

6. Energiewirtschaftsforum

■ Europarechtliche Anforderungen an die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Rechtsanwalt Laurenz Keller
Berlin, 18. Juni 2008

Gliederung

1. Was ist eine Dienstleistungskonzession?
2. Kriterien für die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen
3. Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen
4. Ausblick

1. Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Eine Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag

- > Zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und
- > Privaten Unternehmen / privaten Unternehmern.
- > Die Einzelheiten sind nicht abschließend geklärt.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund: Richtlinien 92/50/ EWG, 93/36/EG und 93/37/EG („klassische Richtlinien“) und 93/38/EWG („Sektorenrichtlinie“).

- > „Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfaßt“ (8. Begründungserwägung RL 92/50/EWG).
- > Art. 1 RL 92/50/EWG: „ Im Sinne dieser Richtlinie ... gelten als öffentliche Dienstleistungsaufträge die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge ...“
- > Klassische Richtlinien: Parallelregelungen.
- > Heute: „Klassische Richtlinie“ 2004/17/EG und „Sektorenrichtlinie“ 2004/18/EG.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Was gilt für Verträge ohne feste Vergütung? – Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag.

Ursprünglich waren nur die so genannten Baukonzessionen geregelt:

- > Art. 1 lit. d) der RL 93/37/EG über die Vergabe von Bauaufträgen.
- > „Im Sinne der Richtlinie gelten als öffentliche Baukonzessionen Verträge, die von den (öffentlichen Bauaufträgen) nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“
- > Inhaltsleich in Art. 1 Abs. 3 lit. a) RL 2004/17/EG und Art. 1 Abs. 3 RL 2004/18/EG.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Die Diskussion über Konzessionen wurde von der Kommission weitergeführt:

- > Mitteilung der Kommission über das öffentliche Auftragswesen in der EU vom 11. März 1998, KOM (98) 143, S. 9: „Die Schaffung eines Rechtsrahmens für solche Konstruktionen ist unbedingt erforderlich!“
- > Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen vom 29. 4. 2000, ABl. C 121/2: „Form der Partnerschaft, um sich privates Know-How und privates Kapital zunutze zu machen.“
- > „Hat üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt, die nach ihrer Natur und ihrem Gegenstand in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen Rechten sein können.“

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

EuGH – Fall Rs. C-324/98: „Telaustria Verlag GmbH und Telefonadress GmbH gegen Post und Telekom Austria AG“

Schlussanträge von Generalanwalt Fennelly in Sachen Telaustria

- > Muss die Dienstleistung im öffentlichen Interesse liegen (so nach GA La Pergola, Rs. C-360/06, Gemeinde Arnhem und BFI Holding)?
- > Problem: Es gibt keine gemeinschaftsrechtliche Definition des öffentlichen Interesses.
- > Die Auslegung würde auf Ebene der Mitgliedstaaten stattfinden. Damit würde keine einheitliche Anwendung des Begriffs sichergestellt.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Gesetzgebungsgeschichte – Erlass der Richtlinien

- > Vorschläge für die Sektorenrichtlinie und die „klassischen Richtlinien“ sollten ursprünglich „öffentliche Dienstleistungskonzessionen“ einbeziehen!
- > Ziel war es, ein „kohärentes Vergabeverfahren einzuführen“.
- > Wurde vom Rat abgelehnt. Begründung: wegen unterschiedlicher Ausgestaltung der „Übertragung von Befugnissen bei der Verwaltung öffentlicher Dienstleistung“ in den Mitgliedstaaten wäre Unausgewogenheit eingetreten.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Kennzeichen einer Dienstleistungskonzession:

- > Einem öffentlichen Auftraggeber wird eine Dienstleistung erbracht.
- > Statt einer festen Vergütung wird dem Dienstleister das Recht zur Verwertung eigener Leistungen gegenüber Dritten eingeräumt.
- > Diese Dritten zahlen an den Konzessionär eine Vergütung.
- > Der Konzessionär trägt das wirtschaftliche Risiko seiner Betätigung.
- > Weitere Beispiele: Rs. C-358/00, Buchhändler-Vereinigung; Rs. C-231/01, Co.Na.Me.; Rs. C-458/03, Parking Brixen; Rs. C-410/04, ANAV.

Was ist eine Dienstleistungskonzession?

Heute legaldefiniert in Art. 1 Abs. 3 lit. b) RL 2007/17/EG und Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG:

Eine Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

2. Kriterien für die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

EuGH, Urteil vom 7. 12. 2000, Rs. C-324/98 Telaustria

- > „Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ist ein Vertrag vom Anwendungsbereich der RL 93/38 deshalb ausgenommen, weil die Gegenleistung, die gegenüber dem Unternehmen erbracht wird, darin besteht, dass es als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält.“
- > „Auch wenn solche Verträge beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, so haben die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten.“

Kriterien für die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

EuGH, Urteil vom 7. 12. 2000, Rs. C-324/98 Telaustria

- > „Dieses Verbot schließt insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist. Kraft dieser Verpflichtung muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.“
- > Daher auch Bezeichnung als „Vergaberecht light“.

Kriterien für die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Was ist ein angemessener Grad von Öffentlichkeit?

