

Dienstleistungskonzessionen in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Reinhard Wilke
OVG / OLG Schleswig

Themenübersicht

- Die neue Rechtslage
- Dienstleistung + Konzession: worum geht es ?
- Rechtsweg
- Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte
(Fallgruppen)
- Vergaberecht und Beleihung
- Ist die VwGO „vergaberechtstauglich“ ?

Die neue Rechtslage

Art. 8 Abs. 1 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU:
anwendbar für Konzessionen mit einem Vertragswert von mehr als 5.186.000 €



umgesetzt im GWB 2016:

- ▶ § 105 I Nr. 2, II GWB: Definition Dienstleistungskonzession
- ▶ § 106 II Nr. 4 GWB: Schwellenwert gem. Art. 8 RL 2014/23/EU
- ▶ (§ 107 I Nr. 4 GWB: *Ausnahmebereich Katastrophenschutz etc.*)
- ▶ §§ 148, 151-154 GWB: Vergabeverfahren
- ▶ §§ 155 ff., §§ 171 ff. GWB: Nachprüfungs-, Beschwerdeverfahren (auch) für Konzessionen

3

Die neue Rechtslage

Definition „Dienstleistungskonzession“ (Art. 5 Nr. 1b RL 2014/23/EU):

- entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag
- mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber
- einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer
- mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betraut ..., wobei
- die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

plus

- Übergang des Betriebsrisikos für die Verwertung der Dienstleistungenauf den Konzessionsnehmer, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann.

4

Dienstleistung + Konzession – worum geht es ?

- Vertragsinhalt = Dienstleistung; negativ definiert = Leistungen, die keine Bauleistungen und auch keine Lieferungen umfassen.
- (bei Vertragsinhalt „Lieferung“ – auch „Lieferkonzession“ möglich)
- Konzession =
[aus lat. concessio = Einräumung, Bewilligung] =
 - Recht zur Erbringung der Dienstleistungen (insoweit wie „normaler“ Dienstvertrag) und
 - Recht zur Verwertung der Dienstleistungen

5

Dienstleistung + Konzession – worum geht es ?

- Eine Konzession liegt danach nur vor, wenn der Vertragspartner das Recht zur Verwertung der erbrachten Dienstleistung nicht bereits aus eigenem Recht hat;
- Das „werthaltige“ Element der Dienstleistungskonzession ist die Übertragung des Rechts zur Verwertung der Dienstleistung (das ohne Übertragung dem Auftraggeber zustünde)
- *Liegt in dieser Übertragung ein öffentlich-rechtliches Element ?*

6

Rechtsweg

- Streitigkeiten um die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen oberhalb des Schwellenwerts sind von den Vergabenachprüfungsinstanzen zu entscheiden.
- In Übereinstimmung mit den neuen EU-Richtlinien – besteht eine exklusive Zuweisung zum sog. „Vergaberechtsweg“.
- Darin liegt zugleich eine „abdrängende“ Rechtswegzuweisung i. S. d. § 40 Abs. 1 VwGO .

(vgl. bereits OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2011, VII-Verg 48/10, NZBau 2011, 244; bei Juris Rn. 36-47.).

7

Rechtsweg

- Die Zuweisung zum Vergaberechtsweg wird durch die (etwaige) öffentlich-rechtliche Natur der Verträge zwischen Vertragsparteien nicht in Frage gestellt.
- Auch öffentlich-rechtliche Verträge sind dann, wenn sie einen Wert oberhalb der sog. Schwellenwerte betreffen, dem Vergaberechtsweg „exklusiv“ zugewiesen.
- Der bisherige Streit zum Rechtsweg bei Vergabestreitigkeiten über Dienstleistungskonzessionen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.11.2014, 15 Verg 10/14, Juris; VG Bayreuth, Urt. v. 11.12.2012, B 1 K 12.445, Juris Rn. 81) ist für „oberschwellige“ Vergaben hinfällig.

