

GENERALDIREKTION INTERNE POLITIKBEREICHE

FACHABTEILUNG **A**
WIRTSCHAFTS- UND WISSENSCHAFTSPOLITIK



Wirtschaft und Währung	
Beschäftigung und soziale Angelegenheiten	
Umweltfragen, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit	
Industrie, Forschung und Energie	
Binnenmarkt und Verbraucherschutz	

Konzessionen

IMCO



GENERALDIREKTION INTERNE POLITIKBEREICHE

**FACHABTEILUNG A: WIRTSCHAFTS- UND
WISSENSCHAFTSPOLITIK**

BINNENMARKT UND VERBRAUCHERSCHUTZ

Konzessionen

THEMENPAPIER

Zusammenfassung

In dem Themenpapier wird die Frage behandelt, ob die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Konzessionen hinreichende Rechtsklarheit schafft. Im Einzelnen wird untersucht, ob eine gesetzgeberische Maßnahme erforderlich ist und ob es sinnvoller wäre, die geltenden Vergaberichtlinien zu ändern oder gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen zu erlassen.

**IP/A/IMCO/NT/2009-12
PE 429.994**

**Januar 2010
DE**

Dieses Themenpapier wurde vom Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments in Auftrag gegeben.

VERFASSER

Dr. Annette Rosenkotter (Partner); rosenkoetter@fps-law.de

Dr. Anne-Caroline Seidler LL.M. RSA (Associate); seidler@fps-law.de

Dr. Thorsten Wuersig (Associate); wuersig@fps-law.de

FPS Rechtsanwälte & Notare

Tel.: + 49 (0) 69-95957-3113

ZUSTÄNDIGER BEAMTER

Balazs Mellar

Fachabteilung Wirtschafts- und Wissenschaftspolitik

Europäisches Parlament

B-1047 Brüssel

[E-Mail: balazs.mellar@europarl.europa.eu](mailto:balazs.mellar@europarl.europa.eu)

SPRACHFASSUNGEN

Original: EN

Übersetzungen: DE, FR

ÜBER DEN HERAUSGEBER

Wer sich mit der Fachabteilung in Verbindung setzen oder den monatlichen Newsletter abonnieren will, wende sich bitte an: poldep-esc@europarl.europa.eu

Redaktionsschluss: . Januar 2010. Brüssel,

© Europäisches Parlament, 2010.

Das Themenpapier ist im Internet abrufbar unter:

<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>

HAFTUNGSAUSSCHLUSS

Bei den dargelegten Ansichten handelt es sich um die des Verfassers, die nicht unbedingt der Position des Europäischen Parlaments entsprechen.

Nachdruck und Übersetzung dieser Veröffentlichung – außer zu kommerziellen Zwecken – mit Quellenangabe gestattet, sofern der Herausgeber vorab unterrichtet und ihm ein Exemplar übermittelt wird.

Inhaltsverzeichnis

ZUSAMMENFASSUNG	1
1 EINLEITUNG	2
2 AKTUELLE LAGE/STAND DER DINGE	3
2.1 Hintergrund	3
2.1.1 Begriffsbestimmungen.....	3
2.1.2 Historischer Kontext	3
2.1.3. Andere Arten von Konzessionen.....	5
2.2 Geltende Rechtsvorschriften und Leitlinien	5
2.2.1 Vergabekoordinierungsrichtlinie	5
2.2.2 Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste	6
2.2.3 Grundsätze des Vertrags.....	6
2.2.4 Mitteilung zu Auslegungsfragen.....	6
2.3 Folgewirkungen.....	6
2.3.1 Flickenteppich von Vorschriften	6
2.3.2 Unterscheidungsprobleme	7
2.3.3 Missbrauch von Dienstleistungskonzessionen	7
3 ANALYSE DER RECHTSPRECHUNG DES EUGH	8
3.1 Baukonzessionen	8
3.2 Dienstleistungskonzessionen	8
3.2.1 Unterscheidung zwischen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen/Risikoteilung.....	10
3.2.1.1 Parking Brixen und ANAV.....	10
3.2.1.2 Kommission/Italienische Republik.....	10
3.2.1.3 Orthopädie Schuhtechnik	11
3.2.1.4 Eurawasser	11
3.2.2 Bewertung	12
3.2.3 Verfahren	13
3.2.4 Sonstige einschlägige Rechtsprechung	14
3.2.4.1 Allgemeine Grundsätze des Vertrags.....	14
3.2.4.2 Gemischte Verträge	15
3.3 Fazit	15

4 - LÖSUNGSWEGE	17
4.1 Handlungsbedarf	17
4.2 Rechtsvorschriften im Rahmen der derzeitigen Richtlinie oder gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen?	17
4.2.1 Gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen	17
4.2.2 Gesonderte Rechtsvorschriften für alle ÖPP-Aufträge	17
4.2.3 Regelung im Rahmen der Richtlinie	18
4.2.4 Bewertung	19
Literaturangaben	21

ZUSAMMENFASSUNG

Der Geltungsbereich und die Definition von Konzessionsverträgen sind seit der Verabschiedung der ersten europäischen Vergaberichtlinie im Jahre 1971 Gegenstand kontrovers geführter Debatten. In der Richtlinie 2004/18/EG werden sowohl öffentliche Baukonzessionen als auch Dienstleistungskonzessionen als Verträge definiert, „die von öffentlichen Bau-/Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Bau-/Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks/der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“. Die Begriffsbestimmung ist sehr weit gefasst und wenig präzise, insbesondere was das „Recht zur Nutzung“ anbelangt, und sorgt daher für erhebliche Unsicherheit in den Mitgliedstaaten.

Geschichtlich gesehen lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, warum Konzessionen überhaupt anders behandelt wurden als „normale“ öffentliche Aufträge. Das Ergebnis der Debatte ist ein widersprüchlicher Flickenteppich von EU-Vorschriften und einzelstaatlichen Regelungen (Vergaberichtlinien, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, Kommissionsmitteilung zu Auslegungsfragen).

Das Hauptproblem besteht darin, eine klare Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen vorzunehmen. Dies ist einer der Gründe, warum sich der EuGH insbesondere im Bereich der Dienstleistungskonzessionen mit einer Reihe von Rechtssachen befassen musste und dabei versuchte, Leitlinien zur Abgrenzung öffentlicher Aufträge von Konzessionen zu entwickeln. Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH ergibt jedoch, dass der Gerichtshof selbst nicht konsequent zwischen den beiden Kategorien unterscheidet, insbesondere wenn es um die Auslegung des „Rechts zur Nutzung“ geht. Auch geht aus den vorhandenen Regelungen und der Spruchpraxis des EuGH nicht eindeutig hervor, wie eine Konzession im Einklang mit den Grundsatzbestimmungen des Vertrags zu vergeben ist.

Folglich gilt es zu prüfen, ob auf EU-Ebene Handlungsbedarf besteht. Eine Aktualisierung der Mitteilung zu Auslegungsfragen reicht möglicherweise nicht aus, denn dies würde die Auslegungsprobleme nicht auf Dauer ausräumen. Es ist fraglich, ob gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen oder für alle Verträge über öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP), die mit der Übernahme eines erheblichen Risikos verbunden sind, mehr bewirken können, denn bei der Entscheidung darüber, welche Vorschriften zur Anwendung kommen, stellt sich dann weiterhin das Problem der Unterscheidung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Dies wäre auch zu bedenken, wenn im Rahmen der Vergaberichtlinien gesonderte Vorschriften für (Dienstleistungs-)Konzessionen erlassen würden.

Im Endeffekt sollte man ins Auge fassen, Konzessionen in die vorhandenen Vergaberichtlinien einzubeziehen, und dabei klarstellen, dass die geltenden Verfahren für alle Arten von ÖPP und Konzessionen geeignet sind. Bei dieser Variante würde sich das Problem der Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen nicht mehr stellen und gäbe es eindeutige Vorschriften zur Vergabe eines Konzessionsvertrags. Auch wäre zu prüfen, ob die Bestimmungen der Richtlinie hinreichende Flexibilität bei der Vergabe komplexer Aufträge bieten, die mit der Übernahme eines erheblichen Risikos einhergehen.

1. EINLEITUNG

Seit der ersten Vergaberichtlinie im Jahre 1971 waren Konzessionsverträge immer wieder Gegenstand lebhafter Diskussionen auf europäischer Ebene. Von Anfang an konnten sich die Mitgliedstaaten nicht darüber einigen, ob Dienstleistungskonzessionen unter die Vergaberichtlinien fallen sollen. In dem Maße, wie Konzessionen im Rahmen von ÖPP (öffentlich-privaten Partnerschaften) an Bedeutung gewannen, ist die Frage der geltenden Vorschriften für die Akteure des Beschaffungswesens zu einer zentralen Frage geworden. Mit dem Grünbuch zu ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen¹ gab die Europäische Kommission den Anstoß zu einer Debatte über den derzeitigen rechtlichen Rahmen.

