

Laufzeiten und die Kündigung von Verträgen

Berlin, den 7. April 2017

Jung Rechtsanwälte



Wir sind eine auf Energie- und Vergaberecht spezialisierte Kanzlei mit Sitz in Frechen bei Köln.

Wir bieten unseren Mandanten auf der Grundlage langjähriger Erfahrung und hoher fachlicher Kompetenz eine maßgeschneiderte Beratung insbesondere

- im Zusammenhang mit der Vergabe von Strom-, Gas-, Wasser- und Fernwärmekonzessionen
- bei Rekommunalisierungsprojekten und Stadtwerkegründungen
- zu Fragen der öffentlichen Straßenbeleuchtung.

Außerdem begleiten wir Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte, vor allem in den Bereichen Energie und Infrastruktur, wie insbesondere

- kaufmännische und technische Betriebsführung von Strom-, Gas-, Wasser- und Fernwärmenetzen sowie Straßenbeleuchtung
- Energiebeschaffung
- ÖPNV-Ausschreibungen.





RAin Dr. Desiree Jung

☎ (02234) 99379-10

✉ d.jung@jung-rae.de

- geboren 1981 in Singapur
- 2000 – 2005 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln mit dem Schwerpunkt öffentliches Wirtschaftsrecht
- 2005 – 2007 Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität zu Köln
- 2006 – 2008 Rechtsreferendariat mit Stationen u. a. beim Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ)
- 2008 Zulassung als Rechtsanwältin
- 2010 Abschluss der Promotion im Bereich des Rechts der freien Berufe an der Universität Konstanz
- 2008 – 2011 Rechtsanwältin im Vergaberecht, Beihilfenrecht und Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs bei einer der „Big Four“ Wirtschaftsprüfungsgesellschaften
- 2011 – 2016 Rechtsanwältin und Partner Counsel im Vergabe- und Energierecht bei einer der führenden Energie- und Infrastrukturrechtskanzleien in Köln
- 2013 – 2015 Mitglied der Arbeitsgruppe zur Novellierung des § 46 EnWG beim Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen
- seit 2016 Fachanwältin für Vergaberecht
- seit 2017 Rechtsanwältin und Inhaberin der Kanzlei Jung Rechtsanwälte in Frechen
- umfangreiche Vortrags- und Publikationstätigkeit

Agenda

I. Laufzeiten

II. Kündigungsmöglichkeiten

Agenda

I. Laufzeiten

II. Kündigungsmöglichkeiten

Ausgangslage vor dem 18.04.2016 (1)

- Kein Verbot des Gemeinschaftsrechts für Abschluss von öffentlichen Aufträgen auf unbestimmte Dauer
 - so auch EuGH in der Rechtssache „presstext“ (Urt. v. 19.06.2008, C-454/06) mit Anmerkung in Rn. 73:

„[...] so ist darauf hinzuweisen, dass die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags an und für sich der Systematik und den Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd ist. Eine solche Praxis kann auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und die Anwendung der Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinien über die Öffentlichkeit der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verhindern.“

Ausgangslage vor dem 18.04.2016 (2)

- Eine Konzession, die einem einzigen Unternehmen eine Dienstleistung für eine Dauer von 20 Jahren vorbehält und eine Verlängerungsoption um weitere 20 Jahre vorsieht, **kann** den freien Dienstleistungsverkehr beschränken (EuGH, Urt. v. 09.03.2006, C-323/03)
- Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs nur:
 - durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses und
 - bei Verhältnismäßigkeit

Ausgangslage vor dem 18.04.2016 (3)

- Anders 2. VK Bund (Beschl. v. 08.04.2015, VK 2-21/15, Beschl. v. 09.04.2015, VK 2-19/15 und Beschl. v. 16.04.2015, VK 2-27/15; **aufgehoben durch OLG Düsseldorf**, Beschl. v. 16.12.2015, VII-Verg 25/15):
 - Der Abschluss unbefristeter Verträge sei vergaberechtlich aufgrund des Wettbewerbsgedankens nicht zulässig
 - so sei auf dem Briefdienstleistungsmarkt kein Argument ersichtlich, das einen Abschluss von Verträgen mit längerer Laufzeit als vier Jahren erlauben würde

Weitere Rechtsprechung

- EuGH, Urt. v. 25.03.2010, C-451/08, „Helmut Müller“: die Anmerkungen in Sachen „pressetext“ bestätigend.
- VK Arnsberg, Beschl. v. 21.02.2006, VK 29/05
„Da eine 30 jährige Laufzeit tragende Begründung nicht vorliegt, ist die Ausschreibung als wettbewerbswidrig als solche zu betrachten. Auf eine wettbewerbswidrige Ausschreibung können aber auch keine wettbewerbsgerechten Angebote erstellt werden. Die Ausschreibung ist daher aufzuheben.“

§ 3 KonzVgV zu Laufzeiten

Seit 18.04.2016: Zentrale Vorschrift des § 3 KonzVgV

„(1) Die Laufzeit von Konzessionen ist beschränkt. Der Konzessionsgeber schätzt die Laufzeit je nach den geforderten Bau- oder Dienstleistungen.