8

Rechtsweg

Für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs besteht aufgrund der Sonderrechtszuweisung in § 8a Abs. 7 PBefG* (und nach Art. 5 Abs. 2-5 der EU-VO 1370/2007) sowohl für den Ober- als auch für den Unterschwellenbereich eine Sonderrechtszuweisung in den Vergaberechtsweg

(VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17.11.2014, VK 1-28/14)

* (7) Die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages nach Artikel 5 Absatz 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen unterliegt der Nachprüfung nach Teil 4 Kapitel 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. ...

9

Rechtsweg

- Es bleibt die Frage, in welchem Rechtsweg über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich zu entscheiden ist.
- Die Frage bleibt in Anbetracht des hohen Schwellenwerts (5.186.000 €) von erheblicher praktischer Relevanz.



- Die Grundsatzentscheidung des BGH vom 23.01.2012 – X ZB 5/11 bleibt insoweit maßgeblich:

NZBau 2012, 248

10


Rechtsweg

BGH NZBau 2012, 248

- Welcher Rechtsweg für Streitigkeiten aus der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eröffnet ist, ergibt sich aus denselben Grundsätzen, die für die Bestimmung des Rechtswegs bei Streitigkeiten aus der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem die Schwellenwerte der Vergabeverordnung unterschreitenden Volumen gelten.
- Für die Überprüfung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession sind die ordentlichen Gerichte zuständig, wenn die Vergabe durch privatrechtlichen Vertrag erfolgt.
- Erfolgt die Vergabe hingegen in den Formen des öffentlichen Rechts, gehört der Rechtsstreit vor die Verwaltungsgerichte.
- *(zu ergänzen wäre: im SGB-Bereich können auch die Sozialgerichte zuständig sein)*

11

Rechtsweg

- Die Rechtswegfrage stellt sich nur, wenn es um die Vergabe eines Auftrags geht.
- Davon zu unterscheiden ist die Erteilung einer Genehmigung, die Voraussetzung einer Leistungserbringung „im eigenen Namen“ an beliebige Dritte ist, wie es z. B. der Fall ist bei
 - Taxikonzessionen (§ 13 Abs. 5 PBefG; vgl. OVG Münster, Beschl. v. 03.09.2015, 13 B 655/15 [juris]) und Linienverkehrsgenehmigungen; (OVG Koblenz GewArch 2015, 378)
 - Anerkennung von Jugendhilfeträgern;
 - Zulassung von Untersuchungsstellen (z. B. nach § 42 I LFBG)*u. a. m.*
- Bei derartigen „Genehmigungswettbewerben“ liegt kein Beschaffungsvorgang i.S. des Vergaberechts vor (OLG Naumburg, VergabeR 2014, 480 ff.). 

12

Rechtsweg

- Im Rettungsdienstbereich kann – durch Landesrecht begründet – eine dem Genehmigungswettbewerb vergleichbare Lage entstehen, wenn die Unternehmen vor einer Auftragsbewerbung zunächst eine Genehmigung zur Leistungserbringung erlangen müssen.
- Diese Annahme lag den Entscheidungen des VG Magdeburg (Urt. v. 22.03.2010, 1 A 363/08 MD) und des OVG Magdeburg (Urt. v. 22.02.2012, 3 L 259/10) zugrunde.

These:

Die Erteilung der Genehmigung darf nicht von einer Bedarfsprüfung abhängig gemacht werden, da sie den Marktzugang eröffnet und allein der präventiven (Vorab-)Kontrolle öffentlich-rechtlich geforderter Anforderungen an die Leistungserbringung dient.

13

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppen

Die bisherige Verwaltungsrechtsprechung hat sich bisher zu folgenden Fallgruppen mit vergaberechtlichen Fragen zu Dienstleistungskonzessionen beschäftigt:

- (1) Sportwetten, Glücksspielkonzessionen
- (2) Straßenrecht
 - (2.1) Sondernutzungen
 - (2.2) Wertstoffsammlungen
 - (2.3) Werbenutzung auf öffentlichen Straßen
- (3) Wochen-, Weihnachtsmärkte
- (4) Flughafendienste
- (5) Ver-/Entsorgung
- (6) Betrieb öffentlicher Einrichtungen
- (7) Rettungsdienste
- (8) Sozialrechtliche Leistungserbringung
- (9) „Sonstiges“

14

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppen

Die Fallgruppen werden daraufhin zu untersuchen sein, inwieweit sie

- Probleme eines „Verwaltungsvergabeverfahrens“ betreffen, die keinen (direkten) Beschaffungsbezug haben oder
- „echte“ Vergaben von Liefer-/Dienstleistungskonzessionen betreffen;
- (fortgeltende) Aussagen zum (Verwaltungs-) Rechtsweg enthalten;
- zu vergaberechtlichen Anforderungen Stellung nehmen.

