

Tagungsbericht

3. Berliner Konzessionsrechtstage 2018

Am 8. und 9.3.2018 fanden die nunmehr dritten Berliner Konzessionsrechtstage an der Freien Universität Berlin statt (ein Tagungsbericht zu den 2. Berliner Konzessionsrechtstagen ist erschienen in NZBau 5/2017, S. VIII). Die im Jahr 2016 von Professor *Dr. Thorsten Siegel* (Freie Universität Berlin) und Rechtsanwalt *Dr. Christian Braun* (*Braun & Zwetkow* Rechtsanwälte, Leipzig) ins Leben gerufene Tagung befasst sich mit den Rechtsgrundlagen und aktuellen Fragen des neuen Konzessionsvergaberechts. Im Ambiente des Akademischen Senatssaals fanden sich rund 50 Vertreter aus Wissenschaft, Richterschaft, Anwaltschaft und Verwaltung zu Austausch und Diskussion über die ausgewählten Referate zusammen. Gelegenheit für weiterführende Diskussionen, vertiefende Gespräche sowie zum Erfahrungsaustausch bot sich nicht nur in den Referate abschließenden Diskussionsrunden und Kaffeepausen, sondern auch beim den ersten Tag beschließenden Konzessionsrechtessen in der Runde der TeilnehmerInnen und Referenten.

Während die ersten beiden Vorträge die konzessionsrechtlichen Spezifika allgemein-vergaberechtlicher Fragen aufzeigten, wendeten sich die den ersten Tag beschließenden Vorträge jeweils zwei spezifisch konzessionsvergaberechtlichen Fragestellungen zu. Der zweite Tag stand ganz im Zeichen der Grenzen des Konzessionsvergaberechts.

I. Elektronische Konzessionsvergabe

Mitveranstalter Professor *Dr. Thorsten Siegel* eröffnete die Tagung mit einem Vortrag zur elektronischen Konzessionsvergabe, deren Bedeutung er sowohl für das Ober- als auch Unterschwellenvergaberecht aufzeigte. Während die e-Vergabe in der Konzessionsvergaberichtlinie fakultativ ausgestaltet wurde, entschied sich der deutsche Gesetzgeber im Oberschwellenbereich unter Berücksichtigung von Übergangsfristen nach § 34 KonzVgV auch im Konzessionsvergaberecht für eine Pflicht zur e-Vergabe, während im Unterschwellenbereich die VOB/A weiterhin eine fakultative, der neue § 7 I UVgO hingegen nunmehr ebenfalls eine obligatorische e-Vergabe vorsieht. Der Vortrag konkretisierte die relevanten Rechtsgrundlagen für die elektronische Konzessionsvergabe für die einzelnen Verfahrensschritte und zeigte die konzessionsspezifischen Ausnahmen auf. In der anschließenden Diskussion wurde insbesondere *Siegels* These diskutiert, dass zwar ein subjektives Recht auf e-Vergabe nach § 97 VI GWB bestehe, indessen die isolierte Durchsetzbarkeit im Nachprüfungsverfahren ausscheide (weiterführend *Siegel*, LKV 2017, 385).

II. Wettbewerbsregister

Im Anschluss berichtete *Dr. Daniel Fülling* (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) aus erster Hand über das neue Wettbewerbsregister. Eine Gegenüberstellung der bisher bestehenden Auskunftsansprüche der Auftraggeber nach Gewerbezentralregister, Bundeszentralregister und weiterer Länderregister machte die Notwendigkeit eines vergabespezifischen Wettbewerbsregisters deutlich. *Fülling* wies darauf hin, dass das Wettbewerbsregistergesetz zwar bereits in Kraft getreten ist, darin vorgesehene Abfrage- und Meldepflichten aber erst ab Inbetriebnahme des Registers und Inkrafttreten der Rechtsverordnung zum WRegG gelten. Für Konzessionsvergaben wird sich eine Abfragepflicht erst ab Erreichen der EU-Schwellenwerte (bei Aufträgen hingegen bereits ab 30.000 Euro) ergeben. *Fülling* hob hervor, dass die Registereintragung die Auftraggeber nicht im Sinne einer Vergabesperre binde; unterschieden werden müsse jedoch zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen, weil bei ersteren ein Verzicht auf einen Ausschluss nur in seltenen Fällen möglich sei. In der Diskussion spielten sodann die Voraussetzungen der ebenfalls im Vortrag aufgezeigten Möglichkeit zur Selbstreinigung, das Verhältnis zur europäischen Eigenerklärung sowie die Auslegung des § 11 WRegG im Falle behördlichen Unterlassens eine Rolle. Auch wurde die Relevanz des Wettbewerbsregisters in grenzüberschreitenden Vergabeverfahren diskutiert (zum Wettbewerbsregister weiterführend *Dreher*, NZBau 2017, 313).

