung des Auswahlgremiums (überschrieben mit: „Auswahlgremium für die Bewertung der Interessenbekundungen zur Verpachtung der landeseigenen Campingplatzflächen in ... und nachfolgender Ausschreibung und Vergabe der Pachtsache“) und folgende Auflistung der Zuschlagskriterien (Anlage ASt 9):
- 3
 1. Quantitative Kriterien 20%
Angebot Pachtpreis
 2. Qualitative Kriterien 80%
- 4 a) Vollständigkeit des Konzeptes (35%)
- 5 - Abfall, Wasser, Energie
- 6 - Arbeitskräfte (z.B. Dauer der Beschäftigung, Art der Entlohnung, Inklusion)

- 7 - wirtschaftliche Stabilität
- 8 - Regionalität (z.B. Verwendung oder Angebote regionaler Produkte)
- 9 - ECO-Camping; mind. 10 Verbesserungen im Zeitraum von 3 Jahren; Zeitplan der Umsetzung
- 10 - Verwendung nachhaltiger Materialien
- 11 b) Nationalpark und Bildung, familienfreundliche Maßnahmen (15%)
- 12 - Gästeinformationen hinsichtlich Verhalten im Nationalpark, Lebensräume
- 13 - feste Etablierung von Betreuungs- und Bildungsangeboten
- 14 - Mitwirkung im Nationalpark (z.B. Unterstützung der Nationalparkziele), Partnerprojekt, Layout beachten, Unterbringung im Freiwilligenmanagement, nationalparkfreundliche Mediengestaltung)
- 15 - Mitwirkung am Nationalpark-Info-Netzwerk
- 16 - Mitarbeiterschulungen
- 17 c) Stellplatzplan und dazugehörige Parkflächen (10%)
- 18 d) Rückbau vorhandener Gebäude (37 Gebäude im Bestand s. Rückseite; 10%)
- 19 e) Innovative Ideen (10%)
- 20 Mit E-Mail vom 18.08.2023 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, das Bewerbungsverfahren sei abgeschlossen und ihr Angebot sei auf dem 3. Platz.
- 21 Am 06.09.2023 stellte die Antragstellerin Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer, zunächst gerichtet nur gegen das Nationalparkamt, später erweitert auf die Antragsgegnerin zu 2. Sie hat die Auffassung vertreten, es handele sich tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession, so dass eine EU-weite Ausschreibung habe erfolgen müssen. Es würden zahlreiche pachtuntypische Leistungen verlangt. Im Vordergrund stehe die Einräumung des Rechts zum Angebot von Campingleistungen. Die Antragsgegner würden letztlich Campingdienstleistungen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 6 VorpBoddenNatPV M-V beschaffen.
- 22 Die Antragstellerin hat zuletzt beantragt:
- 23 1. Ein Nachprüfungsverfahren wird gemäß § 160 Abs. 1 GWB gegen eine rechtswidrige De-Facto-Vergabe von Campingbetriebsdienstleistungen und weitere Aufgaben im Gebiet der Antragsgegnerinnen eingeleitet.
- 24 2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das De-Facto-Vergabeverfahren „Vergabe von Campingbetriebsdienstleistungen und weitere Aufgaben im Gebiet des Antragsgegners“ in ihren Rechten verletzt ist, dass geschlossene Verträge zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beizuladenden oder eventuellen Dritten nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam sind.

