

# Umgehungsverbote und Grenzen des Konzessionsrechtes



**Dr. Christian Braun  
Rechtsanwalt**

**Fachanwalt für Vergaberecht  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Lehrbeauftragter Freie Universität Berlin**

## § 14 Umgehungsverbot

### Unzulässige Ausgestaltung bei:

- Unzulässige Ausnahme vom Vergaberecht
- Unzulässige Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Unternehmen, Bauleistungen, Lieferungen, Dienstleistungen

### Offene Punkte

- Unzulässigkeit bei zulässiger Rechtsformwahl?
- Rechtlicher Prüfungsmaßstab des unbestimmten Begriffes der Unzulässigkeit
- Grenzen der freien Verfahrensgestaltung?
- Volle überprüfbare Entscheidung gem. § 97 Abs. 6 GWB?

## Zu § 14 (Umgehungsverbot)

- § 14 dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 Uabs. 2 RL 2014/23/EU
- Ist ein grundlegendes Umgehungsverbot
- Beachtung vollumfänglich gerichtlich überprüfbar
- § 14 betrifft die Konzeption des gesamten Verfahrens
- Ach Schwellenwertberechnung (extra in § 2 Abs. 2 KonzVgV)

## Art. 3 Abs. 1 Uabs. 2 RL 2014/23/EU

- Keine Konzeptionsabsicht
- Schätzung des Vertragswertes inkludiert
- Herausnahme vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie
- Unzulässige Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer, Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen

## Andere Umgehungsverbote

**§ 306 a BGB Abschnittsvorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden**

- Keine Absicht notwendig
- Ergebnis einer unwirksamen Regelung soll erreicht werden
- Gleiche Interessenlage vorhanden
- Andere rechtliche Gestaltung ausgedacht
- Kann nur Sinn haben, gesetzliches Verbot zu entgehen

**§ 12 BORA – Umgehung des Gegenanwalts**

- RA darf nicht ohne Einwilligung des anderen RA-Beteiligten mit diesem unmittelbar Verbindung aufnehmen, verhandeln
- Verbot gilt nicht bei Gefahr im Verzuge
- **Analyse des Gesetzeszwecks notwendig**
- **Abweichendes Verhalten feststellen**
- **Ergründung des Konzessionsgeberverhaltens erforderlich**

# Erlaubtes Verhalten – Keine Dienstleistungskonzession

- Schwellenwert nicht überschritten
- Verkaufsvorgang
- Kein entgeltlicher Vertrag – **Verwaltungsakt**
- Keine Betrauung – **kein Einkauf (z.B. Verkauf)**
- Keine Beschaffung – **schlichte Gewährung**
- Keine Risikoübernahme – **Dienstleistungs-, Rahmenvertrag**
- Soziale Auswahlverhältnisse
- Lizenzen für Wirtschaftsausübung
- Bloße Finanzierung (öffentliche Zuschüsse) einer Tätigkeit
- Sozialrechtliche Dreiecksverhältnisse
- Ö-R Nutzung öffentlicher Bereiche oder Ressourcen
- Wegerechtsgewährung Netz- oder Leitungsbereitstellungen



**Erlaubtes Verhalten ist keine Umgehung!**

# Ausnahmen §§ 107, 149 GWB

## Keine Dienstleistungskonzessionen

- Rechtsdienstleistungen
- Arbeitsverträge
- Schiedsgericht
- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen
- audiovisuelle Mediendienste, Hörfunkmediendienste
- Vergabe auf Grund ausschließlichen Rechts
- Wasserkonzessionen
- Lotteriedienstleistungen
- Luftverkehrsdienste
- Verteidigung, Sicherheit, AG-Sicherheitsinteressen
- Katastrophenschutz, Zivilschutz, Gefahrenabwehr (str.)
- Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit



**Erlaubtes Verhalten ist keine Umgehung!**

OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2017, I-27 U 25/17; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2010, OVG 1 S 107.10.