Der Begriff „ÖPP“ ist im europäischen Recht nicht definiert und umfasst sämtliche Formen der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Stellen und dem privaten Sektor. Wenn die Zusammenarbeit lediglich auf einer vertraglichen Beziehung beruht, kann die ÖPP entweder als öffentlicher Auftrag oder als Konzession eingestuft werden. Nachstehend soll erläutert werden, warum es gegenwärtig erforderlich ist, zwischen diesen beiden Formen zu unterscheiden, namentlich im Falle einer Dienstleistungskonzession, und ob es rechtlich notwendig ist, diese Unterscheidung beizubehalten. Im Themenpapier wird auch untersucht, ob für Bau- und Dienstleistungskonzessionen die gleichen Vorschriften gelten sollten.

¹ KOM/2004/327

2. AKTUELLE LAGE / STAND DER DINGE

2.1 Hintergrund

2.1.1 Begriffsbestimmung

Konzessionen sind eine besondere Form der öffentlichen Auftragsvergabe. Die neue Vergaberichtlinie 2004/18/EG definiert in Artikel 1 Absatz 3 und 4 sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen:

„Öffentliche Baukonzessionen“ sind Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.²

Eine typische Baukonzession läge beim Bau und Betrieb einer S-Bahn vor, wenn die Erlöse aus dem Verkauf der Fahrkarten dem Konzessionär zufließen.

„Dienstleistungskonzessionen“ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Bei einer typischen Dienstleistungskonzession trägt der Erbringer der Dienstleistung die dabei anfallenden Kosten und erhält zur Deckung dieser Kosten ein Entgelt vom Nutzer.

Beispiele dafür wären ein Vertrag, bei dem ein Unternehmen ein kommunales Freizeitzentrum betreibt und als Gegenleistung die von den Nutzern entrichteten Eintrittsgelder für sich behält, eine Vereinbarung, wonach ein Unternehmer Beförderungsleistungen erbringt, z. B. per Straßenbahn oder Flussfähre, und durch die zu zahlenden Gebühren vergütet wird, oder die Beauftragung einer privaten Firma mit dem Betrieb einer Registratur, bei der die Vergütung über die Suchgebühren erfolgt.

Auch die Begriffe „öffentlicher Auftrag“, „Bauleistung“ und „Dienstleistung“ werden in der Richtlinie 2004/18/EG definiert. Die einzigen Bestandteile der Begriffsbestimmungen, die nicht definiert werden, sind „Recht zur Nutzung“ und „zuzüglich der Zahlung eines Preises“. Unglücklicherweise ist aber das „Recht zur Nutzung“ das Hauptkriterium für die Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Wer die Definition Wort für Wort liest, muss zu der Annahme gelangen, dass jeder öffentliche Auftrag, der ein Recht zur Nutzung beinhaltet, als Konzession anzusehen ist, selbst wenn die Zahlung des Preises nahezu alle Kosten deckt.³

Diese breit gefasste und vage Definition, besonders der Schlüsselbegriffe, führt zu zahlreichen Missverständnissen und Fehlinterpretationen, die sich die Europäische Kommission und der EuGH seit Jahren auszuräumen bemühen, allerdings ohne nennenswerten Erfolg (siehe Punkte 2, 3 und II.).

2.1.2 Historischer Kontext

Während Baukonzessionen mit einem Wert, der den aktuellen Schwellenwert erreicht oder überschreitet, zum Teil von der Richtlinie 2004/18/EG erfasst werden (siehe weiter unten: Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, Mindestfristen für die Bewerbung), sind Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich davon ausgenommen (Artikel 17) und unterliegen ausschließlich den aus dem Vertrag abgeleiteten Grundsätzen (Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit, gegenseitige Anerkennung).

² Diese Begriffsbestimmung fand sich schon in der alten Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Artikel 1 Buchstabe d).

³ Sitsen, Die Dienstleistungskonzession – ein Auslaufmodell?, IR 10/2009, 223.

Im Falle der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG fallen sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie (Artikel 18). Dennoch werden beide Kategorien in Artikel 1 Absatz 3 Buchstaben a/b definiert und unterliegen zudem den aus dem Vertrag abgeleiteten Grundsätzen.⁴

Aufgrund der unterschiedlichen Vorschriften, die zur Anwendung kommen, ist es derzeit sehr wichtig, zwischen den verschiedenen Arten von Aufträgen/Konzessionen zu unterscheiden.

Beispielsweise fallen die nur den Vertragsgrundsätzen unterliegenden Konzessionen nicht in den Anwendungsbereich der Rechtsmittelrichtlinie und genießen deshalb keinen effektiven Rechtsschutz.

Geschichtlich gesehen lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, warum Konzessionen überhaupt anders behandelt wurden.

Ein Argument könnte lauten, dass die meisten Konzessionen ihrem Wesen nach mehr Flexibilität verlangen, als bei den derzeitigen Vergaberichtlinien möglich ist. Andererseits hatte die Europäische Kommission bereits in ihren Auslegungshinweisen zu Konzessionen festgestellt, dass „öffentliche Aufträge immer häufiger Gegenstand komplexer rechtlicher Konstruktionen sind“.⁵ Dies gilt z. B. für die meisten öffentlichen Aufträge im Rahmen von ÖPP. Diese Verträge sind komplex, haben aufgrund des Lebenszyklus-Konzepts eine lange Laufzeit und erfordern mehr Flexibilität als „normale“ öffentliche Aufträge, fallen aber dennoch vollständig in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien.

Aufschlussreich ist zudem, dass das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) nicht zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen unterscheidet. Nach dem GPA gibt es keine Ausnahme für Dienstleistungskonzessionen. Dies würde bedeuten, dass Dienstleistungskonzessionen zumindest dem im GPA festgelegten Vergabeverfahren entsprechen müssten.⁶ Anscheinend setzen sich aber die meisten Mitgliedstaaten über diese Vorschriften hinweg. Lediglich drei Mitgliedstaaten haben überhaupt nationale Rechtsvorschriften mit Regelungen für die Vergabe von (Bau- und) Dienstleistungskonzessionen erlassen.⁷

Was die Dienstleistungskonzessionen anbelangt, hatten die Vorschläge der Europäischen Kommission zur ersten Dienstleistungsrichtlinie (92/50/EWG) ausdrücklich analog zu den in der Baurichtlinie enthaltenen Bestimmungen über öffentliche Baukonzessionen Bestimmungen zur Regelung dieser Konzessionen enthalten. Ursprünglich begründete die Kommission dies in der 10. Begründungserwägung des Vorschlags wie folgt: „Um kohärente Vergabeverfahren einzuführen, müssen öffentliche Dienstleistungskonzessionen von dieser Richtlinie in der gleichen Weise erfasst werden wie öffentliche Baukonzessionen von der Richtlinie 71/305/EWG.“⁸ Der Rat beschloss jedoch, diese Art von Aufträgen „wegen der höchst unterschiedlichen Praktiken der Mitgliedstaaten bei öffentlichen Dienstleistungskonzessionen“ auszuklammern.⁹ Nach seiner Ansicht wäre es ansonsten zu einer großen Unausgewogenheit in der Handhabung gekommen.¹⁰ Auch der Vorschlag für die Sektorenrichtlinie (97/531/EWG) enthielt Bestimmungen zur Regelung öffentlicher Dienstleistungskonzessionen. Der Rat strich diese aber wieder mit dem Argument, dass es solche Konzessionen nur in einem einzigen Mitgliedstaat gebe und dass zunächst eine eingehende Untersuchung erforderlich sei.¹¹

⁴ Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, C 121/2000, 3.3.

⁵ Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, C 121/2000, 2.1.2.

⁶ Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, S. 31.

⁷ Grünbuch zu ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM/2004/327, 31.

⁸ EuGH, Teleaustria, Rn. 21 des Schlussantrags, C-324/98, 7.12.2000.

⁹ Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge, RL 92/50/EWG.

¹⁰ EuGH, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rn. 25 mit weiteren Details sowie Ullrich, Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, ZVgR 2000, 85, 86, 12.12.2002.

¹¹ EuGH, Teleaustria, Rn. 50 des Urteils, C-324/98, 07.12.2000.

Österreich nannte in seiner schriftlichen Erklärung als Grund für die Ablehnung, dass in einigen Mitgliedstaaten die Konzessionen nur durch hoheitlichen (Verwaltungs-)Akt vergeben werden und deshalb von der Definition, wie sie die Kommission vorgeschlagen habe, nicht erfasst worden wären, in der auf die Konzessionsvergabe durch zweiseitige privatrechtliche Verträge abgestellt worden sei. Dies wurde von der Kommission, wenn auch mit Bedauern, in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament betreffend den Gemeinsamen Standpunkt anerkannt.¹²

In der Literatur wird als ein möglicher Grund für die Ausklammerung der Dienstleistungskonzessionen ein politisches Motiv genannt. Nach Ansicht von *Pünder* ist sie die Folge eines Kompromisses, der Frankreich angeboten wurde, um einige seiner Wirtschaftszweige vor den Auswirkungen der Vergaberichtlinie zu schützen.¹³

Alles in allem ist kaum zu verstehen, warum Dienstleistungskonzessionen, die häufig bei komplexen und hochwertigen Projekten zur Anwendung kommen, überhaupt nicht von den EU-Richtlinien erfasst werden.