- 25 3. Die Antragsgegnerinnen sind verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht Dienstleistungen in dem o.g. Bereich nur nach einem unionsrechts-konformen Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.
- 26 4. Hilfsweise: Die Kammer wirkt unabhängig von den Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (vgl. § 168 Abs. 1 S. 2 GWB).
- 27 5. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
- 28 6. Die Antragsgegnerinnen haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- 29 Der Antragsgegner zu 1 hat beantragt,
- 30 1. den Nachprüfungsantrag auf Kosten der Antragstellerin zurückzuweisen,
- 31 2. der Antragstellerin die beantragte Akteneinsicht zu verweigern,
- 32 3. die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.
- 33 Er hat die Auffassung vertreten, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der Pachtvertrag nicht dem Kartellvergaberecht unterfalle. Nebenpflichten seien nicht pachtuntypisch und von untergeordneter Bedeutung.
- 34 Die Beigeladene ist ebenfalls von der Unzulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens ausgegangen.
- 35 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen und die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter für notwendig erklärt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei nicht zulässig, weil der Vertrag nicht dem Kartellvergaberecht unterfalle. Es handele sich nicht um eine Dienstleistungskonzession, weil für den Pächter kein relevantes Betriebsrisiko im Sinne des § 105 Abs. 2 Satz 2 GWB bestehe. Auch fehle es an einem Beschaffungsbezug. Schwerpunktmäßig gehe es um den Betrieb eines Campingplatzes. Nach dem Gesamtgepräge der Vertragsbeziehungen stehe für die öffentliche Hand die Geldeinnahme deutlich im Vordergrund. Die Pflichten des Campingplatzbetreibers seien nicht pachtuntypisch und deshalb kein Grund für die Annahme einer Umgehung des Vergaberechts. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 24.10.2023 Bezug genommen.
- 36 Gegen den ihr am 24.10.2023 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 06.11.2022 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde. Sie macht geltend, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Nichtanwendung des Kartellvergaberechts sei eine Frage der materiellen Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Die Frage sei zudem zu bejahen. Zwar liege mangels Betriebsrisiko keine Dienstleistungskonzession vor, entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei jedoch ein klarer Beschaffungsbezug für einen Dienstleistungsauftrag gegeben, weil der Pachtvertrag dem Pächter - auch unter Berücksichtigung der Verordnung über Camping- und Wochenendplätze (CWVO M-V) - zahlreiche pachtuntypische Leistungen auferlege. Dies betreffe etwa die aus dem Zweck der Erhaltung der Dauercampingplätze folgende Betriebspflicht, Rückbauverpflichtungen, Gästeinformationen hinsicht-

lich des Verhaltens im Nationalpark, die Etablierung von Betreuungs- und Bildungsangeboten, die Mitwirkung im Nationalpark (z.B. Unterstützung der Nationalparkziele, Partnerprojekt, Layout beachten, Unterbringung im Freiwilligenmanagement, nationalparkfreundliche Mediengestaltung), die Mitwirkung am Nationalpark-Info-Netzwerk und Mitarbeiterschulungen. Bei dem Gesamtgepräge der Vertragsbeziehungen stehe die Geldeinnahme gerade nicht deutlich im Vordergrund, sondern die naturschutzkompatible Nutzung und die Verhinderung der Schließung der Fläche, die künftige Reduzierung der Pachtfläche, den Schutz durch Zäune, einen Stellplatzplan, Verkehrslenkung, Umweltauflagen, Unterhaltung und Instandsetzung der baulichen Anlagen. Es gehe um die Einhaltung der Ziele der Nationalparkverordnung und den damit verbundenen Umweltschutz. Die Antragsgegner würden für das Land Mecklenburg-Vorpommern Campingdienstleistungen gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 VorpBoddenNatPV M-V beschaffen und seien im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge tätig. Das Betreiben eines Campingplatzes sei dabei auch zweifellos eine öffentliche Aufgabe, weil Campingtourismus für das Land Mecklenburg-Vorpommern eine hohe Bedeutung habe, insbesondere zur Förderung des Fremdenverkehrs. Mit den Verpflichtungen zur Verkehrslenkung, der Übertragung der Verkehrssicherungspflicht und vor allem mit der Verpflichtung zur Information über den Nationalpark übertrage das Nationalparkamt eigentlich ihm obliegende Aufgaben auf den Betreiber des Campingplatzes, da Umweltbildung nach § 2 Abs. 6 BNatSchG eine Verpflichtung der Behörden des Bundes und der Länder sei.