(2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren darf die Laufzeit nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann. Die dabei zugrunde zu legenden Investitionsaufwendungen umfassen sowohl die zu Anfang als auch die während der Laufzeit der Konzessionen vorzunehmenden Investitionen. In diesem Rahmen kann der Konzessionsgeber für bestimmte Konzessionstypen durchschnittliche Investitionsaufwendungen und durchschnittliche Renditen zugrunde legen, soweit es die Besonderheiten des jeweiligen Konzessionstyps rechtfertigen.“

Grundsatz: beschränkte Laufzeit

- Laufzeiten von Konzessionen sind gemäß § 3 Abs. 1 KonzVgV beschränkt!
- Hierzu Erwägungsgrund Nr. 52 der Richtlinie 2014/23/EU

„Die Laufzeit einer Konzession sollte begrenzt sein, damit der Markt nicht abgeschottet und der Wettbewerb nicht eingeschränkt wird. Konzessionen mit sehr langer Vertragslaufzeit führen zudem meist zur Abschottung des Marktes und behindern damit möglicherweise den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit.“

Praxisbeispiele

- Strom- und Gaskonzessionen: Höchstlaufzeit von 20 Jahren (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG)
- Wasserkonzessionen: i. d. R. Laufzeiten bis zu 30 Jahren (ggf. mehr)
- Spielbankkonzession in Baden-Baden: 15 Jahre
- Altkleiderkonzession: 5 Jahre
- Komplett-Wäscheversorgung: 5 Jahre

Laufzeitverlängerungen?

- Soweit Option nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB vereinbart ist, sind Laufzeitverlängerungsoptionen grundsätzlich zulässig
- Wie oft kann Verlängerungsoption vereinbart werden?

Agenda

I. Laufzeiten

II. Kündigungsmöglichkeiten

Überblick über Kündigungsmöglichkeiten

- Konzessionsvertraglich vereinbarte Kündigungsmöglichkeiten
 - z. B. Sonderkündigungsrechte
- Kündigung nach § 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund)
- Kündigung nach § 133 GWB i. V. m. §§ 153, 154 Nr. 4 GWB (Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen)

Kündigung in besonderen Fällen

§ 133 GWB

- Enthält Ausnahmen zur Kündigung wirksam geschlossener Verträge
- Unbefristete Kündigungsmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers zur Korrektur von Vergabeverstößen und damit Sicherstellung eines gesetzmäßigen Handelns der Verwaltung
- Einseitiges Kündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers
- Kündigung nur bei fortdauernden Rechten und Pflichten und nicht in Bezug auf bereits erbrachte Leistungen („Erfüllung“)

Wesentliche Änderung (1)

§ 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB: Kündigung bei wesentlicher Änderung, die ein neues Vergabeverfahren nach § 132 GWB erfordert hätte

- Möglichkeit zur Aufhebung von Verträgen, die im Rahmen einer „de-facto“-Vergabe durch Vertragsänderung geschlossen wurden
- Im Vergleich zu § 135 Abs. 2 GWB, der eine zeitliche Befristung für die Nachprüfung von „de-facto“-Vergaben vorsieht, ist die Kündigung durch den öffentlichen Auftraggeber zeitlich unbefristet

Wesentliche Änderung (2)

- Kündigungsverzichtsklausel als wesentliche Vertragsänderung?
- EuGH in der Rechtssache „pressetext“ (Rn. 80):
„Daraus folgt, dass unter Bedingungen wie denen des Ausgangsverfahrens die Vereinbarung einer Kündigungsverzichtsklausel für die Dauer von drei Jahren während der Laufzeit eines Dienstleistungsauftrags von unbestimmter Dauer keine neue Auftragsvergabe im Sinne der Richtlinie 92/50 darstellt.“

Zwingender Ausschlussgrund

§ 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB: Kündigung bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 123 Absatz 1 bis 4 GWB zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung

- Keine Kündigungsmöglichkeit für Ausschlussgründe, die *nach* Zuschlagsentscheidung entstehen
- Kein Vertrauensschutz für Auftragnehmer, die nach § 123 Abs. 1 bis 4 GWB vom Verfahren hätten ausgeschlossen werden müssen, wenn der Auftraggeber im Nachhinein hiervon Kenntnis erlangt
- Recht zur Anfechtung durch den öffentlichen Auftraggeber bleibt unberührt

Feststellung einer Vertragsverletzung

§ 133 Abs. 1 Nr. 3 GWB: Kündigung bei Feststellung einer Vertragsverletzung durch den EuGH

- Kündigung im Falle einer originären „de-facto“-Vergabe
- Kündigung erst nach Feststellung durch den EuGH möglich, nicht bereits während der Konsultationsphase oder des Gerichtsverfahrens

Rechtsfolgen

§ 133 Abs. 2 Satz 1 GWB: Grundsätzlich Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung der bisherigen Leistungen

- Ausnahme bei Kündigung wegen zwingendem Ausschlussgrund nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB (vgl. § 133 Abs. 2 Satz 2 GWB)
 - hier beschränkter Vergütungsanspruch, soweit Leistung des Auftragnehmers für den öffentlichen Auftraggeber infolge der Kündigung ohne Wert oder Vorteil

Schadensersatz

§ 133 Abs. 3 GWB: Klarstellung, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer Schadensersatz geltend machen können

- z. B. wenn öffentlichen Auftraggeber bei dem Zustandekommen eines vergabewidrigen Auftrages auch ein Verschulden trifft
- Auch Berücksichtigung von Mitverschulden der jeweiligen Vertragspartner

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Jung Rechtsanwälte

📍 Augustinusstraße 11c
50226 Frechen

☎ (02234) 99379-0

📠 (02234) 99379-19

✉ info@jung-rae.de

🌐 www.jung-rae.de

07.04.2017