15

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 1 – Sportwetten, Glücksspielrecht

- Dienstleistungskonzessionen für Lotteriedienste sowie Glücksspieldienste auf der Grundlage von Genehmigungen oder Lizenzen unterliegen nicht der Konzessionsvergaberichtlinie.
- In Deutschland werden auf der Grundlage des § 10a III GlStV bis zu 20 Konzessionen für Sportwetten vergeben.
- Das Regulierungsermessen muss die EU-Grundfreiheiten und den Grundsatz der Gleichbehandlung beachten. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten ist grds. möglich (*Hertwig NZBau 2016, 152*).
- Die (bisherige) Rechtsprechung betrifft Fragen eines transparenten Vergabeverfahrens und der Rechtmäßigkeit des Auswahlermessens bei der Vergabe von Glücksspielkonzessionen.

16

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 1 – Sportwetten, Glücksspielrecht

aktuelle Rechtsprechung:

- (1) VGH Kassel NZBau 2016, 111
- (2) OVG Berlin-Brandenburg NZBau 2015, 580
- (3) EuGH NZBau 2015, 436 (Stanley Betting)

- (1) zum zweistufigen „Verwaltungsvergabeverfahren“ und zur Missachtung des Transparenzgebots infolge unzutreffend angegebener und gewichteter Auswahlkriterien
- (2) Zum Transparenzgebot, insbesondere zu den (veröffentlichten) Auswahlkriterien
- (3) Zum Gleichbehandlungsgrundsatz, insbesondere zur Verkürzung der Laufzeit (neuer) Glücksspielkonzessionen

Die Entscheidungen sprechen – auch – vergaberechtlich geltende Grundsätze an, sind aber ansonsten für Dienstleistungskonzessionen mit Beschaffungscharakter nicht ergiebig.

17

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.1 Sondernutzungen

- Eine Sondernutzungserlaubnis ist kein „drittbezogener“ Verwaltungsakt.
- Eine Sondernutzungserlaubnis vermittelt auch in Bezug auf einen konkurrierenden Sondernutzungsbewerber keinen Drittschutz.
(vgl. VGH München GewArch 2008, 370 VGH München GewArch 2010, 420 ff.; bestätigt durch BVerwG, B. v. 20.04.2010, 3 B 80.98 – Juris -)
- Straßenrechtliche Sondernutzungen werden im Einzelfall genehmigt. Etwaige Versagungsgründe müssen (rein) „straßenorientiert“ sein.

18

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.1 Sondernutzungen

- Grundsatz: kein „Outsourcing“ der Erlaubniserteilung
 → » Durch einen Werbenutzungsvertrag dürfen einer Werbeträgerfirma öffentlich-rechtliche Sondernutzungsrechte für die Aufstellung von Werbeanlagen in einem Gemeindegebiet **nicht pauschal** übertragen werden. Ein entsprechender (öffentlich-rechtlicher) Vertrag verstößt gegen das den Art. 18 ff. StrWG BY zu entnehmende Verbot, eine Sondernutzung nur unter Würdigung der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu erlauben, und ist nichtig.« *VGH München, DVBl. 2009, 735 [Ls.]* – zur monopolartigen Vergabe von Werbenutzungsverträgen durch die Augsburg AG
- Die Praxis scheint hier (verbreitet) andere Wege zu gehen ...
- Bei der Entscheidung über „konkurrierende“ Sondernutzungen hat die Behörde ein „Auswahl- und Verteilungsermessen“ auszuüben (*BVerwG NVwZ 1984, 585; VGH Mannheim NVwZ-RR 2014, 539*)

