

Dienstleistungskonzessionen - Was kommt auf die Kommunen zu?

Reinhard Böllmann, BKPV (Juni 2016)

1. **Vorgeschichte**
2. **Die neue Regelung**
3. **Abgrenzungsfragen**
4. **Vergaben außerhalb des Vergaberechts**

1. Vorgeschichte

In den Koordinierungsrichtlinien Anfang der 90er Jahre ist noch keine Dienstleistungskonzession, aber schon die **Baukonzession** in der Baukoordinierungsrichtlinie erfasst (Richtlinie 93/37/EWG).

Beispiele: Autobahn über einen Gebirgspass, Tunnel unter einem Meeresarm

Die Öffentliche Hand überträgt einem Privaten eine Baumaßnahme, er soll sich die Vergütung aber bei den Benutzern holen.

Da das Bauwerk in der Hand des Investors bleibt, muss dieser es auch betreiben und trägt dabei das Vermarktungsrisiko.

Juristische Formulierung (Richtlinie 93/37/EWG, Art. 1, Buchst.d):

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

Regelungen in der VOB/A im Lauf der Zeit mehrfach geändert (insbes. die Frage der Weitervergabe). Jetzt § 23 VOB/A, danach sind die vorangehenden §§ „sinngemäß anzuwenden“.

2000 *Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht* (2000/C 121/02) auf der Grundlage der EUGH-Rechtsprechung, insbesondere Einhaltung der Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz.

„Klassische“ Richtlinie 2004/18/EG Art. 1 Abs. 4 (31.03.2004) definiert:

„*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.*“ Legt aber in Art. 17 fest, dass diese nicht von der Richtlinie erfasst sind.

EUGH Urteil vom 13.10.2005, AZ C-458/03 („Parking Brixen“):

Fallgestaltung: Stadt Brixen überträgt für die Dauer von 9 Jahren den Betrieb von öffentlichen Parkplätzen einer Aktiengesellschaft, (die nicht als In-house-Partner gilt). Diese soll die Parkgebühren erheben und an die Stadt eine Pacht zahlen, die von der Höhe der Parkgebühren abhängt. Ein Konkurrent ist der Meinung, das hätte ausgeschrieben werden müssen. Das nationale Gericht legt dem EuGH u.a. die Frage vor, ob eine Dienstleistungskonzession oder ein Dienstleistungsauftrag vorliegt.

Anmerkung: Vermietung und Verpachtung unterliegen nicht dem Vergaberecht, aber vorliegend ist damit die **Verpflichtung zur öffentlichen Bereitstellung** der Parkplätze verbunden. Das ist eine Dienstleistung, und sie wird nicht vom „Auftraggeber“ bezahlt, sondern von den Parkplatzbenutzern.

Der EuGH stellt fest, dass zwar Dienstleistungskonzessionen nicht dem Vergaberecht unterliegen, aber den europarechtlichen Grundsätzen von Transparenz (Nachprüfbarkeit) und hinreichendem Maß an Öffentlichkeit (Ausschreibung), Gleichbehandlung (Chancengleichheit) und Nichtdiskriminierung.

D.h.: Schon bisher gab es eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht für Dienstleistungskonzessionen, aber keine Verfahrensvorschriften und kein Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern (außer wenn strittig war, ob nicht doch ein Dienstleistungsauftrag vorliegt.)

Beispiele:

Privater Radiologe in den Klinikräumen des Kreiskrankenhauses mit der Verpflichtung, entsprechende Anlagen (Röntgen, MRT) anzuschaffen und betreiben, Betrieb einer Jugendherberge in einem von der Gemeinde bereitgestellten Gebäude.

2. Die neue Regelung

Vorgabe EU-Richtlinie 2014/23/EU des europäischen Parlaments und des Rats vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe.

Umsetzung mit Novellierung des GWB: § 101 (*Konzessionsgeber*, als Gegenstück zum öffentlichen Auftraggeber), § 105 *Konzessionen* in Erweiterung der bisher in § 99 enthaltenen Baukonzessionen geregelt.

Definition: § 105 GWB Abs. 1

*Konzessionen sind **entgeltliche Verträge**, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen*

- 1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (**Baukonzessionen**); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; oder*
- 2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (**Dienstleistungskonzessionen**); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.*

Maßgeblicher Schwellenwert: Verweis auf Art. 8 der EU-Verordnung (2014/23/EU). Achtung die Fortschreibung der Schwellenwerte erfolgt unmittelbar in EU-Richtlinien (nachsehen bei www.vergabeinfo.bayern.de), derzeit 5.225.000 €.

Vergabeverfahren: Geregelt in der

Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung) = Artikel 3 der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts v. 12.04.2016.

§ 2 Berechnung des Auftragswerts: i.W. voraussichtlicher Gesamtumsatz, den der Konzessionsnehmer erzielt, einschließlich etwaiger Optionen und Verlängerungen

§ 3 Laufzeit ist zu begrenzen, mehr als 5 Jahre nur, wenn es die Investitionen des Konzessionsnehmers im Hinblick auf das Vertragsziel erfordern.

