

Datum: 05.04.2022

Telefon: 0 233-22339

Telefax: 0 233-27833

Frau Leyrer

lisa.leyrer@muenchen.de

Kommunalreferat

Recht und Verwaltung

Recht

KR-RV-R

Ablage	RS	Umlauf	Kopie		
Kommunalreferat - IS					
13. April 2022					
SP-Fr.					
SP					
ZA	N	O	S	Wo	AM

Flächen für Wildtierhilfe Bayern e.V., Erforderlichkeit einer Ausschreibung

An IS-ZA, Herr Kalinsky

Wir nehmen Bezug auf Ihre Zuleitung vom 17.03.2022, mit welcher Sie die Abteilung Recht und Verwaltung um ihre Einschätzung zu der Frage bitten, ob für Flächenüberlassungen zum Zweck der Wildtierauswilderung bzw. Errichtung einer Wildtierauffangstation eine Ausschreibung erforderlich ist.

Zusammenfassend können wir Ihnen hierzu folgendes Ergebnis mitteilen:

- Eine Direktvergabe des Grundstücks an den Verein ist nicht möglich, da es an dem hierfür erforderlichen Alleinstellungsmerkmal fehlt.
- Eine Ausschreibung nach förmlichem Vergaberecht ist nicht erforderlich.
- Die Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung außerhalb des förmlichen Vergaberechts ergibt sich allerdings insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG.
- Die Überlassung der Flächen muss zum Verkehrswert erfolgen. Sollte eine Unterwertüberlassung in Betracht gezogen werden, so muss dies im Einklang mit dem europäischen Beihilferecht und dem Kommunalrecht (Artikel 75 BayGO) stehen.

1. Sachverhalt

Anlass der Prüfung ist der Stadtratsbeschluss vom 28.7.2021 (Vorlagen Nr. 20-26 / A 03356), in welchem das KVR beauftragt wurde, ua. die sachliche Unterstützung der Vereins Wildtierhilfe Bayern e.V. zu prüfen. Konkret angedacht ist die Zurverfügungstellung von kommunalen Grundstücken als Auswilderungsflächen bzw. zur Aufstellung von (mobilen) Auswilderungsvolieren/-gehegen sowie die Zurverfügungstellung eines größeren Grundstücks am Stadtrand für die Errichtung einer Wildtierauffangstation.

2. rechtliche Würdigung hinsichtlich der bloßen Nutzung zur Auswilderung

Eine Ausschreibungspflicht besteht zwar nicht nach förmlichem Vergaberecht, ist aber insbesondere im Hinblick auf Art. 3 GG erforderlich.

a. Ausschreibungspflicht aus dem förmlichen Vergaberecht

Eine Ausschreibungspflicht kann sich im förmlichen Vergaberecht aus § 97 GWB (Oberschwellenbereich) oder aus § 30 Abs. 1 KommHV Doppik (Unterschwellenbereich) ergeben.

Ob eine Ausschreibungspflicht besteht, hängt in beiden Fällen von der Frage ab, ob ein öffentlicher Auftrag (§ 103 GWB) oder eine Konzession (§ 105 GWB) vorliegt. Gem. § 103 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Maßgeblich für die Anwendung förmlichen Vergaberichts ist daher das Vorliegen eines vergaberechtsrelevanten **Beschaffungsvorgangs**.

(1) Überlassung der Flächen zur Auswilderung

Die kurzfristige Überlassung von Flächen zur Auswilderung von Tieren ohne Zusammenhang mit der Errichtung eines Gebäudes oder einer Anlage könnte allenfalls eine **Dienstleistungskonzession** darstellen. Gegenstand dieser ist die Beauftragung einer Dienstleistung durch die LHM als Auftraggeber, während dem Konzessionär (Auftragnehmer) das Recht zur Nutzung übertragen wird. Zudem muss der Auftragnehmer das wirtschaftliche Betriebsrisikos übernehmen (NZBau 2012, 341, beck-online; OLG München, Beschluss v. 25.3.11, Verg 4/11)