19

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.2 Wertstoffsammlungen

- Häufiges Praxisproblem: Entscheidung über die Aufstellung von Altkleider-/Wertstoff-Sammelcontainern = erlaubnispflichtige Sondernutzung
- Typisch verwaltungsrechtliche Probleme
 - Beteiligung des Gemeinderats oder Geschäft der laufenden Verwaltung? (s. *OVG Lüneburg, DVBl. 2013, 454 ff*)
 - gemeindeweites „Konzept“ (zu sog. „Wertstoffinseln“ s. *OVG Lüneburg KommJur 2015, 222*)
- Vergaberechtlicher „Einschlag“
 - Berufsfreiheit abgelehnter Bewerber (*VG Braunschweig 6 A 322/13*)
 - Das OVG Lüneburg *neigt* dazu, in der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für Alttextilcontainer zugleich eine Dienstleistungskonzession zu sehen : ...

20

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.2 Wertstoffsammlungen

OVG Lüneburg, KommJur 2015, 222/226-227:

- Einiges spricht dafür, dass es sich hier um eine Dienstleistungskonzession handelt, Mit der Sondernutzungserlaubnis erteilt die Bekl. das Recht, den öffentlichen Straßenraum für die Aufstellung der Alttextilcontainer zu nutzen. Die Nutzung geschieht auf eigenes wirtschaftliches Risiko des Erlaubnisinhabers, der den schwankenden Preisen am Alttextilmarkt ausgesetzt ist. Die Bekl. leistet keine Zahlungen an den Erlaubnisinhaber, im Gegenteil, der Erlaubnisinhaber hat für die Sondernutzungserlaubnis eine Gebühr zu entrichten. Diese Konstellation entspricht den oben beschriebenen Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession. ...
- Bei einer Einordnung der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis als Dienstleistungskonzession sind insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz anzuwenden Selbst wenn man nicht zu dem Ergebnis kommen würde, dass eine Dienstleistungskonzession vorliegt, bliebe auch dann eine Bindung an die genannten Prinzipien bei der Ermessensausübung nach § 18 I NStrG. Für eine grundrechtssichernde Verfahrensgestaltung müssen die Entscheidungskriterien danach so rechtzeitig bekanntgegeben werden, dass sich potenzielle Antragsteller darauf einstellen können.

21

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.3 Werbenutzung im öffentlichen Straßenraum

- Soweit Werbung Straßengrund in Anspruch nimmt, bedarf es – für den Werbeträger – einer Sondernutzungserlaubnis
 - Die Gemeinde kann einem Unternehmen ein ausschließliches Sondernutzungsrecht für Werbemaßnahmen im öffentlichen Raum einräumen. (VGH Mannheim, Urt. v. 01.10.2004 – 5 S 1012/03 –, juris)
 - Das Werberecht ist – unabhängig davon – eine zivilrechtliche Verwertung der (erlaubten) Sondernutzung.
- ↓
- *Streitigkeiten aus einem Vertrag, durch den eine Gemeinde ihre auf öffentlichem Grund zur Verfügung stehenden Werbeflächen vermarktet, unterliegen gemäß § 13 GVG der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, wenn in dem Vertrag nicht pauschal eine unbestimmte Anzahl von Sondernutzungserlaubnissen nach öffentlichem Recht gewährt werden. (OVG Bremen MDR 2015, 197)*
 - *Eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft unterliegt dem Kartellrecht, wenn sie im Rahmen eines Werberechtsvertrags einem Unternehmen gegen Zahlung eines umsatzabhängigen Entgelts das ausschließliche Recht zur Werbung mit Werbeträgern auf Staatsgrund einräumt. (OLG Hamburg, NordÖR 2012, 40)*

22

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.3 Werbenutzung im öffentlichen Straßenraum

- Es kann straßenrechtlich unbedenklich sein, wenn die Gemeinde in einem Werbenutzungsvertrag dem Unternehmen nicht nur die Berechtigung (Sondernutzungserlaubnis) erteilt, sondern auch die Verpflichtung auferlegt, Werbemedien zu errichten, und zugleich die Verwendung einer bestimmten Produktlinie und Designlinie des Werbemobiliars vereinbart, die ihren stadtgestalterischen Vorstellungen am besten Rechnung trägt. (VGH Mannheim, Urteil vom 01.10.2004 – 5 S 1012/03 –, juris)
- Eine Erlaubnis für eine Sondernutzung, die gegen ein in einer Dienstleistungskonzession erteiltes exklusives Werbenutzungsrecht auf öffentlichen Flächen verstößt, darf abgelehnt werden (VG Bremen, 1 K 480/11 – juris).