- 37 Hinsichtlich etwaiger Vergabefehler rügt die Antragstellerin im Wesentlichen, die Beigeladene könne die Eignungsanforderungen nicht nachgewiesen haben, es sei eine nicht bekannt gemachte Abschtichung im Teilnehmerkreis vorgenommen worden, die Antragsgegner seien von den bekannt gemachten Zuschlagskriterien abgewichen, im Auswahlverfahren hätten wesentliche Vergabeunterlagen wie eine umfassende Leistungsbeschreibung und ein Vertragsentwurf gefehlt, es seien nicht bekannt gemachte Unterkriterien angewandt worden und das gesamte Verfahren leide an zahlreichen Transparenzmängeln.
- 38 Die Antragstellerin meint, im Fall der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags müsse der Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Verwaltungsgericht Greifswald, hilfsweise an das Landgericht Stralsund verwiesen werden. Es gehe um das „Ob“ des Zuganges zu einer Pachtfläche für 25 Jahre. Dieses „Ob“ des Zuganges sei nach der Zwei-Stufen-Theorie dem Verwaltungsrecht unterworfen. Entscheidend sei die wahre Natur des Anspruchs, wie er sich nach dem Sachvortrag der Antragstellerin darstelle, und nicht, ob dieser sich auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage berufe. Es sei auf den Charakter des Rechtsverhältnisses abzustellen, aus dem der geltend gemachte Anspruch abgeleitet werde. Insoweit stütze sie ihre Zugangsansprüche auf die Pachtfläche zentral auf öffentlich-rechtliche Vorschriften und es bestehe ein Anspruch auf Beteiligung aus der EU-Dienstleistungsrichtlinie und aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot). Der hierzu durchzuführende Ausschreibungs- und Auswahlvorgang sei ein hoheitlicher Vorgang, der öffentlich-rechtlichen Normen der Nationalparkverordnung unterliege. Der streitgegenständliche - öffentlich-rechtliche - Vertrag würde Rechte der Antragstellerin verletzen und wegen ihres grundrechtlichen Teilhabeanspruchs gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG zur Wirksamkeit ihrer schriftlichen Zustimmung als betroffene Dritte bedürfen. Im Fall der Verweisung würde sie im entsprechenden Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht ausführen, dass sie weiter Rechtsschutz im streitgegenständlichen De-Facto-Verfahren begehre und ihre Anträge an die Systematik der VwGO anzupassen seien. Ihr Rechtsschutzbegehren bliebe inhaltlich jedoch

das Gleiche: Die Antragsgegner sollten dazu verpflichtet werden, ein ordentliches (Verwaltungs-) Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Beteiligungsrechte der Antragstellerin durchzuführen.

- 39 Hinsichtlich des Verlängerungsantrags nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB führt die Antragstellerin aus, selbst wenn der Senat den Nachprüfungsantrag als unzulässig ansehe, sei die aufschiebende Wirkung zu verlängern, um den Erfolg im dann vor dem Verwaltungsgericht zu führenden Verfahren nicht von vornherein zu vereiteln.
- 40 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift und den Schriftsatz vom 13.11.2023 verwiesen.
- 41 Die Antragstellerin beantragt,
- 42 1. Der Beschluss der 3. Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Tourismus und Arbeit Mecklenburg-Vorpommern vom 24. Oktober 2023 – 3 VK 5/23 wird aufgehoben.
- 43 2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das De-Facto-Vergabeverfahren „Vergabe von Campingbetriebsdienstleistungen und weitere Aufgaben im Gebiet des Antragsgegners zu 1 und der Antragsgegnerin zu 2 in ihren Rechten verletzt ist.
- 44 3. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
- 45 4. Der Senat verlängert gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer und damit das Zuschlagsverbot bis zur Entscheidung über die Beschwerde.
- 46 5. Hilfsweise für den Fall, dass der Senat über den vorstehenden Verlängerungsantrag nicht bis zum Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB zu entscheiden vermag:
- 47 Der Senat verlängert die aufschiebende Wirkung zunächst vorläufig bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB.
- 48 6. Hilfsweise: es wird festgestellt, dass geschlossene Verträge zwischen den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam sind.
- 49 7. Den Antragsgegnerinnen werden bei Fortbestehen der Vergabeabsicht aufgegeben, ein unionsrechtskonformes Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats durchzuführen.
- 50 8. Hilfsweise: Der Senat wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit hin (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB).
- 51 9. Die Antragsgegnerinnen haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- 52 10. Die Antragsgegnerinnen haben der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

