

4. Berliner Konzessionsrechtstage 2019

Am 22./23.3.2019 fanden die nunmehr 4. Berliner Konzessionsrechtstage an der Freien Universität Berlin statt. 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 befasste sich mit den Rechtsgrundlagen und aktuellen Fragen des Konzessionsvergaberechts. Im Ambiente des Akademischen Senatssaals fanden sich rund 50 Vertreter aus Wissenschaft, Richterschaft, Anwaltschaft und Verwaltung zu Austausch und Diskussion über die ausgewählten Vorträge zusammen. Gelegenheit für weiterführende Diskussionen, vertiefende Gespräche sowie zum Erfahrungsaustausch bot sich nicht nur in den die Vorträge abschließenden Diskussionsrunden und Kaffeepausen, sondern auch beim den ersten Tag beschließenden Konzessionsrechtessen.

Gegenstand der diesjährigen Tagung waren die Spannungslagen, in denen sich das Konzessionsvergaberecht nach wie vor bewegt: So hat die Diskussion um die Verortung des Konzessionsvergaberechts zwischen öffentlichem und privatem Recht und der damit konnotierten Frage nach dem richtigen Rechtsweg bis heute kein Ende gefunden. Weiterhin wird die Frage nach der Reichweite des Konzessionsbegriffs immer noch unterschiedlich beantwortet. Schließlich bedarf die Vielzahl an relevanten Rechtsregimen bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren besonderer Beachtung. Die am ersten Tagungstag ergangene und in den Diskussionen auf der Tagung immer wieder eine Rolle spielende Entscheidung des *EuGH* vom 21.3.2019 – C-465/17, BeckRS 2019, 03869 (NZBau Aktuell 4/2019, S. VI – Falck Rettungsdienste [in diesem Heft]) stand ganz im Zeichen dieser Fragenkomplexe: Indem der *EuGH* die kartellvergaberechtliche Bereichsausnahme für Rettungsdienste konkretisierte, wird nun die Rechtswegeröffnung zu den Verwaltungsgerichten in Rettungsdienstvergaben und damit einerseits die Ausformulierung eines „Vergabeverwaltungsprozessrechts“ relevant (*Bühs*, DVBl 2017, 1525). Andererseits bedürfen aber auch die materiell-rechtlichen Maßstäbe an Vergabeverfahren vor den Verwaltungsgerichten künftig der stärkeren Konturierung. Die diesjährigen Vorträge von Präsident des BVerwG Professor *Dr. Klaus Rennert*, Professor *Dr. Jan Ziekow*, VorsRinOLG *Dr. Christine Maimann*, Rechtsanwältin *Astrid Meyer-Hetling*, Rechtsanwalt *Dr. Clemens Antweiler* und den beiden Veranstaltern trugen einen wesentlichen Teil zur Beantwortung der offenen Fragen bei.

I. Stand der Konzessionsvergabe

Die Tagung eröffnete der Vortrag von Mitveranstalter Rechtsanwalt *Dr. Christian Braun* zum Stand der Konzessionsvergabe. Dafür skizzierte *Braun* zunächst die unterschiedlichen Rechtsregime für Konzessionen. Neben vom Kartellvergaberecht erfassten vergaberechtlichen Konzessionen gebe es einen außerhalb des Kartellvergaberechts liegenden Bereich verwaltungsrechtlicher Konzessionen. *Braun* legte hier einen weiten Begriff der verwaltungsrechtlichen Konzession zugrunde, zu dem er unter anderem Konzessionsvergaben im Unterschwellenbereich, aufgrund von Bereichsausnahmen vom Kartellvergaberecht ausgenommene Konzessionsvergaben, aber auch die nichtbeschaffende Erteilung von Erlaubnissen – etwa nach der GewO – und Beschaffungen mittels Verwaltungsakts zählte. Während anfängliche Unsicherheiten im neuen GWB-Konzessionsvergaberecht durch die Rechtsprechung zunehmend beantwortet würden, bestünden im Bereich der nicht vom GWB erfassten Konzessionsvergaben noch weitreichend offene Fragen, insbesondere nach dem Einfluss vergaberechtlicher Standards auf das Verwaltungsverfahren. Auch sei die Klärung des zulässigen Rechtswegs bis heute virulent.