23

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.3 Werbenutzung im öffentlichen Straßenraum



„Stadtmöblierung Mainz“

Die Stadt Mainz hatte 2010 mit A einen Vertrag geschlossen, wonach A „Stadtmöbel“ (= Buswartehäuschen, Toiletten u. a.) liefert, wartet und reinigt und sie dafür zu Werbezwecken nutzen durfte. Für die Jahre 2011 ff. sollte wieder A beauftragt werden. Das ärgerte den Konkurrenten B.

Das VG Mainz hat dies gestoppt:

Erforderlich sei ein Vergabeverfahren mit klaren Kriterien und fairer Vergabeentscheidung. Es gehe um eine sog. Dienstleistungskonzession.

– VG Mainz NZBau 2011, 60 ff. –

24

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 2 – Straßenrecht

2.3 Werbenutzung im öffentlichen Straßenraum

These:

- Eine *allgemeine* Ausschreibung der Nutzung öffentlicher (städtischer) Gebäude oder Grundflächen zu Werbezwecken entspricht einem haushaltsrechtlichen Bieterverfahren zur (bestmöglichen) Verwertung des kommunalen Vermögens; sie unterliegt damit nicht dem Vergaberecht (vgl. BGH NZBau 2008, 407).
- (a. A.: „ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzession“ -- > Vergabekammer Südbayern BeckRS 2001, 30083)
- Etwas anderes gilt, wenn die Gemeinde – wie im Fall VG Mainz – etwas beschafft (Lieferung, Dienstleistung) und *dafür* die Konzession zur Verwertung bei Dritten erteilt.

25

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 3 – Wochen-, Weihnachtsmärkte

Die Übertragung der Durchführung von Wochenmärkten auf einen privaten Betreiber unterliegt dem Vergaberecht (OLG Naumburg, B. v. 4.12.2001, 1 Verg 10/01).

OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2011, 293:

- Eine Gemeinde darf die Durchführung eines Wochenmarktes durch einen eigenverantwortlich agierenden privaten Marktveranstalter initiieren (Dienstleistungskonzession).
- Zur Ermittlung des am besten geeigneten Veranstalters *kann* ein öffentlich-rechtlich ausgestaltetes Ausschreibungs- oder Interessenbekundungsverfahren durchgeführt werden, das den Bewerbern (Interessenten) einen Anspruch auf transparente und gleichmäßige Behandlung vermittelt.
- Ein effektiver Primärrechtsschutz gebietet es, mindestens zwei Wochen nach Information der Bewerber über den Ausgang des Auswahlverfahrens abzuwarten, ehe mit dem ausgewählten Bewerber der Vertrag abgeschlossen wird.

26

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 3 – Wochen-, Weihnachtsmärkte

Für eine Dienstleistungskonzession (mit Ausschreibungspflicht) ebenfalls:

- VG Köln NVwZ-RR 2009, 327
- VG Hamburg GewArch 2013, 121
- zur Auswahl eines sogenannten Generalpächters für die Organisation und Durchführung eines gemeindlichen Jahrmarkts, s. VG Gießen, GewArch 2014, 308

(Streitigkeiten um die Vergabe einzelner Standplätze auf einem Markt werden anhand einer Kontrolle des „Auswahl- und Verteilungsermessens“ entschieden.)

27

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 4 – Flughafendienste

- Gem. § 7 I der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung (BADV) muss ein Flugplatzunternehmer die Vergabe von Dienstleistungen im Amtsblatt der EU ausschreiben (s. dazu VGH Kassel DÖV 2015, 390 = BeckRS 2015, 41177).
- Die Ausschreibungspflicht gilt auch im Fall der Vergabe in Form einer Dienstleistungskonzession.

