

Rechtliche Einschätzung zur Verpachtung von Gemeindewald an Forstdienstleistungsunternehmen („Waldpachtmodell“)

I. Fragestellung

Das Waldpachtmodell, d.h. die Verpachtung von Gemeindewald verbunden mit der Vereinbarung der Erbringung von Forstdienstleistungen, bedarf der vergaberechtlichen Bewertung. Eine reine Verpachtung von Flächen durch die Gemeinde hätte keinen Beschaffungscharakter und fiel nicht unter das Vergaberecht. Ist die Überlassung gemeindlicher Waldflächen Element eines einheitlichen Vorgangs, der einen beschaffungsrechtlichen Bezug hat, so kann der Vertrag vergaberechtlich relevant sein.

II. Rechtsnatur des Vertrages und vergaberechtliche Konsequenzen

Zur Beurteilung der Frage, ob derartige Vertragsbeziehungen dem Vergaberecht und damit insbesondere Ausschreibungs- bzw. Bekanntmachungspflichten unterliegen, ist die Rechtsnatur der vertraglichen Vereinbarung zu untersuchen:

- a) Ohne Pachtvertrag könnten einem Forstdienstleistungsunternehmen durch entgeltlichen Vertrag die Durchführung der Aufgaben in ihrer Gesamtheit übertragen werden, zu denen die Gemeinde als Eigentümerin der Waldflächen gemäß § 4 LWaldG¹ selbst verpflichtet ist. Erträge aus Holzernte und Holzvermarktung kämen dann unmittelbar der Gemeinde zugute. Dabei handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, der dem Vergaberecht unterliegt. Soweit der geschätzte Gesamtauftragswert des öffentlichen Auftrags – ohne Umsatzsteuer - den maßgeblichen EU-Schwellenwert (derzeit: 209.000 Euro; § 106 GWB) nicht erreicht (sog. Unterschwellenbereich), richtet sich die Vergabe des Dienstleistungsauftrags nach § 22 Gemeindehaushaltsverordnung in Verbindung mit der Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz“ vom 24. April 2014 (MinBl. S. 48). Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Oberschwellenbereich gelten Teil 4

¹ § 4 LWaldG - Grundpflichten: Wald ist ordnungsgemäß, nachhaltig, planmäßig und sachkundig zu bewirtschaften. Die Bewirtschaftung schließt die Umweltvorsorge mit ein.

des GWB vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) und die Vergabeverordnung vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624).

- b) Verpachtet die Gemeinde die Waldflächen an ein Forstdienstleistungsunternehmen, gibt sie ihr Nutzungsrecht für die Dauer des Pachtvertrages auf. Das Waldpachtmodell ist nach bisher bekanntgewordenen Vertragsentwürfen in der Regel so gestaltet, dass der Pächter/ Forstdienstleister Bewirtschaftungsverpflichtungen der Gemeinde als Waldbesitzende übernimmt, vom Waldbau (z.B. Verjüngung, Pflege) über die Holzernte bis zur Holzvermarktung. Die Holzvermarktung scheint ein bedeutender Faktor für das private Unternehmen im Rahmen des Vertragskonstrukts zu sein. Die Früchte aus der Bewirtschaftung des Waldes stehen im Rahmen des vereinbarten Holzeinschlags dem Pächter zu. Der Pächter zahlt im Gegenzug einen Pachtzins für das Nutzungsrecht am Wald und übernimmt die forstlichen Dienstleistungen für die Gemeinde. Möglicherweise erhält die Gemeinde noch einen Anteil am Holzverkaufserlös.

Der Pachtvertrag wäre isoliert betrachtet – wie oben bereits angedeutet – mangels Beschaffungscharakter vergaberechtlich unerheblich. Dies würde jedoch dem komplexen Vertragswerk und dem von der Gemeinde damit verfolgten Zweck nicht gerecht. Die Gemeinde bezweckt mit dem Waldpachtvertrag, die Erfüllung ihrer gesetzlichen Bewirtschaftungsverpflichtungen nach dem Landeswaldgesetz und ggf. darüber hinausgehende forstliche Leistungen in privat-unternehmerische Hände zu geben.

Es handelt sich um mehr als nur einen Pachtvertrag zur wirtschaftlichen Verwertung ihrer Waldflächen, nämlich auch um die Beschaffung einer Dienstleistung. Der Waldpachtvertrag stellt eine Kombination aus einem Pachtvertrag und einem Dienstleistungsauftrag dar, wobei jeweils die Gegenleistung des einen Vertrags (Pachtzins) mit der Gegenleistung des anderen Vertrags (Entgelt für die Forstdienstleistung) in Teilen kompensiert (verschmolzen) wird. Vergaberechtlich dürfte von einem sog. gemischten Vertrag auszugehen sein.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei einem gemischten Vertrag, dessen einzelne Teile untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bilden, das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften zu untersuchen, die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrages bildet. Dies gilt unabhängig

davon, ob der den Hauptgegenstand eines gemischten Vertrages bildende Teil in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt oder nicht².