Die erforderliche Beschaffung durch den öffentlichen Auftraggeber liegt dabei dann vor, wenn ihm die Gegenleistung entweder unmittelbar zugutekommt (z.B. beim Einkauf von Gegenständen), oder wenn er durch sie **bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben unterstützt** wird (OLG München, Beschl. v. 25. 3. 2011 – Verg 4/11). Dies wäre dann der Fall, wenn der Landeshauptstadt München (LHM) selbst eine eigene unmittelbare rechtliche Pflicht zur Auswilderung obliegt. In diesem Fall läge die öffentliche Beschaffung in der Weitergabe dieser Pflicht.

Zwar trifft die Gemeinde als Fundstelle – spätestens nach Abgabe - eine Verwahrungs- und Versorgungspflicht von Fundtieren (OVG Lüneburg, Ur. v. 23.4.2012 – 11 LB 267/11; VGH München Ur. v. 27.11.2015 – 5 BV 15.1409). Wilde (in Freiheit befindliche oder wiederum dorthin gelangte) Tiere sind hingegen gerade keine Fundtiere, sondern vielmehr herrenlos (Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB § 242 Rn. 16, VGH München Ur. v. 27.11.2015 – 5 BV 15.1409) mit der Folge, dass das Fundrecht nicht anwendbar ist (OVG Greifswald, Urteil vom 12. 1. 2011 - 3 L 272/06). Eine gesetzliche Grundlage für eine Versorgungspflicht der Gemeinde bzgl. hilfsbedürftiger Wildtiere ist für RV-R nicht ersichtlich. Auch seitens der zuständigen Abteilung im Kreisverwaltungsreferat wurde mitgeteilt, dass die Versorgung von Wildtieren keine kommunale Aufgabe ist. Da auch eine Pflicht der LHM zur Auswilderung nach aktuellem Kenntnisstand daher nicht besteht, stellt die **Überlassung einer Fläche zur Auswilderung von Tieren keinen öffentlichen Beschaffungsvorgang** dar.

(2) Überlassung einer Fläche zur Errichtung einer Wildtierauffangstation

Im Fall der Überlassung einer Fläche im Zusammenhang mit deren Bebauung durch eine Auffangstation liegt eine öffentliche Beschaffung in Form eines Bauauftrags dann vor, wenn (a) eine einklagbare Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen vereinbart wird, (b) der

Auftraggeber einer Gegenleistung zu erbringen hat, (c) die Errichtung des Bauwerks nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird und (d) diese Leistung zudem dem öffentlichen Auftraggeber (LHM) unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt (§ 103 Abs. 3 S. 2 GWB).

Ob eine rechtlich durchsetzbare Bauverpflichtung vorliegt, ist letztlich von der Ausgestaltung des Vertrags abhängig. Sofern die Errichtung der Tierauffangstation nicht in rechtlich einklagbarer Weise vereinbart wird, läge schon deshalb keine vergaberechtlich relevante Beschaffung vor. Wird dem jeweiligen Tierschutzverein hingegen eine einklagbare Verpflichtung zur Errichtung der Station nach von der LHM genannten Erfordernissen auferlegt, muss bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen von einer Bauverpflichtung ausgegangen werden.

Allerdings dürfte es ohnehin an der kumulativ erforderlichen Voraussetzung eines **wirtschaftlichen Vorteils für die LHM als Auftraggeber** fehlen, sofern nicht vorgesehen wird, dass sie selbst Eigentümer der Auffangstation wird.

Die längerfristige Überlassung einer Fläche zur Errichtung einer Wildtierauffangstation stellt demnach nur dann einen nach förmlichen Vergaberecht zu vergebenden Bauauftrag dar, wenn die LHM Eigentümerin der Station werden soll und die Errichtung zudem eine einklagbare Verpflichtung darstellt und nach den Vorgaben der LHM durchzuführen ist. Sofern auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, besteht keine Pflicht zur Vergabe nach förmlichem Vergaberecht.

b. Ausschreibungspflicht außerhalb des förmlichen Vergaberechts

Eine Ausschreibungspflicht ist allerdings außerhalb des förmlichen Vergaberechts erforderlich, insbesondere als Auswirkung von Art. 3 GG.