§ 12 Konzessionsgeber kann Verfahren „frei ausgestalten“, er kann es „an den Vorschriften der Vergabeverordnung zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ausrichten“.

Im Übrigen ähnliche Regelungen wie bei Vergabeverfahren für Aufträge (Dokumentation, Vermeidung von Interessenskonflikten, elektronische Mittel, Bekanntmachung, Leistungsbeschreibung, Eignungsanforderungen, Veröffentlichungen, etc.).

3. Abgrenzungsfragen

a) Baukonzession oder Dienstleistungskonzession?

Baukonzessionen kommen in der Praxis in Verbindung mit Dienstleistungen vor.

Beispiele:

Bau und Betrieb eines Nahwärmeversorgungsnetzes mit Hackschnitzelheizwerk,

Bau und Betrieb eines Glasfasernetzes.

Die Abgrenzung ist künftig wegen der einheitlichen Regelung (samt einheitlichem Schwellenwert) in der Konzessionsvergabeverordnung nicht mehr problematisch.

b) Dienstleistungskonzession oder Dienstleistungsauftrag?

Wichtig schon für die Auftragswert-/Schwellenwertbetrachtung und ggf. Begründung der Verfahrensart.

Problemstellung: Der Dienstleister bekommt einerseits Geld von den Nutzern, andererseits ggf. eine Zuzahlung vom Konzessionsgeber/Auftraggeber. Wenn die Vergütung von Seiten des Auftraggebers das wirtschaftliche Risiko des Konzessionsnehmers minimiert, kann ein Dienstleistungsauftrag vorliegen

Wieviel Risiko muss der Dienstleister tragen?

§ 105 GWB Abs. 2:

In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn

- 1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und*
- 2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.*

Etwas klarer:

OLG Düsseldorf (23.12.2015, Verg 34/15):

*„Der Konzessionär muss sich den Gefahren eines **Ausfalls seines Vergütungsanspruchs oder der Nichtinanspruchnahme seiner Leistung** gegenübersehen. Es ist nicht erforderlich, dass er ein erhebliches Risiko trägt, aber es muss ein wesentlicher Teil des bisher [soll heißen: bei einem Dienstleistungsauftrag] beim Auftraggeber liegenden Risikos übernommen werden. Der Konzessionär muss **bei der Verwertung** der ihm übertragenen Leistungen den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt sein. **Verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung eines Ausgleichsbetrages**, dann trägt der Leistungserbringer nicht mehr überwiegend das Nutzungsrisiko.“*

(Die Entscheidung enthält zahlreiche interessante Rechtsprechungsverweise).

(Anmerkung: Es geht wohlgerne nicht um die Höhe der Zuzahlungen im Rahmen des vereinbarten Preises, sondern um die Übertragung des Vermarktungsrisikos im Rahmen der Vertragsbedingungen. Beispiel Kantinenbetreiber: Der Preis wird durch Zuzahlungen verbilligt, aber das Risiko, dass die Gäste wegbleiben, verbleibt beim Betreiber.)

Es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. In einem Fall waren 4-9% Zuschuss noch nicht zuviel für eine Konzession (OLG Karlsruhe 13.07.2005, 6W 35/5), in einem anderen waren 20% des Gesamtaufwands zu viel (VK Baden-Württemberg, 27.07.2012, VK 20/12), um noch eine Konzession anzunehmen.

c) Beschaffungsvorgang oder Verteilungsvorgang?

Problemstellung: Dem Dienstleister werden Flächen überlassen (Miete, Pacht) für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, die er gegenüber Dritten vermarktet. Wann liegt eine Dienstleistungskonzession vor und wann nur eine Vermietung/Verpachtung?

(Anmerkung: Konzessionen sind grundsätzlich befristet, ein Grundstücksverkauf kann zwar im Einzelfall mit einer Baukonzession verbunden sein, er kann aber wegen der Eigentumsrechte in der Regel nicht auf Dauer die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nach den Maßgaben des Verkäufers sicherstellen.)

Das Abgrenzungsproblem ist nicht neu, vgl. Grundstücksverkauf/-verpachtung mit Bauverpflichtung nach Vorgaben der veräußernden öffentlichen Hand, OLG Düsseldorf 13.06.2007, VII-Verg 2/07 („Alhorn“) und dagegen EUGH 25.03.2010 C-451/08 (nach Vorlage durch das OLG Düsseldorf wegen der entsprechenden Änderung im deutschen Vergaberecht - „Müller“):

EUGH 25.03.2010 C-451/08

- Die Baukonzession ist ein „entgeltlicher“ Vertrag, d.h. die Öffentliche Hand bekommt etwas, an dem sie ein eigenes, unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat, z.B. die Verfügbarkeit eines Bauwerks für öffentliche Zwecke. Der Anspruch auf die übertragene Leistung ist einklagbar.
- Die bloße Ausübung von Regelungszuständigkeiten ist keine Beschaffung. Der Verkauf oder die Verpachtung von Flächen ist auch keine Beschaffung (sondern als Verkauf sozusagen das Gegenteil einer Beschaffung).