Seit der Veröffentlichung ihres Grünbuchs zu öffentlich-rechtlichen Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen¹⁴ bemüht sich die Kommission um eine Einschätzung der Notwendigkeit detaillierter Regelungen für Bau- wie Dienstleistungskonzessionen.

Den letzten Dokumenten zufolge beabsichtigt die Kommission, einen Legislativvorschlag auf den Weg zu bringen, und prüft gegenwärtig die Auswirkungen der verschiedenen Lösungsansätze, um für Rechtssicherheit zu sorgen.¹⁵ Das Europäische Parlament unterstützte diese Absicht.¹⁶

2.1.3 Andere Arten von Konzessionen

Es sei ausdrücklich vermerkt, dass es neben Bau- und Dienstleistungskonzessionen nicht auch noch Lieferkonzessionen gibt. Wenn nämlich eine Konzession Lieferkomponenten beinhaltet, wären diese immer Bestandteil der vom privaten Partner zu erbringenden Leistungen. Es ist nicht vorstellbar, dass dem Lieferanten ein Recht zur Nutzung (woran, gegenüber wem?) eingeräumt wird.

Es ist auch notwendig, die genannten Konzessionen von anderen Konzessionsarten abzugrenzen. Die behördliche Genehmigung zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit wird bisweilen auch als Konzession bezeichnet, beinhaltet aber keine Auftragsvergabe (z. B. Taxikonzession) und fällt deshalb nicht in den Anwendungsbereich von Vergabevorschriften oder -grundsätzen.¹⁷

2.2 Geltende Rechtsvorschriften und Leitlinien

2.2.1 Vergabekoordinierungsrichtlinie

Wie bereits dargelegt, enthält nur die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG einige Vorschriften zum Vergabeverfahren bei Baukonzessionen (Titel III der Richtlinie 2004/18/EG). Die Bestimmungen stimmen fast wörtlich mit denen in der vormaligen Baukoordinierungsrichtlinie überein. Lediglich in Artikel 61 findet sich eine neue Bestimmung zur Vergabe von Aufträgen für zusätzliche Arbeiten an den Konzessionär.

¹² EuGH, *Teleaustria*, Rn. 21 des Schlussantrags, C-324/98.

¹³ *Pünder*, *Kompendium des Vergaberechts*, Öffentlicher Auftrag, Rn. 32.

¹⁴ KOM/2004/327, 30.4.2004.

¹⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM/2005/569, 15.11.2005, *Preliminary Considerations and Key Contents of Possible Initiative on Concessions CC/2007/12EN*, 21.06.2007).

¹⁶ Bericht Weiler, A6-0363/2006, 16.10.2006.

¹⁷ EuGH, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, C-121/2000, 2.4.

Dabei ist zu beachten, dass Baukonzessionen zwar unter die Vergabekoordinierungsrichtlinie fallen, aber die wichtigsten Bestimmungen zum Verfahren, z. B. Wahl oder Art des Verfahrens zur Vergabe von Konzessionen, nicht zur Anwendung kommen. Die Richtlinie regelt nur die Bekanntmachung und die Frist von Ausschreibungen sowie die Vergabe von Unteraufträgen. In allen anderen Fragen muss man sich wie bei den Dienstleistungskonzessionen an die Grundsätze des EG-Vertrags halten.

2.2.2 Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste

Am 3. Dezember 2007 einigte sich die EU auf eine neue Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste (1370/2007), mit der EU-weit einheitliche Vorschriften für die Vergabe von Aufträgen für Personenverkehrsdienste eingeführt werden. Dazu zählt das Erfordernis, Aufträge – darunter Konzessionen – gemäß einem in der Verordnung dargelegten Verfahren auszuschreiben. Allerdings ist das in Artikel 5 der Verordnung beschriebene Verfahren nicht sehr detailliert und daher flexibler in der Handhabung als das entsprechende Verfahren der Vergaberichtlinie:

Artikel 5 Absatz 3: Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 4, 5 und 6 vorgesehenen Fällen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben. Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offenstehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.

2.2.3 Grundsätze des Vertrags

Sofern nicht eine der oben genannten Bestimmungen gilt, unterliegt die Vergabe von (Bau- und Dienstleistungs-)Konzessionen „nur“ den Grundsätzen des Vertrags wie Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung.

Diese Grundsätze sind in der ständigen Rechtsprechung des EuGH erläutert und interpretiert worden. Ohne eine sorgfältige und tiefgehende Analyse der EuGH-Sprachpraxis ist es unmöglich, den Anwendungsbereich und Inhalt der Grundsätze zu bestimmen, d. h. zu ermitteln, wie die ordnungsgemäße Vergabe einer Konzession zu erfolgen hat.

2.2.4 Mitteilung zu Auslegungsfragen

Aufgrund der genannten Probleme mit der richtigen Interpretation der Grundsätze des EG-Vertrags gab die Kommission im Jahre 2000 eine Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen¹⁸ heraus, in der sie sich bemühte, den Anwendungsbereich und den Inhalt dieser Grundsätze zu beleuchten. Im Grunde genommen wird in der Mitteilung hauptsächlich die Rechtsprechung des EuGH zusammengefasst und erläutert. Leider ist dort keine hinreichende Klärung der für Konzessionen geltenden Vorschriften erfolgt. Vielmehr lassen Rechtspraxis und Rechtsdogmatik erkennen, dass die Vorgaben des EG-Vertrags trotz weiterer Klarstellungen durch den EuGH noch immer unterschiedlich ausgelegt werden.¹⁹

¹⁸ EuGH, C-121/2000, 29.4.2000.

¹⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM/(2005/569, 15.11.2005, Rn. 3.2; siehe auch Punkt II.

2.3 Folgewirkungen

2.3.1 Flickenteppich von Vorschriften

In der Praxis stoßen sowohl die Auftraggeber als auch die privaten Partner bei der Vergabe einer Konzession auf erhebliche Probleme. Sie müssen nicht nur zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie zwischen Bau- und Dienstleistungen unterscheiden, um festzustellen zu können, welche Bestimmungen in Frage kommen. Wenn sie sich für eine Konzession entscheiden, können sie sich nicht einmal an klaren Vorschriften orientieren. Da EU-weite Regelungen fehlen und die meisten Mitgliedstaaten keine nationalen Vorschriften erlassen haben, steht es jedem Auftraggeber frei, eigene Regeln für die Vergabe von Konzessionen aufzustellen. Wie bereits erwähnt, gibt es aufgrund der falschen Auslegung von EuGH-Urteilen keine einheitliche Anwendung der Vertragsgrundsätze.

Überdies fallen Dienstleistungskonzessionen nicht unter die Rechtsmittelrichtlinie. Deshalb ist es für Bieter besonders schwierig, im Inland eine gerichtliche Überprüfung der Vergabe von Aufträgen zu veranlassen.

All dies könnte im Bereich der Konzessionen den EU-weiten Wettbewerb beeinträchtigen.

2.3.2 Unterscheidungsprobleme

Ein noch größeres Problem besteht darin, dass es schwierig ist, zum einen zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen und zum anderen zwischen Bau- und Dienstleistungskonzessionen zu unterscheiden.

Es ist ein zentrales Anliegen der EuGH-Rechtsprechung, den Anwendungsbereich der jeweiligen Auftragsart einzugrenzen (siehe Kapitel 3). Insbesondere ÖPP mit Vertragscharakter sind rechtlich so konstruiert, dass sie Elemente von öffentlichen Aufträgen wie auch von Konzessionen enthalten können. Es ist sogar denkbar, dass ein als Konzession bezeichneter Auftrag im Laufe der Verhandlungen zu einem öffentlichen Auftrag wird, weil die maßgeblichen Risiken zum Teil wieder auf den öffentlichen Auftraggeber übergewälzt worden sind.

In der Praxis ist es sehr häufig so, dass eine Konzession Bauleistungen und Dienstleistungen beinhaltet, da die Baukonzessionäre vielfach für die Nutzer Leistungen auf der Grundlage der von ihnen errichteten baulichen Anlage erbringen.

2.3.3 Missbrauch von Dienstleistungskonzessionen

Da es schwierig ist zu bestimmen, wann genau ein Auftrag als Dienstleistungskonzession zu betrachten ist, nutzen manche Auftraggeber diese Unsicherheiten aus und rechtfertigen ihre Direktvergabe mit dem Hinweis, dass es sich um eine Dienstleistungskonzession handelt, auch wenn sie eigentlich einen öffentlichen Auftrag vergeben. Bieter könnten natürlich vor einem innerstaatlichen Gericht dagegen vorgehen. Angesichts der großen Schwierigkeiten, die sich aus dem unscharfen Begriff „Konzession“ ergeben, ist der Ausgang einer solchen Klage aber ungewiss.