- 53 11. Hilfsweise und vorsorglich für den Fall, dass der Senat der Auffassung der Vergabekammer über die Unzulässigkeit folgen sollte:
- 54 Der Senat verweist den Rechtsstreit unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Verwaltungsgericht Greifswald, hilfsweise an das Landgericht Stralsund.
- 55 Der Antragsgegner zu 1 beantragt,
- 56 die sofortige Beschwerde auf Kosten der Antragstellerin sowie den auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gerichteten Antrag zurückzuweisen.
- 57 Er verteidigt die angefochtene Entscheidung. Es fehle an einer Beschaffung. Das Betreiben eines Campingplatzes sei keine öffentliche Aufgabe und die Antragsgegner würden sich auch keinen Dienstleister beschaffen, der an ihrer Stelle den Campingplatz betreibe. Vielmehr gebe die Nationalparkverordnung nur den rechtlichen Rahmen für den Pachtvertrag vor. Die angeführten Nebenpflichten seien teilweise bereits nicht pachtuntypisch, im Übrigen insgesamt unbedeutend und nicht prägend im Sinn des § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeerwiderung verwiesen.
- 58 Die Beigeladene hält die Beschwerde ebenfalls für unbegründet. Hauptgegenstand des Vertrags sei die Pacht. Eine Beschaffung liege nicht vor. Hilfsweise fehle es an der Antragsbefugnis und einer rechtzeitigen Rüge. Die Rechte der Antragstellerin beeinträchtigende Vergaberechtsverstöße lägen ohnehin nicht vor. Die hilfsweise beantragte Verweisung komme ebenfalls nicht in Betracht, weil die Antragstellerin ihr Rechtsschutzziel außerhalb des Vergabenachprüfungsverfahrens gar nicht erreichen könne. Neues Vorbringen gebiete die allein unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie in Betracht kommende Verweisung nicht. Den vermeintlichen Ansprüchen aus öffentlichrechtlichen Erwägungen fehle zudem die erforderliche Anknüpfung zum Vergaberecht. Jedenfalls sei aber eine Eilentscheidung des Vergabesenats im Fall der Verweisung nicht möglich. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Stellungnahme verwiesen.

II.

- 59 1. Der Senat hat zunächst das Passivrubrum berichtigt. An dem Verfahren vor dem Vergabesenat wie auch vor der Vergabekammer ist nach den §§ 162, 174 GWB der Auftraggeber beteiligt. Auftraggeber kann nach §§ 98, 99 GWB - bei Konzessionen in Verbindung mit § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB - nur ein Rechtsträger sein, nicht aber eine Behörde. Insoweit kann sich das Verfahren nur gegen das Land als Gebietskörperschaft im Sinn des § 99 Nr. 1 GWB richten, nicht aber gegen das Nationalparkamt.
- 60 Der so bezeichnete Antragsgegner zu 1 wird nach § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsvorschrift des Ministerpräsidenten vom 17. Dezember 2012 - StK 140 - 109.1 - (VV Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 100 - 19) im gerichtlichen Verfahren und damit auch vor dem Vergabesenat durch den zuständigen Fachminister vertreten. Eine Weiterübertragung auf nachgeordnete Behörden ist in allgemeiner Form nicht erfolgt, eine Übertragung im Einzelfall ist nicht aufgezeigt.

