



Bundesverwaltungsgericht

Öffentliches Interesse und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge

Berliner Konzessionsrechtstage
8. und 9. März 2018



Übersicht

- I. **Begriff der Daseinsvorsorge**
- II. **Vergaberecht, Struktur des Vergabeverfahrens und Vergleichbarkeit mit anderen Verteilungsentscheidungen der Verwaltung**
- III. **Rechtswegfragen**
- IV. **Öffentliche Interessen und vergabefremde Kriterien**

Begriff der Daseinsvorsorge

Versorgung der Bevölkerung mit wichtigen Lebensgrundlagen durch den Staat und die Kommunen, zum Beispiel:

- **Örtliche Energieversorgung**
- **Wasserversorgung**
- **Abfallbeseitigung**
- **Theater**
- **Büchereien**

Begriff der Daseinsvorsorge

Gründe und Ziele der staatlichen Leistungsbereitstellung:

- Versorgungssicherheit**
- Sicherstellung einer flächendeckenden Leistungserbringung**
- Sicherstellung eines gleichberechtigten Zugangs**
- Gewährleistung einer gewissen Qualität**
- Bezahlbarkeit**

Daseinsvorsorge und Konzessionen

Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen durch Dritte im Wege der Vergabe von Konzessionen möglich

Wesentliche Merkmale von Konzessionen:

- 1. Gegenleistung für die Betrauung mit der Konzession = das Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. zur Verwertung der Dienstleistungen oder dieses Recht zzgl. einer Zahlung**
- 2. Übergang des Betriebsrisikos für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer**

Konzessionsvergaberecht

**Konzessionsvergabe oberhalb der Schwellenwerte
inzwischen im GWB geregelt:**

§§ 105, 148 ff. GWB

**In manchen Bereichen Sonderregeln, z.B. für
Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG**

**Zunehmende Verrechtlichung auch im Bereich der
Daseinsvorsorge**

Struktur des Vergabeverfahrens

1. Stufe: Auswahlverfahren und -entscheidung

- haushaltsrechtliche, grundrechtliche und vergaberechtliche Bindungen
- Rechtsschutz für die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auf der Auswahlebene:
Verwaltungsgerichte
Ausnahme: Sonderzuweisungen,
Beispiel: im Anwendungsbereich des GWB aufgrund §§ 155, 171 GWB
Vergabekammern und ordentliche Gerichte zuständig

2. Stufe: Umsetzung der Auswahlentscheidung

- Häufig privatrechtlich
- Rechtsschutz: ordentliche Gerichte (soweit Umsetzung durch privatrechtlichen Vertrag)

Rechtsweg: Zersplitterung der Judikatur

Problem:

Kontrolle von Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Hand obliegt Gerichten verschiedener Rechtswege

Mögliche Lösung:

Einheitliche Zuweisung strukturell vergleichbarer Verteilungsentscheidungen der Verwaltung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit

Rechtsweg: Verengung des Blickwinkels?

Zuweisung zu den Zivilgerichten Ausdruck eines Vergaberechtsverständnisses, das öffentliche (Gemeinwohl-) Aspekte nur oder in erster Linie als Fremdkörper auffasst (Stichwort „vergabefremde Kriterien“)?

Aber: Berücksichtigung „vergabefremder“ Kriterien ausdrücklich im GWB vorgesehen, zum Beispiel:

- § 97 Abs. 3 GWB i.V.m. § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, § 152 Abs. 3 Satz 3 GWB (qualitative, soziale und umweltbezogene Aspekte)
- § 97 Abs. 4 GWB (mittelständische Interessen)

Vergabefremde Kriterien

- **vom EuGH schon lange anerkannt**

(z.B. Entscheidungen vom 20. September 1988 – C-31/87 – Beentjes; vom 17. September 2002 – C-513/99 – Concordia Bus Finland; Urteil vom 4. Dezember 2003 – C-448/01 – EVN AG, Wienstrom GmbH)

- **im Anwendungsbereich des GWB gesetzlich zugelassen**

(vgl. nur § 97 Abs. 3 und 4 GWB)

- **Berücksichtigung grundsätzlich auf allen Stufen des Vergabeverfahrens denkbar,**

insbesondere – je nach Art des Kriteriums – in der Leistungsbeschreibung (z.B. technische Spezifikationen), auf der Zuschlagsebene (§ 127 Abs. 1 Satz 4, § 152 Abs. 3 Satz 3 GWB) oder als Ausführungsbedingungen (§ 128 Abs. 2 GWB, ggf. i.V.m. § 152 Abs. 4 GWB)



Bundesverwaltungsgericht

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Robert Keller
Richter am Bundesverwaltungsgericht
Simsonplatz 1
04107 Leipzig