3. ANALYSE DER RECHTSPRECHUNG DES EUGH

3.1 Baukonzessionen

Der EuGH hat sich bisher nur selten mit Baukonzessionen befasst.

In der Rechtssache *Makedoniko Metro*²⁰ hatte es der EuGH mit einem Auftrag für die Planung, die Errichtung, die Eigenfinanzierung und den Betrieb einer Untergrundbahn zu tun. Im Laufe des Verfahrens warfen die Parteien die Frage auf, ob es sich um einen öffentlichen Bauauftrag oder um eine Baukonzession handelte. Der EuGH hingegen verwies ganz einfach auf die Tatsache, dass aus dem Vorlagebeschluss nicht hervorgeht, ob es sich bei dem Auftrag um einen öffentlichen Bauauftrag oder eine öffentliche Baukonzession im Sinne der Richtlinie handelt. Nach Auffassung des EuGH ist es im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht Sache des Gerichtshofs, diese Frage zu beantworten.

In der Rechtssache *Auroux*²¹ ging es nicht direkt um öffentliche Baukonzessionen. Vielmehr legte ein innerstaatliches Gericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine Vereinbarung, nach der ein erster Auftraggeber einem zweiten Auftraggeber die im Allgemeininteresse liegende Verwirklichung einer Raumordnungsmaßnahme überträgt, einen öffentlichen Bauauftrag darstellt. Der EuGH bejahte diese Frage und brachte unter anderem zum Ausdruck, dass offenkundig eine entgeltliche Vereinbarung geschlossen wurde. Nach der Vereinbarung erhielt der zweite Auftraggeber einen Geldbetrag vom ersten Auftraggeber. Außerdem standen dem zweiten Auftraggeber Einnahmen aus der Veräußerung der errichteten Bauwerke an Dritte zu. Der EuGH ging nicht näher auf die Problematik einer Baukonzession ein, obwohl die Gegenleistung für die errichteten Bauwerke zum Teil im Recht zur Nutzung der baulichen Anlage bestand.

Schon bald aber wird sich der EuGH in der Rechtssache *Helmut Müller* näher mit den Baukonzessionen beschäftigen müssen.²² Generalanwalt Paolo Mengozzi veröffentlichte unlängst seinen Schlussantrag. Er behandelte unter anderem die Frage, ob die Vergabe einer Baukonzession möglich ist, wenn der Konzessionär Eigentümer des Grundstücks ist und ob eine Baukonzession befristet erteilt werden muss. Der Generalanwalt schließt die Möglichkeit aus, unbefristete Baukonzessionen zu vergeben. Er begründet dies damit, dass sich das wirtschaftliche Risiko (das die Baukonzession nach der Richtlinie kennzeichnet) aus dem befristeten Charakter der Konzession ergibt. Wird eine Konzession unbefristet erteilt, ist ein wirtschaftliches Risiko ausgeschlossen. Des Weiteren führt er aus, dass dem Eigentümer des Grundstücks keine Konzession erteilt werden darf. Dies würde dem „Recht zur Nutzung“ zuwiderlaufen, das nach der Richtlinie ein wesentliches Merkmal der Baukonzession ist.

Mit einem Urteil des EuGH ist nicht vor dem Sommer 2010 zu rechnen. Bisher wurde dem EuGH keine Gelegenheit gegeben, sich im Detail mit der Problematik der Baukonzessionen auseinanderzusetzen.

3.2 Dienstleistungskonzessionen

Anders als bei den Baukonzessionen musste sich das EuGH bei den Dienstleistungskonzessionen mit einer großen Zahl von Fällen befassen.

Zu den ersten vom EuGH entschiedenen Verfahren zählte die Rechtssache *Telaustria*²³.

²⁰ EuGH, C-57/01, 23.1.2003.

²¹ EuGH, C-220/05, 18.1.2007.

²² EuGH, C-451/08.

²³ EuGH, C-324/98, 7.12.2000.

Sie betraf ein Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Bundesvergabeamts im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit über eine Verfahrensweise der Telekom Austria. Es ging dabei um einen Auftrag zur Erstellung und Herstellung von Teilnehmerverzeichnissen (Telefonbüchern), bei dem der Dienstleistungserbringer die Verzeichnisse kommerziell verwerten durfte.

Nach Auffassung des EuGH wird der in Frage stehende Vertrag nicht von der Richtlinie erfasst, weil die Gegenleistung, die das erstgenannte Unternehmen dem zweitgenannten erbringt, darin besteht, dass letzteres als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält. Auf die Frage, ob die Richtlinien auch für Konzessionen gelten, stellte der EuGH fest, dass „Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen“ nicht unter die (alte) Richtlinie fallen.²⁴

In den Folgejahren erließ der EuGH verschiedene Urteile zu Dienstleistungskonzessionen.²⁵

Im Allgemeinen bekräftigte der EuGH in den folgenden Verfahren die Argumentationslinie der Rechtssache *Telaustria*. Eine Analyse der Urteile zeigt, dass sich der EuGH bei den Dienstleistungskonzessionen immer mit den gleichen Problemen befassen musste, zumeist mit der Unterscheidung zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen sowie mit dem Verfahren zur Konzessionserteilung.

Bis 2002 betrachtete der EuGH einen Auftrag bereits als Dienstleistungskonzession, wenn der Auftraggeber ein einfaches Verwertungsrecht einräumte.²⁶ Von 2002 an bemühte er sich verstärkt um Orientierungsregeln für die Voraussetzungen von Dienstleistungskonzessionen und um die Frage, wie die Erteilung einer Konzession zu erfolgen hat.²⁷

Die meisten Rechtsstreitigkeiten wurden auf der Grundlage der alten Richtlinien entschieden.²⁸ Lediglich zwei Urteile neueren Datums – *Orthopädie Schuhtechnik* und *Eurawasser* – beruhen auf den neuen Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Die Definition der Dienstleistungskonzession in Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinien lehnt sich an die Definition einer Baukonzession in der alten Richtlinie an. Das in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Konzept einer Dienstleistungskonzession basiert bereits auf dieser Definition der Baukonzession und ist deshalb für die Auslegung des Konzepts der Dienstleistungskonzession im Rahmen der neuen Richtlinie weiterhin von Belang.

In nächster Zeit sind verschiedene neue Entscheidungen des EuGH auf dem Gebiet der Dienstleistungskonzessionen zu erwarten. Generalanwalt Sharpston und Generalanwalt Bot mussten sich unlängst in der Rechtssache *Club Hotel Loutraki*²⁹ und in der Rechtssache *Wall AG* mit Dienstleistungskonzessionen beschäftigen.³⁰

Und erst jüngst ersuchte das Oberlandesgericht München um eine Vorabentscheidung zu Dienstleistungskonzessionen im Bereich der Rettungsdienstleistungen.³¹

²⁴ Siehe Begründung des Gerichtshofs I.1.b

²⁵ EuGH, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, 30.05.2002; *Coname*, C-231/03, 21.7.2005; *Parking Brixen*, C-458-03, 13.10.2005; *Contse*, C-234-03, 27.10.2005; *ANAV*, C-410/04, 6.4.2005; *Kommission/Italienische Republik*, C382/05, 18.7.2007; *ASM Brescia*, C-347/06, 17.7.2008, *Coditel*; C-324/07, 13.11.2008; *Orthopädie Schuhtechnik*, C-300/07, 11.6.2009; *Eurawasser*, C-206/08, 10.9.2009.

²⁶ *Teleaustria*, *Buchhändler-Vereinigung*.

²⁷ *Parking Brixen*, *ANAV*, *Kommission/Italienische Republik*, *Orthopädie Schuhtechnik*, *Eurawasser*.

²⁸ Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Richtlinie 93/38/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.

²⁹ EuGH, C-145/149/08, 29.10.2009.

³⁰ EuGH, C-91/08, 27.10.2009.

³¹ Vorabentscheidungsersuchen vom 2. Juli 2009, Verg 5/09.

3.2.1 Unterscheidung zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen/Risikoteilung

3.2.1.1 Parking Brixen und ANAV

Die ersten Fälle, die sich um die in der Richtlinie enthaltene Definition des Begriffs „Dienstleistungskonzession“ drehten, waren *Parking Brixen*³² und *ANAV*³³.

Im Jahre 2002 schloss die Gemeinde Brixen eine Vereinbarung mit der Stadtwerke Brixen AG über den Betrieb eines Parkplatzes mit ca. 200 Stellplätzen für die Dauer von neun Jahren. Als Entgelt dafür erhebt die Stadtwerke Brixen AG Parkgebühren. Zusätzlich betreibt sie einen kostenlosen Fahrradverleih und ist damit einverstanden, dass auf dem Areal weiterhin der Wochenmarkt abgehalten wird. Schließlich ist diese Gesellschaft für die ordentliche und außerordentliche Instandhaltung des Areals verantwortlich und übernimmt auch hierfür jede Haftung. Die Parking Brixen GmbH, die einen ebenfalls in der Gemeinde Brixen gelegenen Parkplatz betrieb, focht die Vergabe der Führung des Parkplatzes an die Stadtwerke Brixen AG an. In diesem Zusammenhang legte das zuständige innerstaatliche Gericht dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH befand, dass es sich bei dem in Frage stehenden Vertrag um eine Dienstleistungskonzession handelt. Er stellte fest, dass die Bezahlung des Dienstleistungserbringers nicht durch die betreffende öffentliche Stelle, sondern aus Beträgen, die Dritte entrichten, erfolgt. Diese Art der Bezahlung bringt es mit sich, dass der Dienstleistungserbringer das **Betriebsrisiko** der fraglichen Dienstleistungen übernimmt und ist damit kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession. Daher handelt es sich in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, sondern um eine öffentliche Dienstleistungskonzession.