- 61 2. Die sofortige Beschwerde ist zwar zulässig (§§ 171, 172 GWB), bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Denn der Nachprüfungsantrag ist - wie von der Vergabekammer zutreffend ausgeführt - bereits unzulässig.
- 62 a) Nach § 155 GWB ist der Vergaberechtsweg nur eröffnet, wenn es um die Erteilung eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession im Sinn der §§ 97 ff. GWB geht. Als Konzession sieht die Antragstellerin das angestrebte Vertragsverhältnis mit Blick auf das fehlende Betriebsrisiko zu Recht selbst nicht mehr an. Aber auch ein öffentlicher Auftrag über die Beschaffung von Leistungen im Sinn des § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB liegt nicht vor.
- 63 aa) Der Pachtvertrag als solcher ist kein öffentlicher Auftrag. Während in Fällen der Nachfrage durch die öffentliche Hand die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB greift, fehlt es bei einem Auftreten als Anbieter eigener Leistungen - hier als Verpächter - bereits an einer Beschaffung. Dies wird von der Antragstellerin auch nicht in Zweifel gezogen.
- 64 bb) Auch die in Aussicht genommenen zusätzlichen Verpflichtungen des Pächters rechtfertigen eine Einordnung des Vertragsverhältnisses als öffentlicher Auftrag nicht.
- 65 Dabei kann ein öffentlicher Auftrag im Zusammenhang mit der Überlassung eines Grundstücks durch einen öffentlichen Auftraggeber ausnahmsweise dann anzunehmen sein, wenn der Vertragspartner zugleich Bau- oder andere Verpflichtungen übernehmen soll, an denen die öffentliche Hand ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat. Allerdings liegt auch dann der Beschaffungsvorgang nicht in dem grundstücksbezogenen Geschäft, sondern in dem Auftrag und den mit ihm verfolgten Zielen, deren Verwirklichung die Überlassung des Grundstücks dient. Auch die Verknüpfung der beiden Vorgänge ändert zunächst nichts daran, dass die Verpachtung selbst keine Beschaffung ist (Radu in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 107 GWB (Stand: 15.09.2022), Rn. 16). Die Behandlung des Gesamtauftrags bestimmt sich in diesen Fällen nach § 111 GWB.
- 66 Der Senat vermag der Bekanntmachung und dem weiteren Akteninhalt zunächst keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, die Antragsgegner würden den Betrieb des Campingplatzes als eigene Aufgabe im eigenen Interesse ansehen und unter ihrer Aufsicht einem Dienstleister übertragen, also entsprechende Dienstleistungen des Vertragspartners beschaffen wollen. Zwar besteht ein sogar verfassungsrechtlich verbürgtes öffentliches Interesse an Umwelt- und Naturschutz (Art. 20a GG). Auch mag das Land den Tourismus fördern. Dieser allgemeine Befund macht aber den Betrieb gerade dieses Campingplatzes ebensowenig zu einer öffentlichen Aufgabe wie die §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 7 Abs. 1 Nr. 6 VorpBoddenNatPV M-V und die Auflagen, bei dem Betrieb auch über die gesetzlichen Regelungen hinaus naturschutzrechtliche Belange zu wahren und bestehende Dauercampingplätze teilweise zu erhalten. Erst recht ist der Betrieb des Campingplatzes keine Aufgabe der Daseinsvorsorge.
- 67 Die Verringerung der Pacht- und Stellflächen während des laufenden Vertrags ist schon begrifflich keine Leistung des Pächters, sondern eine schlichte Begrenzung des Pachtvertrags.
- 68 Den in den Unterlagen zum Ausdruck kommenden Pflichten des Pächters fehlt weitgehend bereits der Beschaffungscharakter. Dies betrifft neben den allgemein formulierten

Anforderungen an die wirtschaftliche Stabilität und die eingesetzten Arbeitskräfte insbesondere naturschutzrechtliche Vorgaben. Mit diesen beschaffen die Antragsgegner keine Dienstleistungen eines Auftragnehmers, sondern setzen - soweit sie nicht ohnehin bereits kraft Gesetzes gelten und dem Vertrag nur deklaratorische Bedeutung zukäme - nur die Rahmenbedingungen, unter denen aus ihrer Sicht ein zulässiger Betrieb des Campingplatzes im Naturschutzgebiet gewährleistet ist. Dies betrifft etwa die Gästeinformationen zum Verhalten und zu Lebensräumen im Nationalpark und Mitarbeiterschulungen, aber auch die Planung von Stellplätzen und Parkflächen.