Voraussetzung einer Beschaffung ist somit, dass die öffentliche Hand aufgrund einer öffentlichen Aufgabe einen Bedarf hat, den sie durch die Beschaffung deckt. (Ein Indiz dafür kann eine Zuzahlung sein bzw. ein reduzierter Pacht-/Mietpreis. Dies lässt sich auf die Dienstleistungskonzession übertragen (vgl. auch Beispiele in der Handreichung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren „Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Grundstücksgeschäften“ v. 20.12.2010).

Bei Aufgaben der sozialen Infrastruktur kommt es auf die Fallgestaltung im Einzelnen an, z.B. Altenheim, Kindertagesstätte, Sportanlage.

- Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung und Entgeltzahlung (Vorzugspreis) => Baukonzession
- Verpachtung/Vermietung mit Betriebsverpflichtung und Entgeltzahlung => Dienstleistungskonzession
- Zuschuss zu Bau/Betrieb, ohne Überlassung von Grundstück/Räumlichkeiten => ggf. nur Förderrecht (auf entsprechender Rechtsgrundlage z.B. Bay KiBiG).

Beispiele für Dienstleistungskonzessionen:

- Betrieb einer Schulmensa mit Betriebskostenzuschuss,
- Betrieb einer Radiologenpraxis im Kreiskrankenhaus mit (einklagbarer) Verpflichtung zur Bereitstellung der entsprechenden Geräte,
- Betrieb eines von der Gemeinde gebauten und verpachteten Hallenbades (mit Vermarktungsrisiko - Anmerkung aus der Prüfungserfahrung: In der Praxis werden häufig die Risiken so verteilt, dass keine Konzession mehr vorliegt, sondern ein Auftrag!)

Keine Beschaffung ist dagegen z.B. die Überlassung von Flächen/Räumlichkeiten zur Ausübung privater Geschäfte wie

- Standplätze für Marktstände (vgl. Bierlieferung für ein Volksfest , OLG München, 19.01.2012, Verg. 17/11),
- Grundstücksverkauf für den Bau und Betrieb eines Hotels (Anmerkung: Hier wäre eine Entgeltzahlung – obwohl als „Wirtschaftsförderung“ gelegentlich gewünscht – kommunalrechtlich nicht zulässig).

4. Vergabeverfahren außerhalb des Vergaberechts

Unterhalb des Schwellenwerts und bei Vergaben ohne Beschaffungscharakter bestehen weder Verfahrensregelungen noch eine Zuständigkeit der Vergabekammern - aber kein rechtsfreier Raum.

EUGH: Die europarechtlichen Prinzipien von Transparenz und Gleichbehandlung gelten auch unterhalb der Schwellenwerte, sofern nur die Möglichkeit besteht, dass ein EU-Ausländer anbieten könnte.

Die Gleichbehandlung ist auch verfassungsrechtlich geboten, die Überprüfung rechtsaufsichtlich, verwaltungsgerichtlich oder zivilgerichtlich ist möglich (wenn auch mit gewissen Hürden). Die Überlassung von Flächen für gewerbliche Zwecke kann ferner kartellrechtlich von Belang sein.

Beispiel Schilderträger im Landratsamt:

OVG NRW (21.09.2004, 14 B 1709/04):

Die Vermietung von Räumlichkeiten an gewerbliche Schilderträger im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle kann als wirtschaftliche Betätigung des Kreises durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, dem Bürger die Beschaffung amtlicher Kfz-Kennzeichen zu erleichtern.

Der Eingriff in den Markt muss **verhältnismäßig** sein, deshalb muss die Vermietung **befristet** (im Beispiel auf 4 Jahre) und **regelmäßig neu ausgeschrieben** werden. Ferner muss konkurrierenden Schilderträgern die Möglichkeit eingeräumt werden, im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle auf ihre Angebote hinzuweisen.

BGH (08.04.2003, Az.: KZR 39/99)

Ein marktbeherrschender Vermieter darf, um nicht gegen das Verbot unbilliger Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB zu verstoßen, in begrenzter Zahl zur Verfügung stehende Gewerbeflächen nur in einer Weise vermieten, die den Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des Mieters nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockiert.

Folgerung:

- Vergaben grundsätzlich ausschreiben (keine förmliche Ausschreibung, sondern Verhandlungen nach entsprechender Bekanntmachung, und sachlich nachvollziehbare Entscheidung),
- Verträge befristen.

Was kommt auf die Kommunen zu? Hinsichtlich der Dienstleistungskonzession nicht so viel Neues, eher mehr Klarheit.