Parking Brixen war das erste Verfahren, in dem der EuGH ausdrücklich feststellte, dass die Vergütungsmethode die Übernahme eines echten Betriebsrisikos einschließen muss.

Allerdings führte der EuGH nicht näher aus, worin die Vergütungsmethode im Einzelnen besteht, wenn zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession zu unterscheiden ist. In der Rechtssache *ANAV*, in der es um die Vergabe eines öffentlichen Verkehrsdienstes ging, konstatierte der EuGH ohne Angabe weiterer Gründe, dass der öffentliche Verkehrsdienst in der betreffenden Gemeinde zumindest teilweise über den Kauf von Fahrkarten durch die Benutzer finanziert wird. Diese Art der Vergütung, so heißt es weiter, ist charakteristisch für eine öffentliche Dienstleistungskonzession.

Bis dahin warf der EuGH mehr Fragen auf, als er beantwortete, insbesondere im Hinblick darauf, wie viel Risiko der Dienstleistungserbringer im Falle einer Konzession zu tragen hat.

Die folgenden Rechtssachen gingen etwas näher auf die Problematik ein.

3.2.1.2 Kommission/Italienische Republik

Im Verfahren *Kommission/Italienische Republik*³⁴ erörterte der EuGH unter Hinweis auf *Parking Brixen* die Frage, ob für eine Konzession die Übernahme eines **wirtschaftlichen Risikos** erforderlich ist.

In dem Rechtsstreit hatte sich der Gerichtshof mit Vereinbarungen über die Verwertung von Hausmüll zu befassen. Der Gerichtshof befand, dass die Vereinbarungen aus folgenden Gründen als öffentliche Dienstleistungsaufträge anzusehen sind: Der Auftraggeber verpflichtet sich dazu, dass alle betroffenen Gemeinden dem Unternehmen sämtlichen Restmüll zuführen.

³² EuGH, C-234/03, 27.10.2005.

³³ EuGH, C-410/04, 6.4.2005.

³⁴ EuGH, C-382/05, 18.7.2007.

Die genannten Verträge sehen die Anpassung des Gebührenbetrags für den Fall vor, dass die tatsächliche Jahresmenge zugeführten Abfalls unter 95 % oder über 115 % der garantierten Mindestmenge liegt, um so für das Unternehmen das wirtschaftliche und finanzielle Gleichgewicht sicherzustellen. Die Verträge sehen ferner vor, dass die Gebühren jährlich anhand der Entwicklung der Kosten für Personal, Verbrauchsmaterial und Instandsetzungsarbeiten sowie eines finanziellen Indikators neu bemessen werden.

Der Gerichtshof verwarf die Argumente der italienischen Regierung, wonach sich eine Risikoteilung daraus ergibt, dass die Betreiber neben dem Erhalt der vereinbarten Gebühr mit dem Verkauf der bei der Abfallbehandlung erzeugten Elektrizität Einkünfte erzielen können. Die „Entgeltlichkeit“ eines Vertrags stellt auf die Gegenleistung ab, die dem Dienstleistungserbringer für die Durchführung der vom Auftraggeber begehrten Dienstleistungen geboten wird.³⁵

3.2.1.3 Orthopädie Schuhtechnik

In der unlängst verhandelten Rechtssache *Orthopädie Schuhtechnik*³⁶ legte das OLG Düsseldorf dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vor, die eine Vereinbarung über die Anfertigung und Lieferung von orthopädischem Schuhwerk zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und einem Wirtschaftsteilnehmer betraf. Danach verpflichtete sich dieser, den Versicherten Leistungen zu erbringen, die diese bei ihm nachfragen. Zugleich wurden im Vertrag sowohl die Preise für die verschiedenen Versorgungsformen als auch die Laufzeit festgelegt, der mengenmäßige Umfang der verschiedenen Leistungen hingegen nicht. Die gesetzliche Krankenkasse war die alleinige Schuldnerin des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers. Das OLG war sich nicht darüber im Klaren, ob die fragliche Vereinbarung als Dienstleistungskonzession einzustufen ist.

Der Gerichtshof bekräftigte seine Rechtsprechung, wonach eine Dienstleistungskonzession dann vorliegt, wenn die vereinbarte Art der Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und impliziert, dass er das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt.

Er stellte fest, dass die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrag definiert werden, so dass der genannte Wirtschaftsteilnehmer nicht über den Grad wirtschaftlicher Freiheit verfügt, der für die Situation einer Dienstleistungskonzession kennzeichnend ist, und auch nicht einem **beträchtlichen**, mit der Nutzung seiner Leistungen verbundenen **Risiko** ausgesetzt ist. Das Risiko, dass die Waren und Dienstleistungen von den Versicherten nicht in Anspruch genommen werden, ist gering. Die Krankenkasse ist die alleinige Schuldnerin seiner Vergütung. Außerdem muss der Wirtschaftsteilnehmer im Vorfeld keine beträchtlichen Aufwendungen tätigen, bevor er einen Einzelvertrag mit einem Versicherten schließt. Schließlich ist die Anzahl der Versicherten, die sich an diesen Wirtschaftsteilnehmer wenden können, im Voraus bekannt.

Bei der Beschäftigung mit dieser Rechtssache fällt auf, dass der EuGH im Detail auf die Frage der Risikoteilung eingeht.

3.2.1.4 Eurawasser

Im jüngsten Fall, der Rechtssache *Eurawasser*³⁷, beschloss ein Gemeindeverband, eine Konzession für die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung zu erteilen. Es war vorgesehen, dass der Konzessionär die genannten Leistungen auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den im Verbandsgebiet ansässigen Nutzern erbringt und hierfür von den jeweiligen Nutzern ein entsprechendes Entgelt erhält.

³⁵ Siehe auch Auroux u.a., Rn. 45 zu Baukonzessionen.

³⁶ EuGH, C-300/07, 11.6.2009.

³⁷ EuGH, C-206/08, 10.09.2009.

Der Konzessionär sollte das Recht haben, die Entgelte für die geleisteten Dienste nach billigem Ermessen selbst zu bestimmen und alleinverantwortlich festzusetzen. Diese Befugnis war jedoch insoweit beschränkt, als der Konzessionär bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgegebene Entgelte zu erheben hatte. Die technischen Anlagen zur Wasserversorgung und zur Abwasserbeseitigung sollten im Eigentum des Auftraggebers verbleiben und an den Konzessionär verpachtet werden. Die Instandhaltung der betreffenden Anlagen oblag dem Konzessionär. Der Gemeindeverband verpflichtete sich, einen Anschluss- und Benutzungszwang an das System der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung auszusprechen. Schließlich verpflichtete sich der Auftraggeber, von ihm empfangene öffentliche Zuwendungen an den Konzessionär weiterzuleiten. Das zuständige innerstaatliche Gericht legte dem EuGH die Frage, ob der in Frage stehende Vertrag als Dienstleistungskonzession zu betrachten ist, zur Vorabentscheidung vor.

Wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung der erbrachten Leistungen besteht, bedeutet dies nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass der Auftragnehmer das Betriebsrisiko übernimmt (*Parking Brixen, Kommission/Italien*). Nach Auffassung des Gerichtshofs ist das Betriebsrisiko mit der Erbringung der Leistung verbunden.

Wie der Gerichtshof zum Ausdruck brachte, ist es nicht unüblich, dass für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere für solche, die die Daseinsvorsorge betreffen, Regelungen gelten, die eine Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos bewirken können.

Die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung, der die Nutzung der Dienstleistung in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht unterworfen ist, erleichtert die Kontrolle ihrer Nutzung und vermindert die Faktoren, die die Transparenz beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen können. Den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern muss es aber weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.

Selbst wenn das Risiko des öffentlichen Auftraggebers erheblich eingeschränkt ist, ist es jedenfalls für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass er das volle **Betriebsrisiko** oder zumindest einen **wesentlichen Teil** davon auf den Konzessionär überträgt. Es ist Sache des nationalen Gerichts zu beurteilen, ob das volle Risiko oder ein wesentlicher Teil des Risikos des öffentlichen Auftraggebers übertragen worden ist.