- > Telaustria: „Prüfung ist Sache des vorliegenden Gerichts“.
- > Die Intensität einer Ausschreibung muss nicht erreicht werden,
EuGH, Rs. C-231/03, Co.Na.Me.
- > Generalanwältin Stix-Hackl, Rs. Co.Na.Me.: Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt eine Veröffentlichung stattfinden soll. Die Anforderungen des Primärrechts sollen nicht über die des Sekundärrechts hinausgehen. Neben Tageszeitungen etc. auch durch Aushang möglich.

Kriterien für die „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen (ABl. EU Nr. C 121/2 vom 29.4.2000):

- > „Die Transparenz kann auf jede geeignete Art und Weise sichergestellt werden, abhängig von und unter Berücksichtigung des jeweils betroffenen Sektors“.
- > „Die Transparenz kann, unter anderem, mittels einer Bekanntmachung oder einer Vorabinformation in Tageszeitungen, der Fachpresse oder durch Aushang sichergestellt werden.“

Grad von Öffentlichkeit muss im Einzelfall bestimmt werden.

3. Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Denkbare Verfahrensfehler:

- > Unterlassen jeder Bekanntmachung.
- > Durch die Bekanntmachung wird der angemessene Grad von Öffentlichkeit nicht sichergestellt.
- > Muss im Einzelfall bestimmt werden. Mitgliedstaatliches Verhalten ist nur dann eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten, wenn es erheblich ist.

Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter:

- > Problem: das Vergaberecht kommt für den Abschluss von Dienstleistungskonzessionen nicht zur Anwendung; Beispiel: OLG Brandenburg, Beschluß vom 3. 6. 2008, Verg W 5/08.
- > Aber: wie bei jeder Handlung einer öffentlichen Stelle kann eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle angestrebt werden. Beschaffungsvorgänge, die nicht dem Vergabeverfahren unterliegen, können verwaltungsgerichtlich nachgeprüft werden, OVG Koblenz, NZBau 2005, 411; OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 223, und NVwZ 2006, 1083.
- > Mittel: Unterlassungsklage im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, § 123 VwGO.

Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Zivilrechtliche Auswirkungen von „Verfahrensfehlern“?

- > Für Dienstleistungskonzessionen bislang ungeklärt!

Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die zivilrechtliche Wirksamkeit von vergabewidrig zustandegekommenen Verträgen:

- > Art. 2 Abs. 6 der Rechtsmittelrichtlinien RL 89/665/EWG und RL 92/13/EWG gehen gleichlautend davon aus, dass die Folgen von Verstößen gegen Vergabeverfahren nach nationalem Recht bestimmt werden.
- > Nationales Recht: § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB: „Ein bereits erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden.“ – Pacta sunt servanda.

Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die zivilrechtliche
Wirksamkeit von vergabewidrig zustandegekommenen Verträgen:

- > Aber: EuGH, Rs. C-503/04, Gemeinde Bockhorn und Stadt Braunschweig: Art. 2 Abs. 6 der Rechtsmittel-Richtlinien schließt Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV nicht aus!
- > Der Fortbestand vergabewidriger Verträge kann im Zwangsgeldverfahren geahndet werden.
- > Bedeutet aber keine zwingende zivilrechtliche Nichtigkeit der Verträge!

Verfahrensfehler bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen

Nichtigkeit eines Vertrages aus dem Primärrecht?

- > Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot sollen nicht den Abschluss von bestimmten Verträge verhindern.
- > Kein Anlass, im Primärrecht gesetzliche Verbote zu sehen.

Übertragbarkeit dieser Wertungen auf „Verfahrensfehler“ beim Abschluss von Dienstleistungskonzessionen?

- > Für Dienstleistungskonzessionen besteht bislang kein fester Rechtsrahmen (was auch der EuGH anerkennt: „beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts“).
- > Die Anforderungen des Primärrechts sollen nicht über die des Sekundärrechts hinausgehen (GA‘in Stix-Hackl, Rs. Co.Na.Me.).
- > Die Rechtsfolgen können nicht strenger sein als vom Sekundärrecht (Rechtsmittelrichtlinien) vorgesehen.

Bessere Argumente sprechen (noch) für Bestand des Vertrages.

4. Ausblick

Neuordnung der Rechtsmittelrichtlinien durch RL 2007/66/EG

- > Neue Art. 2 d – Unwirksamkeit in den Rechtsmittelrichtlinien.
- > Die Mitgliedstaaten müssen bei bestimmten Vergabeverstößen die Nichtigkeit der Verträge anordnen!
- > Die Rechtsfolgen des Sekundärrechts werden ab 20. 12. 2009 strenger.

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen für die Vergabe von Aufträgen, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen

- > ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8. 2006.
- > Grundanforderungen eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit soll für kleine Aufträge und für Dienstleistungskonzessionen gelten.

Ausblick

Deutschland hat gegen die Mitteilung geklagt

- > Anhängig als Rs. T-258/06, vgl. ABl. EU Nr. C 294/52 vom 2. 12. 2006.
- > „Kommission fehlt Zuständigkeit, greift in das institutionelle Gleichgewicht ein; Mitteilung schafft neue Vergaberegeln, führt zu Rechtsunsicherheit!“

Rechtsunsicherheit prägt die Fragestellungen weiterhin.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte
Partnerschaft von Rechtsanwälten

**Rechtsanwalt
Laurenz Keller**

**Meinekestraße 4
D - 10719 Berlin**

**Tel: +(49) 30 / 50 96 95 - 0
Fax: +(49) 30 / 50 96 95 - 77**

**E-Mail: keller@kermelscholtka.com
Internet: www.kermelscholtka.com**