Der Vertrag wird offiziell als Waldpachtvertrag bezeichnet und enthält auch Elemente eines Pachtvertrages. Vorrangiges Ziel der Verpachtung scheinen aber die Erfüllung der Bewirtschaftungspflichten nach dem Landeswaldgesetz und ggf. weiterer Leistungen zu sein. Bei derartigen Vertragsgestaltungen hätte es ohne die Übertragung der Bewirtschaftungspflichten keinen Grund für den Abschluss eines Pachtvertrags gegeben. Unabhängig davon, welcher Teil des Gesamtvertragswerks den Hauptzweck bildet, sind Pacht und die Forstdienstleistungen nach hiesiger Einschätzung derart miteinander verknüpft, dass sie ein untrennbares Ganzes bilden.

Der Hauptgegenstand des Vertrags ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich dieser Vertrag bezieht. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Vertrags folgen; der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind³.

Der Dienstleistungsanteil dürfte dem Pachtvertrag sicher nicht völlig untergeordnet sein, sondern ihm zumindest gleichgewichtig gegenüberstehen. Die wirtschaftliche Betrachtung, dass der Wert der forstlichen Dienstleistung durch den Pachtzins kompensiert wird, spricht für diese Annahme. Hinzu kommt noch eine mögliche Beteiligung der Gemeinde an den Erträgen aus der Holzvermarktung. Je nachdem, welche zusätzlichen Leistungen – wie oben beschrieben – in das Dienstleistungspaket einbezogen werden, dürfte dieser Teil sogar den Gesamtvertrag im Wesentlichen prägen mit der Folge, dass das Vergaberecht wie oben unter Buchstabe a) beschrieben zu beachten ist.

- c) Denkbar ist aber auch, dass es sich bei dem „Waldpachtvertrag“ um eine Dienstleistungskonzession handelt. Konzessionen unterfallen seit 18.04.2016 (Umsetzung der EU-Vergaberechtsreform) ab einem Auftragswert von 5,225 Mio.

² Vgl. Urteil EuGH vom 06.05.2010 – C-145/08 u C-149/08, Rn 48; Summa in: Heiermann/Zeiss, jurisPK-Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 97 GWB, Rn 38

³ Vgl. Urteil EuGH vom 21. Februar 2008 – C-412/04, Rn 47f

Euro dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Konzessionsvergabeverordnung. Unterhalb des EU-Schwellenwertes von 5,225 Mio. Euro sind Konzessionsvergaben nicht an ein förmliches Vergabeverfahren gebunden.

Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen beispielsweise ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betraut. Dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung (vgl. § 105 Abs. 1 GWB).

In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geht bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer (= Forstdienstleister) über. Dies ist der Fall, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potentielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein (vgl. § 105 Abs. 2 GWB).

Folgende Indizien/ Vertragsklauseln sprechen dafür, dass das forstbetriebliche Risiko bei der Kommune verbleibt (und somit keine Dienstleistungskonzession vorliegt):

- keine Kostenübernahme durch den Forstdienstleister für die Unterhaltung, Instandsetzung oder den notwendigen Aus- und Neubau von Waldwegen (diese Kosten verbleiben bei der Kommune). Hierbei wird das Betriebsrisiko bei Wegeschäden, die durch die Holzernthemaßnahmen oder durch natürliche Ereignisse entstehen, nicht übertragen.
- vertragliche Regelungen, die das Betriebsrisiko infolge Kalamitäten, wie Sturm- oder Schneebruchschäden, Borkenkäferbefall etc. für den Dienstleister/Pächter begrenzen oder bei der Kommune als der Verpächterin belassen. Als Risiken wären in diesen Fällen z.B. Preisverfall, unverwertbare Holzmengen, vor allem aber umfangreiche Nachfolgeaufwendungen für Wiederaufforstungsmaßnahmen und anschließende Pflege der Jungbestände zu nennen;

- vertragliche Preisanpassungs- oder Ausstiegsklausel zugunsten des Forstdienstleisters für den Fall sinkender Holzpreise.

Ergebnis:

Bei der Verpachtung von Gemeindewald an Forstdienstleistungsunternehmen sprechen deutliche Anzeichen für einen vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang. Ob es sich um einen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag oder um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag handelt, bestimmt sich nach der konkreten Vertragsgestaltung, d.h. ob das Betriebsrisiko auf das Forstdienstleistungsunternehmen übertragen wird.

Es wird darauf hingewiesen, dass Vergaberechtsverstöße im Rahmen der zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten überprüft werden können. Mögliche Folgen können Schadensersatzansprüche oder die Unwirksamkeit des Vertrages (vgl. § 135 GWB) sein.

Die vorstehenden Ausführungen erfolgen in Abstimmung mit dem für Vergaberecht zuständigen Referat 8203 des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau.

gez. Vera Müller