3.2.2 Bewertung

Der EuGH unterscheidet in seiner Spruchpraxis nicht konsequent zwischen Dienstleistungskonzessionen und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, insbesondere im Hinblick auf das „Recht zur Nutzung“. Nicht in allen Fällen, in denen der Auftraggeber keine direkte Gegenleistung erbringt und der Auftragnehmer über ein Verwertungsrecht verfügt, kann von einer Dienstleistungskonzession gesprochen werden.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu den Voraussetzungen für Dienstleistungskonzessionen, namentlich zu dem Begriff „Recht zur Nutzung“, macht deutlich, dass der Gerichtshof der Definition des Begriffs „Dienstleistungskonzession“ ein ungeschriebenes konkretes Merkmal hinzugefügt hat. In der Rechtssache *Parking Brixen* legte der Gerichtshof seine Auffassung dar, dass das Nutzungsrecht ein echtes Betriebsrisiko enthalten muss.

Insbesondere in den Verfahren *Orthopädie Schuhtechnik* und *Eurawasser* bekräftigte der EuGH eindeutig seinen Standpunkt, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko zu übernehmen hat. Aus der Rechtsprechung ist aber nicht klar ersichtlich, in welchem Umfang der Dienstleistungserbringer das Risiko tragen muss. In der Rechtssache *Orthopädie Schuhtechnik* berücksichtigte der Gerichtshof, ob tatsächlich eine Risikoübernahme durch den Dienstleistungserbringer erfolgt, und unterzog den betreffenden Vertrag einer eingehenden Analyse.

In *Eurawasser* brachte der Gerichtshof lediglich zum Ausdruck, es komme darauf an, dass der Auftraggeber „das volle Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt“. Anders als bei *Orthopädie Schuhtechnik* prüfte der EuGH bei *Eurawasser* nicht, ob es sich im vorliegenden Fall um einen wesentlichen Teil des Risikos handelte. In der Praxis macht es aber einen erheblichen Unterschied aus, ob der Dienstleistungserbringer bei einer Finanzierung über die Nutzer ein tatsächliches Risiko oder nur ein abstraktes Risiko zu tragen hat.³⁸

Es bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof sich in künftigen Verhandlungen mit diesem Problem auseinandersetzt. Der EuGH wird häufiger Gelegenheit haben, sich mit Dienstleistungskonzessionen zu befassen. Generalanwältin Eleanor Sharpston erklärte jüngst in ihrem Schlussantrag zur Rechtssache *Club Hotel Loutraki*³⁹, dass das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht davon abhängen kann, dass das Risiko eines tatsächlichen unternehmerischen Scheiterns besteht, sondern der Begriff muss alle Fälle umfassen, in denen die Dienstleistungserbringung den normalen Schwankungen wirtschaftlicher Tätigkeit unterliegt, die der Betreiber auffangen muss.

Das Oberlandesgericht München ersuchte den EuGH unlängst um eine Vorabentscheidung zum Thema Rettungsdienstleistungen. Es führte aus, dass aus der Rechtsprechung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen nicht eindeutig ersichtlich ist, ob es ausreicht, dass der Dienstleistungserbringer ein eingeschränktes Risiko übernimmt, das mit dem Risiko vergleichbar wäre, welches eine staatliche Behörde bei der Erbringung der Dienstleistungen zu tragen hat.⁴⁰

Die jüngsten Urteile und Vorabentscheidungsersuchen belegen, dass die Rechtsprechung des EuGH bisher keine hinreichende Orientierung bietet, um das Vorliegen von Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession richtig bewerten zu können.

3.2.3 Verfahren

Auch wenn Dienstleistungskonzessionen nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien fallen, hat der EuGH bereits in der Rechtssache *Telaustria* deutlich gemacht, dass die Auftraggeber verpflichtet sind, sich an die Grundsatzregeln des Vertrags zu halten, namentlich an den Grundsatz der Transparenz. Die dem Auftraggeber auferlegte Verpflichtung zur Transparenz besteht darin, zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.⁴¹

In den folgenden Fällen enthielt sich der EuGH detaillierter Ausführungen zum Verfahren für die Erteilung einer Dienstleistungskonzession. So erklärte er in der Rechtssache *Coname*⁴², die eine Konzession für die Verwaltung eines öffentlichen Gasnetzes betraf, dass die Einhaltung von Transparenzerfordernissen keine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung umfasst. Der Grundsatz der Transparenz impliziert aber, einem in einem anderen Mitgliedstaat als dem der betreffenden Gemeinde niedergelassenen Unternehmen den Zugang zu Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können. Andererseits lässt der EuGH unter besonderen Umständen wie einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung eine Abweichung von diesen allgemeinen Grundsätzen zu.

³⁸ Der Grund für die unterschiedlichen Argumente könnte darin bestehen, dass für die Urteile zwei verschiedene Kammern des EuGH zuständig waren (*Eurawasser*: dritte Kammer, *Orthopädie Schuhtechnik*: vierte Kammer).

³⁹ EuGH, C-145/08, 29.10.2009.

⁴⁰ OLG München, 02.07.2009, Verg 5/09.

⁴¹ *Teleaustria*, Rn. 61.

⁴² EuGH, C-231/03, 21.7.2005.

In der Rechtssache *Parking Brixen* befand der Gerichtshof, dass es Sache der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle sei zu beurteilen, ob die Modalitäten der Ausschreibung den Besonderheiten der betreffenden öffentlichen Dienstleistungskonzession angemessen sind. Des Weiteren führte er in der Rechtssache ANAV aus, dass die Anwendung der in Artikel 12 EG, 43 EG und 49 EG aufgestellten Regeln sowie der allgemeinen Grundsätze, deren spezielle Ausprägung sie darstellen, im Bereich der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen dann ausgeschlossen ist, wenn die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle verrichtet, die ihre Anteile innehat. Damit wendet der EuGH die Voraussetzungen für die „In-House“-Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auch auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen an.

Leider bietet der EuGH keine weiteren Orientierungshilfen für das Verfahren zur Erteilung einer Dienstleistungskonzession, auch wenn sich Generalanwältin Stix-Hackl bemühte, in ihrem Beschluss zur Rechtsache Coname einige Punkte zu präzisieren.

3.2.4 Sonstige einschlägige Rechtsprechung

3.2.4.1 Allgemeine Grundsätze des Vertrags

Da der EuGH im Zusammenhang mit der Erteilung einer Konzession in der Regel auf die allgemeinen Grundsätze verweist, gilt es zu untersuchen, ob der Gerichtshof im Rahmen der sonstigen einschlägigen Rechtsprechung weitere Orientierungspunkte für die Auslegung der Grundsätze liefert.

Nach Auffassung des EuGH schließen die Grundrechte den allgemeinen Grundsatz der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung ein. Dieser Grundsatz verhindert, dass vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.⁴³ Was das Vorliegen derartiger Erfordernisse betrifft, ist erstens zu berücksichtigen, dass die Grundrechte nach der ständigen Rechtsprechung einen integralen Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze bilden, deren Einhaltung der Gerichtshof sicherstellt, und zweitens, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung beachten müssen. Sie müssen diese Regelungen deshalb soweit wie möglich in Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen anwenden. Sie müssen diese Regelungen deshalb soweit wie möglich in Übereinstimmung mit diesen Erfordernissen anwenden.⁴⁴ Der EuGH hatte Gelegenheit, sich in den Rechtssachen *Kommission/Dänemark*⁴⁵ und *Kommission/Belgien*⁴⁶ mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auseinanderzusetzen. Die Argumentation wurde später auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen angewandt.⁴⁷

Nach Auffassung des EuGH musste das Verfahren zum Vergleich der Angebote in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Tag, bis zu dem die Anträge auf Teilnahme eingehen müssen, zu bestimmen, damit alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen, um ihre Angebote auszuarbeiten; außerdem hat er Tag, Uhrzeit und Ort der Öffnung der Angebote zu bestimmen, was ebenfalls dazu beiträgt, die Transparenz des Verfahrens zu fördern, da der Inhalt aller eingereichter Angebote zur selben Zeit bekannt wird.

⁴³ EuGH, Jippes u. a., C-189/01, 12.07.2001; Portugal/Rat, C-149/96, 23.11.1999.

⁴⁴ EuGH, Bostock, C-2/92; Karlsson u. a., C-292/97, 13.04.2000; Rodriguez Caballero, C-442/00, 12.12.2002.

⁴⁵ EuGH, C-234/39, 22.6.1993.

⁴⁶ EuGH, C-87/94, 25.4.1996.

⁴⁷ *Parking Brixen*, Rn. 48.

Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so wird dieser gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz des Verfahrens abträglich ist.⁴⁸

In der Rechtssache *Kommission/Succhi di Frutta*⁴⁹ führte der EuGH aus: Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, fördern soll, müssen die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Der damit einhergehende Grundsatz der Transparenz soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.

Im Rahmen dieser Verfahren bemühte sich der EuGH, die abstrakten allgemeinen Grundsätze zu definieren. Was aber die Frage anbelangt, wie Konzessionen zu erteilen sind, bieten diese Fälle nicht mehr Anhaltspunkte als die sich speziell mit Dienstleistungskonzessionen befassenden Verfahren.