(1) keine Direktvergabe aufgrund eines Alleinstellungsmerkmals

Eine Direktvergabe als Besonderheit der Freihändigen Vergabe kommt in Betracht, wenn ein Alleinstellungsmerkmal vorliegt. Dies ist dann zu bejahen, wenn aus besonderen Gründen objektiv nur ein Unternehmen in Betracht kommt, um die gewünschte Leistung zu erbringen, wobei die Anforderungen an die Begründung hierfür sehr hoch sind. Für den zu behandelnden Fall kann das Vorliegen eines Alleinstellungsmerkmals nicht begründet werden, da es auch andere Vereinigungen gibt, die die Auswilderung von Tieren und den Bau der Auffangstation durchführen könnten.

(2) Diskriminierungsverbot aus Art 18 AEUV

Zu beachten kann auch das Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV als EU-Primärrecht sein. Erforderlich ist dann allerdings eine Binnenmarktrelevanz in Form eines vorhandenen grenzüberschreitenden Interesses. Der BGH fordert hierfür im Einzelfall eine Prognose, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen in der betreffenden Branche für ausländische Anbieter interessant sein könnte (BGH, Urteil vom 30.08.2011 – X ZR 55/10).

Dies dürfte insofern abzulehnen sein, dass es sich um Tiere aus dem Stadtgebiet und der Um-

gebung Münchens handelt, die in Obhut genommen, versorgt und wieder ausgewildert werden. Dass eine ausländische Tierschutzorganisation Interesse an der Versorgung gerade der Tiere aus der Münchner Umgebung hat, erscheint unwahrscheinlich, da ein vergleichbarer Bedarf auch in jeder anderen europäischen Stadt bestehen dürfte.

(3) Gleichheitssatz, Art. 3 GG

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 GG erfordert auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz, Dienstleistungskonzessionen in einem **transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren** zu vergeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 - I-27 U 25/17).

„Der Gleichheitssatz bindet staatliche Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.“
(BVerfG, Beschluss vom 13. 6. 2006 - 1 BvR 1160/03)

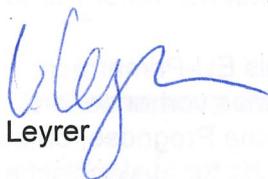
Es ist durchaus denkbar, dass auch andere Verbände oder Vereine Interesse daran haben, städtische Flächen zu Errichtung einer Tierauffangstation oder zur Auswilderung von Tieren zu nutzen.

Erforderlich sind daher sachgerechte Vergabekriterien sowie ein verfahrensmäßiger Mindeststandard, „namentlich die Vorabfestlegung eines für das weitere Verfahren grundsätzlich verbindlichen Vergabekonzepts (Kriterien, Verfahrensmodalitäten), hinreichende Publizität, angemessene Fristen sowie ein chancengleiches Vergabeverfahren, was etwa das Verbot selektiver Information beinhaltet“ (*Wollenschläger, NvwZ 2016, 1535, 1536*).

Die Überlassung von Flächen sowohl zur Auswilderung als auch zur Errichtung einer Wildtierauffangstation sind daher im Hinblick auf Art. 3 GG in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren nach vorab festgelegten sachlichen Kriterien zu vergeben, wobei sicherzustellen ist, dass alle potentiellen Bewerber gleichermaßen Zugang zu der Ausschreibung haben (etwas durch Veröffentlichung in Internet und Zeitung).

Hinweis:

Die Überlassung der Flächen muss zum Verkehrswert erfolgen. Sollte eine Unterwertüberlassung in Betracht gezogen werden, so muss dies im Einklang mit dem europäischen Beihilferecht und dem Kommunalrecht (Artikel 75 BayGO) stehen. Hierfür ist insbesondere zu prüfen, ob eine kommunale Aufgabe vorliegt.


Leyrer