- 69 Eine Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag kann allenfalls hinsichtlich der Mitwirkung im Nationalpark, fester Bildungsangebote, der Unterbringung im Freiwilligenmanagement, der Einzäunung und des Rückbaus vorhandener Baulichkeiten anzunehmen sein. Konkrete Vorgaben lassen sich der Bekanntmachung und dem weiteren Akteninhalt insoweit indes nicht entnehmen und für die Umweltbildungsangebote hat der Antragsgegner zu 1 in der mündlichen Verhandlung klargestellt, diese würden von Rangern des Nationalparks übernommen. Auf dieser Grundlage kommt diesen Leistungen hinsichtlich des Gesamtvertrags kein prägender Charakter zu und ist nicht ansatzweise ersichtlich, sie könnten ihrerseits im Sinn des § 111 Abs. 3 GWB die Schwellenwerte überschreiten und dem Vergaberecht unterliegen. Dies betrifft insbesondere die mögliche Unterbringung von Freiwilligen etwa im Zusammenhang mit dem Bundesfreiwilligendienst, aber auch den Rückbau von Baulichkeiten, der sich offenbar insbesondere auf drei Kleinstgebäude, Wege und Leitungen bezieht. Dass die vorgelegten Konzepte darüber hinausgehende, den Schwellenwert überschreitende Leistungen enthalten und die Antragsgegner diese beauftragen möchten, macht auch die Antragstellerin nicht geltend.
- 70 b) Zwar macht die Antragstellerin zutreffend geltend, das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags sei nicht nur für die Eröffnung des Vergaberechtswegs, sondern auch für die Anwendung materiellen Vergaberechts und damit die Begründetheit relevant. Wie bei anderen doppelrelevanten Tatsachen genügt deshalb für die Zulässigkeit, dass ein Sachverhalt vorgetragen wird, der im Fall seiner Richtigkeit die Zulässigkeit begründete. Ob die vorgetragenen Umstände zutreffen, bleibt dann der Prüfung im Rahmen der Begründetheit vorbehalten. Der Senat hätte dann die sofortige Beschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet ist. Eine Verweisung käme nicht in Betracht.
- 71 Hier fehlt es aber bereits an einem solchen Sachverhalt. Dem Vorbringen der Antragstellerin lässt sich - wie oben ausgeführt - gerade kein öffentlicher Auftrag entnehmen. Dann aber ist bereits die Zulässigkeit zu verneinen.
- 72 3. Angesichts der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags hat der Senat über den hilfsweise gestellten Verweisungsantrag zu entscheiden und das Verfahren entsprechend § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Landgericht in Stralsund zu verweisen.
- 73 a) Eine Verweisung des nicht statthaften Nachprüfungsantrags durch einen Vergabesenat an das Gericht eines anderen Rechtswegs kommt in entsprechender Anwendung des § 17a GVG grundsätzlich in Betracht (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 - XIII ZB 119/19 -, Rn. 11, juris; Beschluss vom 23. Januar 2012 - X ZB 5/11 -, Rn. 24, juris). Gründe der Verfahrensökonomie und des effektiven Rechtsschutzes erfordern aber nur dann eine Verweisung, wenn der Rechtsuchende sein Rechtsschutzziel im anderen Rechtsweg weiterverfolgen will und weiterverfolgen kann. Nur in diesen Fällen hat der Vergabesenat

bei Zweifeln über den zulässigen Rechtsweg durch eine bindende Verweisung des Verfahrens entsprechend § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG zu verhindern, dass eine Rechtsschutzlücke entsteht (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 – XIII ZB 119/19 –, Rn. 18, juris).