- **EuGH-Rspr., Grundfreiheiten gemeinsame Verfassungen der Mitgliedsstaaten, Konvention zum Schutz der Menschenrechte fordert einen effektiven und vollständigen Schutz gegen Willkür des öffentlichen AG**
- **Vollständiger Rechtsschutz verlangt, sämtliche Bieter vor Vertragsabschluss von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten**



**Verfahren ohne Vorinformation ist Umgehung !**

## EU-Information der EU v. 19.7.2016 Beihilfe, Rdn. 90 – 92, Verfahren muss

- wettbewerblich sein: alle interessierten, qualifizierten Bieter müssen teilnehmen können
- transparent sein: alle interessierten Bieter müssen in jeder Verfahrensphase in gleicher Weise ordentlich informiert sein
- hinreichend bekannt gemacht werden, alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können
- Diskriminierungsfreie Behandlung, Gleichbehandlung
- objektive, vorher mitgeteilte Auswahl-, Zuschlagskriterien
- eine objektive Angebotsbewertung ermöglichen durch Zuschlagskriterien

**Auch außervergaberechtliche Verfahren erfordern  
Grundprinzipien der Transparenz, Gleichbehandlung etc.  
Keine Umgehung bei Einhaltung von Grundprinzipien**





## VwV des Sächsischen Staatsministeriums des Innern über die Veräußerung kommunaler Grundstücke vom 13.4.2017

Verpflichtendes öffentliches Anbieten, ua:

- Veröffentlichung der Verkaufsangebote
- Eingang und Öffnung der Kaufangebote
- Prüfung der Kaufangebote
- Zuschlagserteilung nach vorherige Regelbekanntmachung
- Rechtsschutzgewährung durch ordentliche Gerichte



**Verfahren ohne Regeleinhaltung ist Umgehung!**

OVG Niedersachsen, Beschl. v. 12.11.2012 –13 ME 231/12

- Zeitlich und sachlicher Lückenschluss durch Konstruktion eines „Vergabeverwaltungsrechts“ in Gestalt eines geordneten verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahrens, in dem aus dem Vergaberecht entnommene Strukturen implementiert werden
- Durchführung des Auswahlverfahrens in Anlehnung Vergaberecht: Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung im Verfahren
- Überlagerung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes
- Bei Binnenmarktrelevanz (grenzüberschreitendem Interesse): Geltung der primärrechtlichen Grundregeln des AEUV



**Vergabeverwaltungsverfahren ist keine Umgehung!**

- **Wettbewerbliches Verfahren:** alle interessierten, qualifizierten Bieter können teilnehmen
- **Transparentes Verfahren:** in jeder Phase wird in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert
- **Transparenz durch Informationszugang,** ausreichend Zeit, Klarheit, bekanntgemachte Auswahl- und Zuschlagskriterien
- **Hinreichende Bekanntmachung,** damit alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können
- Interessante Rechte, Nutzungsmöglichkeiten mit hohem Wert oder andere Merkmale, vorherige **Ausschreibungspflicht**
- **Diskriminierungsfreie Behandlung** aller Bieter
- **Zuschlagskriterien** ermöglichen Vergleich, **objektive Bewertung**



**Jedes Verfahren ohne Leitlinien ist Umgehung !**

- Konzessionsrecht hat Grenzen aber
- Grundprinzipien sind universell
- Kein kontingentiertes Recht wird leitlinienfrei vergeben
- **Transparenz, vorheriger Informationszugang, Bekanntmachung, Gleichbehandlung, Objektivität / Sachgerechtigkeit und auch Wettbewerb**
- **Verteilungsverwaltungsverfahren ist ein eigenständiges Rechtsgebiet, welches das Konzessionsrecht inkludiert**



Fragen?

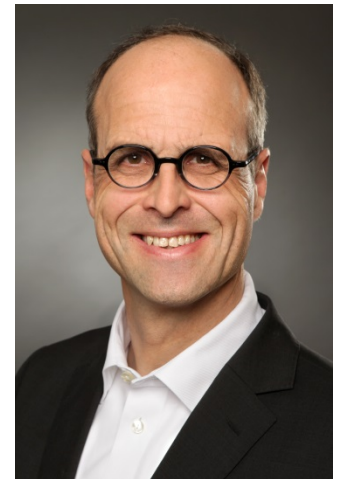
[www.braun-zwetkow.de](http://www.braun-zwetkow.de)

braunundzwetkow

R E C H T S A N W Ä L T E

Martin-Luther-Ring 12  
04109 Leipzig

Telefon: (0341) 224798-0  
Telefax: (0341) 224798-11



DIE VERGABERECHTSSPEZIALISTEN IN LEIPZIG