3.2.4.2 Gemischte Verträge

Ein einzelner Vertrag kann sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfassen. In der Praxis handelt es sich bei derartigen Verträgen vielfach um Konzessionen. Die Unterscheidung zwischen Bau- und Dienstleistungen ist in diesem Fall von Bedeutung, da Baukonzessionen in eingeschränktem Maß Vorschriften unterliegen, wohingegen Dienstleistungskonzessionen davon ganz ausgenommen sind.

Die Frage, wie generell mit gemischten Verträgen zu verfahren ist, wurde vom EuGH in der Rechtssache *Gestion Hotelera*⁵⁰ untersucht. Der Gerichtshof befand, dass ein Auftrag, der sich auf die Durchführung von Bauarbeiten bezieht, nicht als Bauauftrag angesehen werden kann, wenn die Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand der Ausschreibung „von untergeordneter Bedeutung“ sind. Allerdings präziserte der EuGH nicht, was unter „von untergeordneter Bedeutung“ zu verstehen ist. In der Rechtssache *Auroux*⁵¹ führte der Gerichtshof aus: Wenn ein Vertrag zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines öffentlichen Auftrags anderer Art aufweist, bestimmt der **Hauptgegenstand** des Vertrags, welche Gemeinschaftsrichtlinie über öffentliche Aufträge grundsätzlich Anwendung findet.

Der EuGH gibt aber keinerlei Orientierung zu der Frage, welche Vorschriften gelten, wenn der Vertrag keinen Hauptgegenstand aufweist.

⁴⁸ Kommission/Belgien, Rn. 54-56.

⁴⁹ EuGH, C-496/99, 29.4.2009.

⁵⁰ EuGH, C-331/92, 9.4.1994.

⁵¹ EuGH, C-220/05, 18.1.2007.

3.3 Fazit

Es fällt auf, dass sich der EuGH weit häufiger mit Dienstleistungs- als mit Baukonzessionen befasst hat. Dies mag daran liegen, dass mehrere Mitgliedstaaten spezielle eigene Vorschriften für Baukonzessionen erlassen haben. Beispielsweise werden in Deutschland⁵² und Österreich Baukonzessionen so behandelt wie öffentliche Bauaufträge. Dagegen legt die große Zahl der Rechtssachen des EuGH, die Dienstleistungskonzessionen zum Gegenstand haben, die Vermutung nahe, dass in den Mitgliedstaaten erhebliche Unsicherheit über den Umgang mit Dienstleistungskonzessionen besteht.

Eine Analyse zeigt, dass der EuGH zumeist jeden Fall für sich betrachtet und wenig Orientierungshilfe zur generellen Unterscheidung zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen bietet. Überdies fehlt es an konkreten Aussagen zum Verfahren für die Erteilung einer Dienstleistungskonzession.

⁵² § 99 Abs.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

4. LÖSUNGSWEGE

4.1 Handlungsbedarf

Die Analyse der Rechtsprechung des EuGH macht deutlich, dass für Dienstleistungskonzessionen keine Rechtssicherheit besteht. Aber selbst bei Baukonzessionen ist keineswegs immer klar, welche Vorschriften gelten. Um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen und somit Gleichbehandlung zu gewährleisten, wird es wohl nicht ausreichen, die Mitteilung zu Auslegungsfragen zu aktualisieren. Bei einer so unkonkreten Regelung steht man hauptsächlich vor dem Problem, dass nur bereits geltendes Recht zusammengefasst und erläutert werden kann. Wenn das geltende Recht aber nicht eindeutig genug ist, lässt sich der Mangel an Klarheit kaum durch eine Auslegung beseitigen. Eine Mitteilung zu Auslegungsfragen würde nicht lange gelten, denn jedes neue Urteil des EuGH könnte leichte Änderungen im Anwendungsbereich oder Inhalt der Vorschriften für die Konzessionsvergabe zur Folge haben. In der Praxis müssen die maßgeblichen Akteure selbst bei einer aktualisierten Mitteilung weiterhin die Rechtsprechung verfolgen. Auslegungshinweise bringen keinen Zusatznutzen und entsprechen nicht dem Erfordernis größerer Rechtssicherheit.

Zudem sind Gleichbehandlung und Transparenz nur bei effektivem Rechtsschutz zu gewährleisten. Die Rechtsmittelrichtlinie bietet den Bietern wirksamen Rechtsschutz. Dienstleistungskonzessionen fallen allerdings gegenwärtig nicht unter diese Richtlinie, weil sie ausdrücklich von jeglichen sekundärrechtlichen Vorschriften ausgenommen sind. Die Rechtsmittelrichtlinie wäre nur dann auf Dienstleistungskonzessionen anwendbar, wenn man sich für eine gesetzgeberische Maßnahme entscheiden würde.

4.2 Vorschriften im Rahmen der derzeitigen Richtlinie oder gesonderte Vorschriften für Konzessionen?

Es stellt sich die Frage, welche Art von Vorschriften künftig für Konzessionen gelten soll.

4.2.1 Gesonderte Vorschriften für Konzessionen

Eine Möglichkeit wäre der Erlass gesonderter Vorschriften für Konzessionen. Diese spezielle Regelung sollte sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen erfassen, da es rechtlich gesehen keinen Grund dafür gibt, Baukonzessionen beim Vergabeverfahren anders zu behandeln als Dienstleistungskonzessionen. Bei der Prüfung dieser Variante sollten die oben erwähnten Argumente bedacht werden, insbesondere die Tatsache, dass in einigen Mitgliedstaaten Konzessionen nur durch einen hoheitlichen (Verwaltungs-)Akt vergeben werden, womit sie nicht den Bestimmungen unterliegen würden. Dieses Argument mag vor zwanzig Jahren seine Gültigkeit gehabt haben, doch angesichts der Ausbreitung der ÖPP-Verträge, die vielfach als Konzessionen bezeichnet werden, könnte sich die Lage geändert haben.

Wenn beide Arten von Konzessionen dem gleichen Muster folgen, muss aber für Dienstleistungskonzessionen unbedingt ein angemessener Schwellenwert bestimmt werden. Da Dienstleistungskonzessionen häufig einen hohen Wert aufweisen, erscheint es nicht angebracht, den Schwellenwert für öffentliche Dienstleistungsaufträge (seit dem 1.1.2010 193 000 EUR) anzuwenden, zumal der Schwellenwert für Baukonzessionen bei 4 845 000 EUR liegt (seit dem 1.1.2010).

4.2.2 Gesonderte Vorschriften für alle ÖPP-Aufträge

Es gäbe auch die Möglichkeit, eine einheitliche Regelung für alle Projekte zu treffen, die mit der Übernahme eines erheblichen Risikos verbunden sind, was gemeinhin bei vertraglich vereinbarten ÖPP der Fall ist.⁵³ Diese Variante bietet den Vorteil, dass man zu Beginn eines Verfahrens nicht zwischen öffentlichem Auftrag und Konzession unterscheiden muss. Wie oben erwähnt, könnte sich die Risikoverteilung im Laufe der Verhandlungen ändern. In diesem Falle ist es nicht möglich, zwischen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen eine klare Abgrenzung vorzunehmen. Zudem sind ÖPP-Projekte ihrem Wesen nach komplex, unabhängig davon, ob sie als öffentliche Aufträge oder Konzessionen bezeichnet werden.

Ihnen gemeinsam sind die lange Laufzeit des Projekts, die private Finanzierung und die komplizierten und kostspieligen Vergabeverfahren, die Verhandlungen einschließen. Deshalb dürfte sich ein Vergabeverfahren, das für einen ÖPP-Auftrag geeignet ist, auch für ÖPP-Konzessionen eignen.

Natürlich muss ein neues Vergabeverfahren die Besonderheiten (lange Laufzeit, Verhandlungen, komplexer Vertrag, private Finanzierung) berücksichtigen.

4.2.3 Regelungen im Rahmen der Richtlinie

Nicht zuletzt könnten Konzessionen auch im Rahmen der geltenden Richtlinie geregelt werden – entweder mit gesonderten Vorschriften, die den derzeitigen Bestimmungen zu Baukonzessionen vergleichbar wären, oder einfach als öffentliche Aufträge.

Der größte Vorteil einer einheitlichen Vergaberichtlinie besteht darin, dass für die betreffenden Akteure Rechtsklarheit geschaffen wird. Es ist immer leichter, Rechtsvorschriften anzuwenden, wenn sie in einem einheitlichen Text zusammengefasst sind. Überdies würde eine gesonderte Regelung die Unterscheidungsprobleme nicht ausräumen. Selbst bei gesonderten Vorschriften für ÖPP müsste man noch immer zwischen „normalen“ öffentlichen Aufträgen/Konzessionen und öffentlichen ÖPP-Aufträgen/-Konzessionen differenzieren. Es sind sogar Konzessionen ohne Bezug zu einer ÖPP denkbar, die vermutlich nicht in den Anwendungsbereich gesonderter ÖPP-Vorschriften fallen würden.