- 74 Hier hat die Antragstellerin ausdrücklich erklärt, ihr Rechtsschutzbegehren hilfsweise im Verwaltungs-, höchst hilfsweise im Zivilrechtsweg weiterverfolgen und ggf. die Anträge entsprechend anpassen zu wollen. Ihr geht es darum, dass ein Vertragsschluss zwischen den Antragsgegnern und der Beigeladenen unterbleibt und die Antragsgegner zur Durchführung eines (Verwaltungs-) Vergabeverfahrens verpflichtet werden beziehungsweise die Verpflichtung festgestellt wird. Dies ist grundsätzlich auch im Verwaltungs- oder Zivilprozess möglich. Soweit mit dem Antrag zu 6 hilfsweise die Feststellung der Unwirksamkeit des Zuschlags begehrt wird, stellt dies zwar eine Besonderheit des GWB-Vergaberechts dar und kann in dieser Form in einem anderen Rechtsweg nicht erreicht werden. Weil aber die Bedingung noch nicht eingetreten ist, wird auch dieser Hilfsantrag von der Verweisung umfasst, lediglich von der Bindungswirkung ist er ausgenommen (BGH, Urteil vom 12. März 2020 – I ZR 126/18 –, BGHZ 225, 59-90, Rn. 23; Lückemann in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 17a GVG, Rn. 13a). Schließlich ergibt sich ein Ausschluss der Verweisung auch nicht daraus, dass die Antragstellerin zu den öffentlichrechtlichen Grundlagen ihres vermeintlichen Anspruchs erst mit der Beschwerde vorgetragen hat, weil die Vergabekammer eine Verweisung ohnehin nicht hätte aussprechen können und deshalb kein Anlass zu einem entsprechenden Vorbringen bestand und insoweit die Beschwerde auf neuen Vortrag gestützt werden kann.
- 75 b) Eröffnet ist der Zivilrechtsweg (§ 13 GVG), zuständig ist das Landgericht Stralsund (§§ 23, 71 GVG, 29 ZPO).
- 76 Die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs hängt davon ab, ob das streitige Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist. Für diese Zuordnung ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich. Handelt der Staat privatrechtlich und wird der Vertrag in den Formen des Privatrechts vergeben, so ist grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit privatrechtlicher Natur. Umgekehrt ist prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn sich das staatliche Handeln in den Bahnen des öffentlichen Rechts vollzieht, der Vertrag also in den Formen des öffentlichen Rechts vergeben wird (BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012 – X ZB 5/11 –, Rn. 20 - 22, juris). Die Rechtsnatur des Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10. April 1986 – GmS-OGB 1/85 –, BGHZ 97, 312-317, BVerwGE 74, 368-373, Rn. 10 - 11). Nicht entscheidend ist dabei der Umstand, ob die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen - etwa aus Art. 3 GG - unterliegt, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Ob und in welchem Umfang bei der Auswahl eines Vertragspartners durch die öffentliche Hand eine derartige Bindung besteht, ist keine Frage des Rechtswegs, sondern der zu treffenden Sachentscheidung. Das Zivilrecht wird insoweit als „Basisrecht“ von den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert, über die die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit mit zu entscheiden haben (BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, Rn. 9).
- 77 Auf dieser Grundlage ergibt sich die Eröffnung des Zivilrechtswegs nicht bereits aus einer Selbstbindung des Auftraggebers durch freiwillige Unterwerfung unter vergaberechtliche Grundsätze (dazu Bock in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 40 VgV (Stand: 30.10.2023), Rn. 39 mwNachw.). Eine solche Selbstbindung ist in der

Bekanntmachung durch Verweis auf die Nichtgeltung von Vergaberecht ausgeschlossen. Die Einordnung als bürgerlich-rechtliche Streitigkeit ergibt sich aber nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze daraus, dass das angestrebte Vertragsverhältnis dem Privatrecht zuzuordnen ist. Für die Regelung in einem öffentlichrechtlichen Vertrag ist nach den obigen Ausführungen kein Raum. Ob sich also aus der EU-Dienstleistungsrichtlinie und aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot) ein Anspruch der Antragstellerin auf weitergehende und förmliche Beteiligung an der Verteilung des Pachtlands im Naturschutzgebiet ableiten lässt, ist von den Zivilgerichten zu klären. Die sogenannte Zweistufentheorie führt hier zu keiner anderen Beurteilung. Sie besagt nur, dass der Zugang zu einer öffentlichen Leistung wie Subventionen öffentlichrechtlich ausgestaltet sein kann, auch wenn die anschließende Umsetzung privatrechtlich erfolgt. Anders als bei Subventionen geht es hier aber nicht um Leistungen im öffentlichen Interesse (siehe oben) und gibt es keine Anspruchsgrundlage im öffentlichen Recht, die den Zugang regelt und den Streit darüber öffentlichrechtlich erscheinen lässt.