28

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 4 – Flughafendienste

- Ob Gleiches für Fluglotsen gilt, die gem. § 31b Abs. 1 Satz 2 LuftVG beauftragt werden, ist fraglich. Dazu OVG Münster (BeckRS 2004, 26044):
- „Das Auswahlermessen [betrifft] ... die Entscheidung, ... welche von mehreren geeigneten Personen an einem bestimmten Flugplatz beauftragt werden soll. Im Zusammenhang dieser Auswahlentscheidung, die auf eine Beleihung gerichtet ist, besteht kein Anspruch auf Beauftragung, sondern nach dem Rechtsgedanken des Art. 33 Abs. 2 GG, der hier jedenfalls sinngemäß heranzuziehen sein dürfte, nur ein Recht auf (chancen-)gleichen Zugang. Der Vortrag des Antragstellers ergibt ... nichts dafür, dass das personenbezogene Auswahlermessen auf die Beauftragung des Antragstellers als die rechtlich einzig zulängliche Möglichkeit geschrumpft ist.“

29

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 5 – Ver-, Entsorgung

- Soweit ein Unternehmen mit Ver- oder Entsorgungsaufgaben beauftragt und dem Recht der Erhebung von Entgelten von Dritten ausgestattet wird, liegt eine Dienstleistungskonzession vor.
- Grundsatzentscheidung dazu (zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung: EuGH EuZW 2009, 810 [„WAZV Gotha“])
- (vgl. bereits Bohne/Heinbuch NVwZ 2006, 489)
- (Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Konzessionierung [Beleihung] des Auftragnehmers mit der Entgelterhebung [landesrechtlich] zulässig ist.)

30

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 6 – Betrieb öffentlicher Einrichtungen

Betreiberverträge mit dem Recht der Entgelterhebung von Dritten können auch in anderen Bereichen (öffentlich-rechtliche) Dienstleistungskonzessionen enthalten:

- Betrieb einer Kindertagesstätte
- Betrieb einer Leichenhalle (VG Münster BeckRS 2007, 22786) oder eines Krematoriums (VG Aachen BeckRS 2006, 25991)
- Betrieb von Parkflächen - „klassischer Fall“ = Parking Brixen: Vergabe des Betriebs eines gebührenpflichtigen öffentlichen Parkplatzes durch eine öffentliche Stelle an einen Dienstleistungserbringer, der als Entgelt für diese Tätigkeit die von Dritten für die Benutzung dieses Parkplatzes entrichteten Beträge erhält
EuGH NVwZ 2005, 1407

31

Bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 6 – Betrieb öffentlicher Einrichtungen

Zur Verpachtung eines gemeindlichen Grundstücks mit der Verpflichtung, öffentliche Parkeinrichtungen zu betreiben:

- Vertragsinhalt ist (auch) eine Dienstleistungskonzession.
- Entscheidend für die öffentlich-rechtliche Natur des Konzessionsvertrages ist, dass damit die öffentliche Aufgabe der Bereitstellung von Parkraum funktional, also allein in ihrer Erfüllung, privatisiert wird. Mit der Vergabe der Konzession steht die zentrale Regulierungsaufgabe der Auswahl des die Aufgabe erfüllenden Kooperationspartners in Rede. Diese ist öffentlich-rechtlicher Natur.
- Für Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Bieter und einer Gemeinde um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.
- Die schriftliche Anzeige einer beabsichtigten Vergabe gegenüber dem Verwaltungsgericht ist erforderlich, um zu verhindern, dass der gerichtlichen Entscheidung durch eine kaum noch rückgängig zu machende Vergabe der Boden entzogen wird.