Die Abgrenzungsprobleme führen zu der in diesem Abschnitt genannten zweiten Untervariante: dem Wegfall der Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen! Unter anderem spricht dafür, dass es rechtlich gesehen keinen Grund gibt, beim Vergabeverfahren zwischen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen zu differenzieren. Die Argumente für eine unterschiedliche Handhabung hängen immer damit zusammen, dass Konzessionen zu komplex sind und mehr Flexibilität erfordern, als die Vergaberichtlinie zulässt. Wie aber bereits dargelegt, ist es möglich, komplizierte öffentliche ÖPP-Aufträge auf der Basis der Vergaberichtlinie zu vergeben. Sowohl das Verhandlungsverfahren als auch der wettbewerbliche Dialog scheinen dafür in Frage zu kommen. Gerade die mit dem wettbewerblichen Dialog gemachten Erfahrungen haben gezeigt, dass sich dieses Verfahren sehr gut für alle sehr komplizierten Aufträge eignet, ob es sich nun um öffentliche Aufträge oder Konzessionen handelt.

Auch wenn sich der wettbewerbliche Dialog im Allgemeinen anbietet, sollte die Kommission dennoch einige Voraussetzungen präzisieren, namentlich das Kriterium der „rechtlichen und finanziellen Komplexität“ oder die Möglichkeit, auch nach der Zuschlagserteilung noch zu verhandeln. In einigen Kommentaren wird zudem eine Klarstellung der geltenden Vorschriften für das Verhandlungsverfahren gefordert.⁵⁴

Zwei mit der Rechtsklarheit verbundene Probleme bleiben selbst bei der zweiten Untervariante bestehen: die Frage des angemessenen Schwellenwerts (siehe oben) und das Problem der gemischten Verträge.

⁵³ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Abs. 6.69; Grünbuch zu ÖPP, Rn. 36.

⁵⁴ Arrowsmith, 6.70.

Wenn man sich für diesen Lösungsansatz entscheidet, gäbe es keine Möglichkeit, auf Dienstleistungskonzessionen einen höheren Schwellenwert anzuwenden, da man dann wieder zwischen Konzession und öffentlichem Auftrag unterscheiden müsste. Es wäre folglich in manchen Fällen nach wie vor wichtig, zwischen Bau- und Dienstleistungen zu differenzieren, da Dienstleistungskonzessionen in jedem Fall von der Richtlinie erfasst werden, auch wenn sie nur einen geringen Wert aufweisen.

4.2.4 Bewertung

Das Grünbuch zu ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen benennt keine politischen Präferenzen, sondern gibt lediglich den Anstoß zu einem Konsultationsprozess.⁵⁵ Daraus könnte man herleiten, dass der EG-Vertrag weitgehende positive Verpflichtungen zur Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung bei der Vergabe von Konzessionen beinhaltet. Allerdings kann selbst bei einer breiten Auslegung der sich aus dem Vertrag ergebenden Anforderungen Rechtsunsicherheit aus der Tatsache erwachsen, dass keine sekundärrechtlichen Bestimmungen vorhanden sind und die meisten Mitgliedstaaten keine eigenen gesetzlichen Regelungen getroffen haben.

Deshalb ist zu berücksichtigen, dass gegebenenfalls detailliertere Rechtsvorschriften für Konzessionen erforderlich sind, um Gleichbehandlung und Transparenz zu gewährleisten, da der Umfang der sich aus dem Vertrag ergebenden positiven Verpflichtungen recht unbestimmt und möglicherweise ziemlich gering ist.

Zur Auswahl stehen drei Varianten: a) gesonderte Rechtsvorschriften im Rahmen der geltenden Richtlinien, b) gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen und ÖPP und c) Einbeziehung der Konzessionen in die geltenden Vergaberichtlinien und Schaffung der Voraussetzungen dafür, dass die derzeitigen Verfahren auch für Konzessionen und ÖPP geeignet sind.

Bei der ersten Variante könnte man gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen erlassen, und zwar in Form einer einheitlichen Regelung für sämtliche Projekte, die mit der Übernahme eines erheblichen Risikos verbunden sind (wie ÖPP), im Rahmen der geltenden Richtlinien. Es wäre dann kein Problem mehr, dass zu Beginn eines Verfahrens oft noch nicht absehbar ist, ob am Schluss eine Konzession steht. Die für die Erteilung solcher Aufträge geeigneten Verfahren sind häufig die gleichen, die auch für Konzessionen in Betracht kommen (ähnliche Merkmale: lange Laufzeit, Komplexität der Verhandlungen, Mitwirkung von Konsortien, Einsatz privater Finanzmittel). Andererseits gilt es zu bedenken, dass eine detailliertere gesonderte Regelung im Rahmen der derzeitigen Richtlinie womöglich entbehrlich ist, da die geltenden Verfahren und sonstigen Bestimmungen im Allgemeinen sehr gut für Konzessionen und andere komplexe Aufträge geeignet sind.

Wird die zweite Variante – gesonderte Rechtsvorschriften für Konzessionen oder ÖPP außerhalb der Richtlinie – in Erwägung gezogen, sollte man die Probleme mit der Abgrenzung/Definition von Konzessionen im Auge behalten. Die staatlichen Stellen und die maßgeblichen Akteure müssten nach wie vor entscheiden, welche Regelung zur Anwendung kommt und dazu prüfen, ob es sich um eine Konzession oder einen öffentlichen Auftrag handelt. Wie wir aber festgestellt haben, verursacht gerade diese Frage die größte Rechtsunsicherheit. Auch muss die Frage gestellt werden, ob neue Verfahren/andere Bestimmungen überhaupt vonnöten sind. Zusätzliche Regelungen für den gleichen Themenkomplex führen nicht unbedingt zu mehr Sicherheit. Gesonderte Rechtsvorschriften würden es aber ermöglichen, eine flexiblere Handhabung vorzusehen, als sie die vollständige Übernahme der Vergaberichtlinien zulassen würde. Die Bereitschaft der Akteure zur Anwendung von Verfahren zur Konzessionserteilung würde dadurch möglicherweise steigen.

⁵⁵ Punkt 17 des Grünbuchs.

Zur Schaffung von Rechtssicherheit und -klarheit könnte man als dritte Variante in Betracht ziehen, die Konzessionen in die Vergaberichtlinie einzubeziehen und zugleich dafür zu sorgen, dass sich die derzeitigen Vergabeverfahren für alle Arten von ÖPP und Konzessionen eignen. Das Problem der Unterscheidung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen wäre damit ausgeräumt, und die Modalitäten der Erteilung einer Konzession wären klar geregelt. Die Vorschriften für die Vergabe von Projekten würden für alle Arten von ÖPP gelten, auch solche, die keine Konzessionen beinhalten. Allerdings würde dies Veränderungen der gegenwärtigen Praxis bei der Konzessionserteilung erfordern, was eine uneinheitliche Anwendung und eine ablehnende Haltung der Kunden zur Folge haben könnte. Auch ist Folgendes zu bedenken: Je stärker die Regelungen von der nationalen Praxis abweichen, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie nicht befolgt werden. Dies kann zu einer verminderten Transparenz führen, wenn Wirtschaftsteilnehmer versuchen, ihr Vorgehen zu verschleiern, statt sich an die Bestimmungen der Richtlinie zu halten.

Abschließend sollte untersucht werden, ob die gleichen Argumente auch auf die Sektorenrichtlinie zutreffen, und es stellt sich auch die Frage, ob es gerechtfertigt ist, Konzessionen gänzlich aus der Sektorenrichtlinie herauszunehmen. Es könnte sich nämlich als notwendig erweisen, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Versorgungssektoren zu berücksichtigen.⁵⁶

⁵⁶ Auffällig ist, dass nicht einmal der EuGH zwischen öffentlichem Sektor und Versorgungssektoren unterscheidet, wenn er sich mit Konzessionen befasst (als neueres Beispiel siehe Eurawasser).

Literaturangaben

- Arrowsmith, Sue „The Law of Public and Utilities Procurement“, Second Edition 2005
- Grünbuch zu ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen KOM/2004/3 27
- Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, C-121/2000
- Pünder, Herrman, in: Müller-Wrede, Malte (Hg.). „Kompendium des Vergaberechts“ 2007 - Sitsen, Michael „Die Dienstleistungskonzession – Ein Auslaufmodell?“, IR 10/2009, 223
- Walz, Rainer „Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht“ Diss. Hamburg 2009
- Ulrich, Hanns „Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht“, ZVgR 2000, 85

GENERALDIREKTION INTERNE POLITIKBEREICHE

FACHABTEILUNG **A** WIRTSCHAFTS- UND WISSENSCHAFTSPOLITIK

Rolle

Die Fachabteilungen sind Forschungsreferate, die die Ausschüsse, interparlamentarischen Delegationen und andere parlamentarische Einrichtungen beraten.

Politikbereiche

- Wirtschaft und Währung
- Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
- Umweltfragen, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit
- Industrie, Forschung und Energie
- Binnenmarkt und Verbraucherschutz

Dokumente

Siehe Website des Europäischen Parlaments: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

BILDNACHWEISE: iStock International Inc.



ISBN