III. Projektbericht zur Vergabe von Werbekonzessionen

Den zweiten Teil des ersten Tages eröffnete *Dr. Jakob Steiff* (RA und Partner CMS Rechtsanwälte) mit einem Projektbericht zur Vergabe von Werbekonzessionen in Frankfurt a.M. Aufgrund der Qualifikation der Werbekonzessionen als Dienstleistungskonzessionen und dem Erreichen der Schwellenwerte ergab sich der Rechtsrahmen aus GWB und KonzVgV. *Steiff* betonte die Notwendigkeit einer strukturierten Ermittlung des Ausschreibungsbedarfs anhand einer Analyse des städtischen Werbemarktes für ein erfolgreiches und zügiges Ausschreibungsverfahren. Dabei müssten planerische und technische Vorfragen ebenso geklärt werden wie eigentums- und genehmigungsrechtliche Fragen. Die Konzeption der Ausschreibung müsse sowohl die finanziellen Interessen des Auftraggebers (etwa mittels Garantie- und Umsatzpacht) als auch die Qualität des Werbeträgers und des Umsetzungskonzepts berücksichtigen. Der im Konzessionsvergaberecht bestehende Grundsatz der freien Verfahrenswahl und -gestaltung (§ 12 KonzVgV) erfordere eine Abwägung der Vor- und Nachteile aller möglichen Verfahrensarten, wobei ein wettbewerbsöffneres Verfahren durchaus mit wirtschaftlichen Vorteilen für den Auftraggeber verbunden sein könne, was die erfolgreiche Konzessionierung durch die Stadt Frankfurt a.M. gezeigt

habe. Diskutiert wurde im Anschluss unter anderem über die Einzelheiten der Ausgestaltung wie die Gewichtung der Zuschlagskriterien und die Ermittlung des Vertragswerts einer Konzession.

IV. Konzessionsvergaben im Bereich Wasser

Während 2016 die Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG und im Jahr 2017 die Konzessionierung von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen als besondere Materie des Konzessionsvergaberechts eine Rolle spielten, referierte Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf *Heinz Peter Dicks* in diesem Jahr über Konzessionsvergaben im Bereich Wasser. *Dicks* betonte, dass die Bereichsausnahme in § 149 Nr. 9 GWB die als Dienstleistungskonzession zu qualifizierende Wegerechtsvergabe weder generell prozessuellem Rechtsschutz noch den materiell-rechtlichen Vorgaben des Kartellrechts und bei Binnenmarktrelevanz auch des europäischen Primärvergaberechts entziehe. Unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH in der Rechtssache Heiligenhafen (BGH, NZBau 2014, 303) begründete *Dicks* die Stellung der Gemeinden als Normadressaten des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots und als Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auch bei der Vergabe von Wasserkonzessionen. Auch mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung sah *Dicks* die Verpflichtung der Gemeinden nach § 19 II Nr. 1 GWB in Einklang mit dem BGH als vereinbar an, auch wenn das BVerfG in der Sache dazu noch nicht entschieden hat (BVerfG, NZBau 2016, 703). Anders als bei § 46 EnWG erachtet *Dicks* die Inhouse- und Instate-Ausnahme für anwendbar. § 46 EnWG finde gerade keine Anwendung (jedoch §§ 117 und 48 EnWG). Unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift des § 50 WHG konkretisierte *Dicks* sodann den Verfahrensgang der Konzessionsvergabe über die Erteilung von Informationen, die spezifischen Anforderungen an die Vertragslaufzeit und die Zuschlagkriterien bis zu Fragen der Rügeobliegenheit und Bieterinformation/Wartefrist. In der anschließenden Diskussion wurden unter anderem die Übertragbarkeit der Wertungen auf die Vergabe von Fernwärmenetzen sowie die Problematik fehlender Endschaftsklauseln vertieft diskutiert (weiterführend zur Vergabe von Wasserkonzessionen *Schröder*, NVwZ 2017, 504).

V. Öffentliches Interesse und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge

Der zweite Tag wurde von Präsidiarichter des BVerwG *Dr. Robert Keller* eröffnet, der sich unter dem Thema „Öffentliches Interesse und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge“ mit den Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit bei Verteilungsentscheidungen der Verwaltung auseinandersetzte. Die zunehmende Erfassung der Daseinsvorsorge vom Konzessionsvergaberecht mache eine neuerliche Debatte um eine Rechtswegbereinigung zugunsten der Verwaltungsgerichte notwendig. In Abweichung von der grundlegenden Entscheidung des BVerwG vom 2.5.2007 (BVerwGE 129, 9 = NZBau 2007, 389) sprach sich *Keller* für eine einheitliche Zuweisung strukturell vergleichbarer Verteilungsentscheidungen der Verwaltung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Er betonte die bereits erprobte Möglichkeit von verwaltungsgerichtlichem Eilrechtsschutz etwa bei Verteilungsentscheidungen im Marktgewerbe und Beamtenrecht. Die Verwaltungsgerichte seien für die Beurteilung öffentlicher (Gemeinwohl-)Aspekte die sachnäheren Gerichte; eine Zuweisung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtfertige sich daher auch aus der zunehmenden Bedeutung ehemals „vergabefremder“ Kriterien. Der Vorschlag *Kellers* wurde anschließend kontrovers diskutiert: Neben zustimmenden Äußerungen wurde die Funktionsfähigkeit der auf nachträglichen Rechtsschutz ausgelegten VwGO für den kurzfristigen Vergaberechtsschutz in Frage gestellt. Auch wurde auf divergierende Prüfungsmaßstäbe zwischen der Zivilgerichtsbarkeit einerseits und der in zuwendungsrechtlichen Fällen auch für vergaberechtliche Fragen zuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits hingewiesen (zur Thematik aktuell etwa *Kahl*, Droht die Entmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Zivilgerichte?, 2016).