II. Strukturmerkmale der Konzessionsvergabe

Im Anschluss an die Diskussion um die Reichweite des Konzessionsbegriffs referierte Professor *Dr. Jan Ziekow* (Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer) zu den Strukturmerkmalen der Konzessionsvergabe. In seinem Vortrag plädierte er dafür, die Konzession als eigenständiges Rechtsinstitut wahrzunehmen, statt ihr die in Teilen der Rechtsprechung immer wiederkehrende Funktion einer Auffangordnung zuzuweisen. Das erstmals in der Ahlhorn-Rechtsprechung (*OLG Düsseldorf*, NZBau 2007, 530) formulierte Verständnis, wonach die (Bau-)Konzession eine Auffangfunktion gegenüber dem Auftragsbegriff erfülle, sei zuletzt wieder im Beschluss des *OLG Hamburg* vom 1.11.2017 (NZBau 2018, 122, dazu *Siegel*, jurisPR-VergR 3/2018 Anm. 4) zurückgekehrt. Dabei missachtet würden jedoch die positiven Definitionsmerkmale, die dem Konzessionsbegriff der Konzessionsvergaberichtlinie zugrunde liegen. Deutlich zu machen sei daher, dass vergaberechtlichen Konzessionen ein Beschaffungscharakter innewohne, der im Tatbestandsmerkmal der Betrauung Ausdruck finde. Die bloße Erfüllung im öffentlichen Interesse liegender Aufgaben durch Private reiche aber noch nicht, um den kartellvergaberechtlichen Konzessionsbegriff zu bejahen: Weiterhin müsse die Konzession dem „Nutzen des Konzessionsgebers durch Nutzung des Nutzungsrechts“ dienen. Auch zeichne die Konzession ihre vertragliche Verbindlichkeit und Einklagbarkeit der Leistungserbringung aus. In Abgrenzung zu *Braun* ließ *Ziekow* jedoch auch konsentierete Verwaltungsakte ausreichen, um den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts für eröffnet anzusehen. Schließlich müsse das Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer übergehen, wobei hier noch offene Fragen bezüglich der Prognosetiefe bestünden. Im Falle der Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts seien Lücken durch das Primärvergaberecht und damit die Grundfreiheiten zu schließen, nicht jedoch unter Rückgriff auf das Kartellvergaberecht.

III. Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht

Den ersten Tag beschloss der Präsident des BVerwG, Professor *Dr. Klaus Rennert*, mit einem Vortrag zum Thema „Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht“. Ausgehend von einer Untersuchung des vergaberechtlichen Konzessionsbegriffs, der in Abgrenzung zu bloßen Erlaubnissen und Gestattungen die vertragliche Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge charakterisiere, qualifizierte *Rennert* die Rechtsnatur der Konzessionsverträge als regelmäßig öffentlich-rechtlich. Davon abzuschichten seien jedoch Konzessionsverträge nach § 46 EnWG, denen ein zivilrechtlicher Vertrag zugrunde liege und die nicht in Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe stünden (so auch *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 5; anders hingegen die wohl überwiegende Ansicht, mwN *Gabriel* in *Säcker*, MüKo/Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 102 GWB Rn. 44). Während Konzessionen nach dem GWB den Vergabekammern und Oberlandesgerichten zugewiesen seien, müssten Konzessionsvergaben außerhalb des Kartellvergaberechts daher vor den Verwaltungsgerichten verhandelt werden. Davon ausgehend konkretisierte *Rennert* die Auswirkungen der Rechtswegzuweisung für das Verwaltungsverfahren, die Auswahlkriterien und de-facto-Vergaben. Auch bei der Durchführung der Konzession seien Streitigkeiten aus dem Konzessionsvertrag aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Qualifikation den Verwaltungsgerichten zugewiesen. De lege ferenda regte *Rennert* an, auch im Konzessionsvergaberecht des GWB die sofortige Beschwerde, anders als bisher in § 171 III 1 GWB geregelt, zum Obergericht führen zu lassen, um das Wirtschaftsverwaltungsrecht wieder vollumfänglich zu einer Sache der Verwaltungsgerichte zu machen.

IV. Aktuelle Konzessionsrechtsprechung

Der zweite Tag begann mit einem Vortrag der Vorsitzenden Richterin am OLG *Dr. Christine Maimann*, Düsseldorf, zum Thema „Aktuelle Konzessionsrechtsprechung“. Darin ging *Maimann* sowohl auf die aktuelle Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu Konzessionen im Bereich Wasser sowie zu Konzessionen im Glücksspielwesen ein. Für Wasserkonzessionen betonte *Maimann* aufgrund der kartellvergaberechtlichen Bereichsausnahme die Auffangfunktion des allgemeinen Kartellrechts, das die Durchführung eines strukturierten wettbewerblichen Verfahrens verlange. Ausführlich legte sie die von den Gerichten formulierten Anforderungen an dieses wettbewerbliche Verfahren dar. Im zweiten Teil ihres Vortrags diskutierte *Maimann* die bereits von *Ziekow* aufgeworfene Frage nach der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Glücksspielkonzessionen. Dafür erläuterte sie einen Beschluss des OLG Düsseldorf v. 23.1.2019 (VII-Verg 22/18) näher: Wesentlich komme es darauf an, ob sich die Städte bzw. Kommunen bei der „Konzessionierung“ der privaten Spielhallenbetreiber zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bedienten. Ansonsten fehle es an einer Betrauung und damit an einem Beschaffungsbezug. Erforderlich sei eine Auslegung des Glücksspiel-Staatsvertrags und der Ausführungsgesetze der Länder, wobei in § 2 II AG GlüStV NW formuliert sei, dass die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots als öffentliche Aufgabe wahrgenommen werde. Indes gehöre jedenfalls der Betrieb von Spielhallen nicht zur Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots; es würden vielmehr bloße Erlaubnisse erteilt, sodass das Kartellvergaberecht nicht eröffnet sei.

V. Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich

Im Anschluss an *Maimann* trug Mitveranstalter Professor *Dr. Thorsten Siegel* zur Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich vor. Während die Vergabe von Baukonzessionen auch im Unterschwellenbereich durch § 55 BHO/LHO und die VOB/A ausreichend rechtlich strukturiert sei, bestünde für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Regelungsbedarf: Von § 55 BHO/LHO könne die Dienstleistungskonzession nur im Falle von Haushaltsrelevanz erfasst werden (näher *Siegel* in MüKo/Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Vergaberecht, Haushaltsvergaberecht, Rn. 41); auch die UVgO sei auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar. Als „Auffangregime“ blieben daher nur das spezifische Fachrecht, so etwa die Rettungsdienstgesetze und darüber hinaus das Vergabeprimärrecht bei Binnenmarktrelevanz. Ansonsten müsse ein Rückgriff auf den verfassungsrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 12 I iVm Art. 3 I GG erfolgen, der indes keine absolute Gleichbehandlung von Ober- und Unterschwellenvergaben verlange. In der Folge sei zu klären, welche unmittelbaren Fehlerfolgen im Unterschwellenbereich griffen und wie der Rechtsschutz auszugestalten sei. Ob etwa die Vorabinformations- und Wartefrist des § 134 GWB auf den Unterschwellenbereich übertragbar sei und ob sich an einen Verstoß die im Oberschwellenbereich normierte Unwirksamkeitsfolge anschließen müsse, sah *Siegel* kritisch. Im Widerspruch zu *Rennert* forderte *Siegel* schließlich eine differenzierte Verortung von Konzessionsverträgen zwischen öffentlichem und privatem Recht. Berücksichtigt werden müsse, ob eine spezifische öffentlich-rechtliche Prägung einzelner Fachmaterien eine Zuordnung zum öffentlichen Recht gebieten würden (so etwa aktuell OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2018 – 10 ME 363/18, BeckRS 2018, 27393); nur dann sei auch der Verwaltungsrechtsweg im Unterschwellenbereich eröffnet.

VI. Bereichsspezifisches Konzessionsvergaberecht

Der Tag wurde mit zwei Vorträgen zu Themen des bereichsspezifischen Konzessionsvergaberechts beschlossen: Zunächst referierte Rechtsanwältin *Astrid Meyer-Hetling* (*Becker Büttner Held* Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater) zur Vergabe von Energiekonzessionen. Während die Thematik bei den 1. Berliner Konzessionsrechtstagen 2016 noch für Kontroversen sorgte, konnte *Meyer-Hetling* aufgrund zunehmender Bestätigungen kommunaler Konzessionsvergaben durch Land- und Oberlandesgerichte eine gewisse Konsolidierung des Rechts der Vergabe von Energiekonzessionen vermelden. Indes seien nach wie vor eine Vielzahl an Rechtsfragen sowohl in Bezug auf die Bekanntmachung, die Auswahlkriterien als auch in Bezug auf die Auswertung noch offen, derer sich *Meyer-Hetling* in ihrem Vortrag annahm. Sie wies dabei auch darauf hin, dass

trotz der voranschreitenden Konsolidierung die Rechtswegzuweisung von Energiekonzessionsvergabeverfahren zu den ordentlichen Gerichten in anhängigen Verfahren bis heute nicht unbestritten bliebe.

Die Tagung beschloss Rechtsanwalt *Dr. Clemens Antweiler* (RWP Rechtsanwälte) mit einem Vortrag zum Thema „Aktuelle Rechtsprechung zu Personenbeförderungskonzessionen“. In einem ersten Teil machte er deutlich, dass der Frage, ob ÖPNV-Leistungen im Wege der Direktvergabe vergeben werden können, wesentliche ökonomische Bedeutung zukomme. Dementsprechend setzte er sich näher mit dem Anwendungsbereich des Sondervergaberechts der VO (EG) 1370/2007 und mit den Anforderungen an das darin statuierte Kontrollkriterium auseinander. Im zweiten Teil seines Vortrags widmete *Antweiler* sich der Frage, ob beim Erprobungsmodell nach § 2 VII PBefG eine Dienstleistungskonzession vorliege, die nach Kartellvergaberecht vergeben werden müsse.

Mit den 4. Berliner Konzessionsrechtstagen ist es den Veranstaltern wieder gelungen, ein Forum zur Diskussion der aktuell drängenden Fragen des Konzessionsvergaberechts sowohl in seinen allgemeinen Bezügen zum Kartell- und Haushaltsvergaberecht, in seiner Relevanz für das Verwaltungsvergaberecht und das Kartellrecht sowie für seine bereichsspezifischen Ausprägungen zu schaffen. Mit Spannung zu erwarten sind daher bereits die 5. Berliner Konzessionsrechtstage, die am 12. und 13.3.2020 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*