OVG Münster NVwZ 2006, 1083

32

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 7 – Rettungsdienste

- Grundsätzliche Differenzierung: Beauftragung des Rettungsdienstes im Submissions- oder im Konzessionsmodell ? (je nach Bundesland unterschiedlich)
- Beauftragung im Submissionsmodell: Dienstleistungsauftrag
- Beauftragung im Konzessionsmodell: Dienstleistungskonzession (EU-Ausschreibungspflicht künftig also [nur] bei Erreichen des [hohen] Schwellenwerts)
- Bei Unterschwellenvergabe: Rechtswegproblem

33

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 7 – Rettungsdienste

- Bei Unterschwellenvergabe: Rechtswegproblem
- Dazu (insoweit zutreffend) VG Hannover BeckRS 2012, 58478:
 »Der Verwaltungsrechtsweg ist zulässig, weil die Antragstellerin mit ihrem Hauptantrag sicherstellen will, dass sie nicht von einem Auswahlverfahren betreffend eine Dienstleistungskonzession ausgeschlossen wird
 Gemäß § 3 Abs. 2 des Niedersächsischen Rettungsdienstgesetzes ... obliegt der bodengebundene Rettungsdienst den kommunalen Trägern als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises. Damit ist der Rettungsdienst in Niedersachsen als öffentliche Aufgabe ausgestaltet. Der Beauftragte handelt nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 NRettDG auch im Falle der Dienstleistungskonzession im Namen des Trägers des Rettungsdienstes. ... Darüber hinaus ist Ziel des streitbefangenen Auswahlverfahrens der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (...).«
- (Das VG Hannover bezieht sich auf BGH NZBau 2012, S. 248)

34

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 7 – Rettungsdienste

Weitere Entscheidungen:

- OVG Lüneburg NordÖR 2013, 117 – zum verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahren zur Erteilung einer Dienstleistungskonzession;
- VG Darmstadt 4 L 1180/15.DA – juris – zum Transparenzgebot und Gleichbehandlungsgrundsatz;
- OVG Magdeburg 3 M 307/09 : Aus Art. 12 Abs. 1 GG kann ... auch die Verpflichtung einer Behörde abgeleitet werden, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Beteiligtenstellung einem potenziellen Verfahrensbeteiligten die Informationen zur Verfügung zu stellen, welche dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung bewirbt. (Rn.10)

35

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 7 – Rettungsdienste

Weitere Entscheidungen:

- VG Magdeburg 1 B 1078/14 – juris (Rn. 19) – zu einem „Genehmigungswettbewerb“ der Rettungsdienst-Leistungserbringer:
 »An Organisationen und Unternehmen, welche die Erteilung einer Genehmigung zur Erbringung der Rettungsdienstleistungen beantragen, müssen bzw. sollen die in § 13 II-IV RettDG LSA normierten Anforderungen an ihre Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Eignung gestellt werden, Unter den Bewerbern, die die Bedingungen nach § 13 Abs. 2 RettDG LSA erfüllen, ist demjenigen die Genehmigung zu erteilen, der im Rahmen der angeforderten rettungsdienstlichen Leistungen unter Berücksichtigung aller Umstände das wirtschaftlichste Konzept vorgelegt hat (§ 13 V RettDG LSA).«

36

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 7 – Rettungsdienste

Weitere Entscheidungen:

- OVG Berlin-Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.06.2013 – 1 B 67.11 –, juris
 »Die in § 5 Abs. 1 RDG vorgesehene Rangfolge (primäre Aufgabenwahrnehmung durch die Berliner Feuerwehr und die Hilfsorganisationen, durch geeignete private Einrichtungen nur ausnahmsweise und unter eingeschränkten Voraussetzungen) ist mit höherrangigem Recht vereinbar und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere haben private Einrichtungen keinen Anspruch, bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteiligt zu werden.«
- M. E. fraglich ...

37

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 8 – sozialrechtliche Leistungserbringung

Einzelfälle:

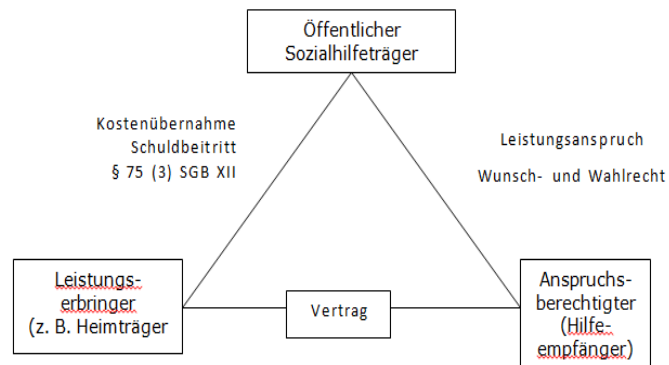
- OLG Hamburg NDV-RD 2008, 56 – (Schuldnerberatung)
- OLG Düsseldorf NZBau 2005, 650 – (Betreuungsleistungen)
- (BKartA VK-2 103/13 – juris – Palliativleistungen)
- OVG Münster ZfJ 2005, 484 - Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe

38

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 8 – sozialrechtliche Leistungserbringung

zu Kosten- und Leistungsvereinbarungen



vgl. dazu BVerwGE 116, 78 sowie BSG FEVS 52, 390/395 sowie die Kommentierung, z. B. Hilke in: Hauck/Noftz, SGB, 12/14, § 79 SGB VIII Rn. 28

39

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Fallgruppe 9 – „sonstiges“

- Konzessionsverträge nach § 46 EnWG
→ dazu der Tagungsbeitrag Müller-Wrede
- Konkurrentenverdrängungsklage (Bezirksschornsteinfeger) - VG München, Urteil vom 19.05.2015 – M 16 K 14.3255 –, juris

40

Vergaberecht und Beleihung

- Traditionelle Auffassung der Verwaltungsgerichte:
 - Kein Anspruch auf Beleihung
 - Auswahl nach dem Rechtsgedanken des Art. 33 II GG
- Vergaberecht als Auswahlmodus ist „neu“

These:

Die Beleihung vollzieht nur das Ergebnis eines wettbewerblichen Verfahrens nach. Ein (rechtmäßiges) Vergabeverfahren muss einer Beleihung in der Regel vorausgehen.

41

Vergaberecht und Beleihung

These (Forts.):

- Ausgangspunkt ist der gesetzliche Auftrag des öffentlichen Auftraggebers. Dieser ist zu konkretisieren durch Festlegungen
 - zu Art und Umfang der vorzuhaltendem Mittel zur Aufgabenerfüllung und
 - zu den Anforderungen an (externe) Leistungserbringer.
- Die genannten Festlegungen sind auf einer „zweiten“ Ebene nach den Regeln umzusetzen, die (insbesondere) vergaberechtlich zu beachten sind. Dazu gehört auch die Frage, ob eine Ausschreibung von Dienstleistung(skonzession)en zu erfolgen hat.
- Das Gleiche gilt für etwaige Änderungen zum Umfang oder zu den Anforderungen der (externen) Leistungserbringung; auch für solche Änderungen gelten vergaberechtliche Anforderungen.

42

Ist die VwGO „vergaberechtstauglich“ ?

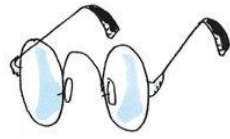
- Soweit es (wie in der Regel) um Verträge geht, wird Eilrechtsschutz nur über § 123 VwGO möglich sein (Sicherungsanordnung).
- (also) keine aufschiebende Wirkung eines „Widerspruchs“ gegen eine Vergabemitteilung, kein „Zuschlagsverbot“
- (bisher) Zurückhaltung gegen „vorverlagerten“ Vergaberechtsschutz: » Eine weithin greifende Vorverlagerung des gerichtlichen Rechtsschutzes "nicht zum Zuge gekommener" Dritter in den Zeitraum zwischen Auswahlentscheidung und Erlass eines Verwaltungsakts oder Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages kennt das allgemeine Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht im Gegensatz zum Vergaberecht nicht. « (OVG Lüneburg, NordÖR 2013, 117)

43

Ist die VwGO „vergaberechtstauglich“ ?

- Akteneinsicht, Beiladung, Untersuchungsgrundsatz = entsprechen i. w. den GWB-Regelungen
- Unklar: Verfahren bei de-facto-Vergaben ? (§ 135 GWB analog anwendbar ?)
- anders als GWB: zwei Instanzen (VG, OVG)
- Klagen werden selten sein
- Bindungswirkung i.S. d. § 179 I GWB fehlt

44



Vielen Dank
für
Ihre Aufmerksamkeit