

# Die Konzession im Kontext des europäischen Vergaberechts

Vortrag von Univ.-Prof. Dr. Thorsten Siegel  
auf den Berliner Konzessionsrechtstagen  
am 28. April 2016

# I. Bisherige Rechtslage

## 1. Rechtsgrundlagen

- => geringe Regelungsdichte im Sekundärrecht
- => insbesondere Dienstleistungskonzessionen
- => Gründe für die geringe Regelungsdichte
- => Folge: besondere Relevanz der Grundfreiheiten

## 2. Ableitungen aus den Grundfreiheiten

- => Herausbildung von Rechtsgrundsätzen durch den EuGH
- => Transparenz, Gleichbehandlung, Rechtsschutz
- => Grundsatzentscheidungen des EuGH: „Telaustria“ und „Parking Brixen“
- => Auslegung dieser Grundsätze
- => Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs
- => weite oder enge Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs?

## II. Entstehung der neuen Konzessions-RL 2014/23/EU (KVR)

- => primäre Motivation: Rechtssicherheit (Erwägungsgrund 1 KVR)
- => Folge: Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH (Erwägungsgrund 4 KVR)
- => besonders umstritten: Ausnahmen vom Anwendungsbereich
- => insbesondere: Wasserwirtschaft und Rettungsdienste
- => Aufnahme als „Privatisierungsimpuls“
- => Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 28. März 2014
- => Umsetzungsfrist: 18. April 2016
- => Systematik der neuen Richtlinientrias

## III. Begriff der Konzession

### 1. Bisherige Rechtslage

- => Definition in Art. 1 Abs. 3 und 4 RL 2004/18/EG
- => Konkretisierung und Auslegung durch den EuGH
- => Betriebsrisiko als „Schlüsselmerkmal“

### 2. Neue Rechtslage

- => Regelung in Art. 5 Nr. 1 KVR
- => Konkretisierung in den Erwägungsgründen 11 bis 17 KVR
- => Bedeutung der Erwägungsgründe

### 3. Betriebsrisiko als altes und neues „Schlüsselmerkmal“

- => Konzession nur bei „überwiegendem“ Betriebsrisiko
- => Konkretisierung in den Erwägungsgründen 18-20
- => „bestimmte wirtschaftliche Freiheit“ (EuGH, NJW 2009, S. 2427, 2430 – AOK)
- => „wesentlicher Teil des Risikos“ (EuGH, NZBau 2011, S. 239, 243 – Stadler)

## IV. Anwendungsbereich

### 1. Schwellenwerte

- => Regelung in Art. 8 Abs. 1 KVR
- => Anpassung durch VO EU) 2015/2172
- => Höhe: 5.225.000 € (einheitlich)
- => Berechnung nach Art. 8 Abs. 2 bis 6 KVR

### 2. (Keine) Ausnahmen

- => „Ausnahmen“ nach den Erwägungsgründen 11 bis 17 KVR
- => Wasserwirtschaft: Art. 12 KVR (aber: Evaluierung nach Art. 53 KVR)
- => Rettungsdienste: Art. 10 Abs. 8 lit. g KVR

### 3. Arten der Konzessionen

- => Gleichbehandlung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen
- => besondere Behandlung bestimmter Konzessionen
- => Beispiel: soziale Dienstleistungen (Art. 19 KVR)

## V. Vergabeverfahren

### 1. Vergabeverfahrensarten

- => Verfahrensarten nach Art. 26 ff. der RL 2014/24/EU (VKR)
- => Wahl des statthaften Verfahrens im Einzelfall
- => K-RL: Regelung in Art. 30 Abs. 1 KVR
- => Grundsatz der „freien“ Gestaltung

### 2. Anforderungen an das Verfahren

- => Einschränkung der „freien“ Gestaltung (Art. 30 Abs. 1 KVR)
- => Orientierung an der Rechtsprechung des EuGH
- => insbesondere: Bekanntmachung nach Art. 31 KVR
- => insbesondere Verfahrensgarantien nach Art. 37 KVR
- => Grundsatz der Formwahlfreiheit (Art. 29 KVR)

## VI. Weitere wichtige Regelungsgehalte

### 1. Vergabeentscheidung

- => Zuschlagskriterien nach Art. 67 der RL 2014/24/EU (VKR)
- => EuGH, EuZW 2012, S. 592 ff. („Max Havelaar“)
- => Zuschlagskriterien nach Art. 41 KVR
- => Öffnung für „vergabefremde“ Zwecke (Erwägungsgrund 64 KVR)

### 2. Rechtsschutz

- => Art. 46 ff. KVR: Angleichung der Rechtsschutzmöglichkeiten
- => Rechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs der KVR

### 3. Sonstige bedeutsame Regelungen

- => Regelung der Laufzeit in Art. 18 KVR
- => Regelung der In-House-Geschäfte/In-State-Geschäfte in Art. 17 KVR

## VII. Zusammenfassung

### 1. Vergleich mit der bisherigen Rechtslage bei Konzession

- => erhebliche Erhöhung der Regelungsdichte
- => in vielen Bereichen Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH
- => Ausnahmen insbesondere beim Rechtsschutz

### 2. Vergleich mit der VKR 2014/24/EU

- => Grundsatz: immer noch „Vergaberecht light“
- => Ausnahmen von diesem Grundsatz

### 3. Umsetzung

- => §§ 148 ff. GWB iVm KonzVgV
- => Offenheit der Richtlinie durch die Grundsätze nach Art. 3 K-RL