VI. Umgehungsverbote und Grenzen des Konzessionsvergaberechts

Mitveranstalter *Dr. Christian Braun* sprach sodann zum Thema „Umgehungsverbote und Grenzen des Konzessionsvergaberechts“. Ausgehend von der These des Vergaberechts als immer weitere Bereiche erfassenden „Kraken“ ging *Braun* auf Umgehungsstatbestände nach § 14 KonzVgV ein. *Braun* zeigte erlaubte Verhaltensweisen auf, die nicht als Dienstleistungskonzession im Sinne des Kartellvergaberechts zu qualifizieren seien, wie der Bereich ohne Beschaffungsbezug oder auch bei Wahl der Handlungsform des Verwaltungsakts. Ebenfalls nicht als Umgehung zu qualifizieren seien von den Bereichsausnahmen erfasste Vergaben. Indes etablierten sich auch außerhalb des Kartellvergaberechts zunehmend Grundsätze eines allgemeinen Verteilungsverwaltungsverfahrens, wobei *Braun* in der anschließenden Diskussion die These vertrat, dass es zu einer Angleichung der Anforderungen im Konzessionsvergaberecht an die des Verteilungsverwaltungsverfahrens komme (*Siegel* in *Ziekow/Völlink*, VergabeR, 3. Aufl. 2018, § 14 KonzVgV).

VII. Bereichsausnahme für das Rettungsdienstwesen

Der abschließende Vortrag von Regierungsrat *Christopher Davis* (Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr) setzte sich mit der aktuell höchst umstrittenen Bereichsausnahme für das Rettungsdienstwesen auseinander, die gerade für das Konzessionsvergaberecht besondere Bedeutung erlangt. Während die zahlreichen Streitigkeiten zu § 107 I Nr. 4 GWB nach Vorlage durch das OLG Düsseldorf (NZBau 2017, 761) einer Klärung durch den EuGH harren, hat Bayern mit Art. 13 I, II BayRDG die Möglichkeit zur Direktvergabe ausgeschlossen. Als Bereichsausnahme stehe § 107 I Nr. 4 GWB einer Regelung durch den Landesgesetzgeber offen. Darüber hinaus sei der Landesgesetzgeber unter grundrechtlichen Erwägungen sogar zum Ausschluss der Direktvergabemöglichkeit verpflichtet gewesen, da die Vorrangstellung der Hilfsorganisationen als objektive Berufszulassungsschranke sich als nicht erforderlicher Eingriff in die Berufsfreiheit darstelle (BayVerfGH, NVwZ-RR 2012, 665); weder ergebe sich ein Widerspruch zum Beschluss des BVerfG (NVwZ 2010, 1212 = NZBau 2011, 124 Ls.) noch zum Urteil des BVerwG (NJW 1995, 3067). In der Diskussion stellte *Davis* klar, dass die Klärung der

in der OLG-Vorlage aufgeworfenen Fragen danach in Bayern keine Relevanz mehr besitzt; auch wurde die bundesweite Bedeutung der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Implikationen diskutiert (zur gegenteiligen Auffassung *Jaeger*, ZWeR 2016, 205).

VIII. Fazit

In der abschließenden „aktuellen Stunde“ weckte *Dr. Christian Braun* das Interesse der TeilnehmerInnen an der zukünftig womöglich an Relevanz gewinnenden Vergabe von Sondernutzungen des öffentlichen Straßenraums nach dem neuen Carsharinggesetz.

Mit den dritten Berliner Konzessionsrechtstagen ist es den Veranstaltern gelungen, durch eine überzeugende Auswahl an Referenten ein Forum für das immer stärker an Bedeutung gewinnende Konzessionsvergaberecht sowohl in seinen allgemeinen Bezügen zum Auftragskartellvergaberecht, in seiner Relevanz für das Verwaltungsvergaberecht und seinen bereichsspezifischen Ausprägungen zu etablieren. Mit Spannung zu erwarten sind daher bereits die vierten Berliner Konzessionsrechtstage, die am 21. und 22.3.2019 stattfinden werden. Eine Auswahl der diesjährigen Vorträge wird demnächst in der NZBau erscheinen.

*Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Nikolas Eisentraut,
Lehrstuhl Prof. Dr. Thorsten Siegel, Freie Universität Berlin*