- 78 c) Der Senat entscheidet über die Verweisung ohne mündliche Verhandlung (§ 17a Abs. 4 Satz 1 GVG analog). Soweit im Zivilprozess bei Aufhebung des Prozessurteils und gleichzeitiger Verweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit durch das Berufungsgericht eine mündliche Verhandlung für erforderlich gehalten wird (vgl. Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 281 ZPO, Rn. 9, 11, 12), gilt das hier nicht, weil die Vergabekammer eine Verweisung gar nicht hätte aussprechen können und zudem - anders als im Zivilprozess - im Fall der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags eine mündliche Verhandlung nicht zwingend ist (§ 166 Abs. 1 Satz 3 GWB). Zur Frage der Verweisung hat der Senat mit der Eingangsverfügung ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (§ 17a Abs. 2 Satz 1 GVG).
- 79 4. Die Verlängerung der kraft Gesetzes bis zum 21.11.2023 laufenden aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde und damit des Zuschlagsverbots nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB kommt nicht in Betracht.
- 80 a) Über den Antrag hat der Senat jedenfalls deshalb zu entscheiden, weil er ausdrücklich auch für den Fall der Verweisung gestellt ist (weitergehend wohl Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 30. März 2022 – 7 Verg 2/22 –, Rn. 71, juris).
- 81 b) Im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB hat der Senat in erster Linie die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu berücksichtigen. Bei offenem Verfahrensausgang ist darüber hinaus das Beschleunigungsgebot und insbesondere zu beachten, ob gewichtige Belange der Allgemeinheit einen raschen Abschluss des Vergabeverfahrens erfordern (*Senat*, Beschluss vom 21. Januar 2019 – 17 Verg 8/18 –, Rn. 15 - 16, juris; Beschluss vom 3. Februar 2021 – 17 Verg 6/20 –, Rn. 8, juris).
- 82 Hier fehlt es - wie oben ausgeführt - bereits an der Erfolgsaussicht. Raum, die aufschiebende Wirkung unabhängig davon zu verlängern, besteht nicht. § 173 GWB betrifft nur das während des laufenden Beschwerdeverfahrens und bis zur Entscheidung des Vergabesenats geltende Zuschlagsverbot. Eine solche Endentscheidung hat der Senat aber nicht mehr zu treffen. Für den eröffneten Zivilprozess greift die Regelung nicht. Ein Antragsteller trägt insoweit das Risiko der Wahl des zutreffenden Rechtswegs. Eine Rechtsschutzlücke entsteht nicht, weil auch das zivilgerichtliche Verfahren Möglichkeiten des Eilrechtsschutzes bietet.

- 83 5. a) Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des unselbstständigen Eilverfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB (dazu Ulbrich in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 173 Rn. 74; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 175 GWB (Stand: 21.09.2023), Rn. 91) hat der Senat nicht zu entscheiden, da sie als Teil der Kosten zu behandeln sind, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde (§ 17b Abs. 2 Satz 1 GVG analog). Lediglich die Notwendigkeit der Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter des Antragsgegners zu 1 ist für den Fall auszusprechen, dass durch das Zivilgericht die Erstattung seiner Aufwendungen ausgesprochen wird. Für die Antragstellerin und die Beigeladene ergibt sich die Notwendigkeit - sollte es hierauf nach der Kostenentscheidung ankommen - bereits unmittelbar aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB.
- 84 Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren und das Eilverfahren (dazu Ulbrich in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 173 Rn. 74) ist auf fünf Prozent der Bruttoauftragssumme festzusetzen (§ 50 Abs. 2 GKG). Dabei orientiert sich der Senat an der Laufzeit des angestrebten Vertrags, der jeweiligen Größe der Pachtflächen während dieser Zeit und dem von der Antragstellerin vorgeschlagenen Quadratmeterpreis.
- 85 b) Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sind demgegenüber nicht der Endentscheidung vorbehalten, weil es sich insoweit nicht um Kosten aus einem gerichtlichen Verfahren handelt. Die Antragstellerin hat diese Kosten nach dem Rechtsgedanken des § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG zu tragen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012 – X ZB 5/11 –, Rn. 26, juris), worüber bereits jetzt durch den Senat entschieden werden kann. Die Hinzuziehung anwaltlicher Vertreter durch den Antragsgegner zu 1 und die Beigeladene war notwendig.