

Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 13.02.2025

Anhang Nr. 4

Konzessionen

Seit dem 18. April 2016 unterfallen oberhalb der europäischen Schwellenwerte nicht nur Baukonzessionen, sondern auch Dienstleistungskonzessionen dem Vergaberecht.

1. Begriff der Konzession

Nach § 105 Abs. 1 GWB sind Konzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

- mit der Erbringung von **Bauleistungen** betrauen (Baukonzessionen), wobei die Gegenleistung (Entgeltlichkeit) entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht
- mit der Erbringung und der Verwaltung von **Dienstleistungen** betrauen, die nicht in der Erbringung von den o. g. Bauleistungen bestehen (Dienstleistungskonzessionen), wobei die Gegenleistung (Entgeltlichkeit) entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Kennzeichnend für eine Konzession ist ein Dreiecksverhältnis zwischen Konzessionsgeber, Konzessionär und einem Dritten bzw. Nutzer.

Neben der Einräumung eines Nutzungsrechts kann der Konzessionsvertrag auch eine zuzügliche Zahlung an den Konzessionsnehmer vorsehen (auch geldwerte Zuwendungen), wobei diese Zahlung nur einen subsidiären Charakter haben darf. Wenn der zusätzlichen Zahlung gegenüber dem Erlös aus dem Nutzungsrecht dagegen kein untergeordnetes Gewicht zukommt, wird von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen sein (vgl. auch BGH, Beschl. vom 08.02.2011, Az.: X ZB 4/10).

Wer **Konzessionsgeber** ist, bestimmt sich nach § 101 GWB:

- **öffentliche Auftraggeber** gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, die eine Konzession vergeben (also insb. auch Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, kommunal beherrschte Unternehmen, kommunale öffentliche Anstalten, Zweckverbände)
- **Sektorenauftraggeber** nach § 100 Abs. 1 **Nr. 1** GWB (die o. g. öffentlichen Auftraggeber), die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Nr. 2 bis 6 GWB ausüben (siehe dort Bereiche Elektrizität, Gas, Wärme, Verkehrsleistungen, Häfen, Flughäfen, fossile Brennstoffe) und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeiten vergeben
- **private Sektorenauftraggeber** nach § 100 Abs. 1 **Nr. 2** GWB (entweder kraft Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte oder kraft beherrschenden Einfluss durch öffentliche Auftraggeber), die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Nr. 2 bis 6 GWB ausüben (betroffene Bereiche s. o.) und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeiten vergeben

Nach § 105 Abs. 2 GWB geht bei einer Konzession – als wesentliche Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag - das **Betriebsrisiko** auf den Konzessionsnehmer über, wobei gleichzeitig bestimmt wird, wann dies der Fall ist:

- wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können

und

- wenn der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

§ 105 Abs. 2 GWB stellt dabei klar, dass es sich beim Betriebsrisiko um ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko handeln kann.

Kann eine sichere Aussage über die wirtschaftliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht getroffen werden und besteht deshalb die Möglichkeit, dass das wirtschaftliche Risiko in nennenswertem Umfang beim Auftraggeber verbleibt,

ist im Interesse eines fairen und transparenten Wettbewerbs von einem Dienstleistungsauftrag und nicht von einer Dienstleistungskonzession auszugehen (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. 5. 2008 - Verg 5/08). Dieser Grundsatz lässt sich gleichermaßen bei entsprechenden Unsicherheiten in Bezug auf Baukonzessionen übertragen.

Konzessionen sind nicht gleichzusetzen mit **einseitigen behördlichen Genehmigungen**, z. B. im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Betätigung. Diese sind vom Vergaberecht nicht erfasst. Denn eine vergaberechtlich relevante Konzession ist mit einer **wechselseitigen vertraglichen Bindungswirkung** verbunden. Eine Konzession in diesem Sinne liegt daher nicht vor, wenn die zuständige Behörde gesetzlich verpflichtet ist, das Recht, auf dessen Basis Einnahmen erzielt werden können, jedem zu verleihen, der die im Gesetz festgelegten Bedingungen erfüllt (z. B. Vergabe einer „Konzession“ für den Betrieb eines Taxiunternehmens).

Zu den besonderen Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen siehe die Aufzählungen in den §§ 149, 150 GWB (u. a. Vergabe von Konzessionen zu dort näher aufgeführten Rechtsdienstleistungen, finanziellen Dienstleistungen, Krediten und Darlehen, Dienstleistungen im Bereich Wasser, Lotteriedienstleistungen).

Eine Konzession hat die Rechtsprechung beispielsweise in folgenden Fällen bejaht:

- Betrieb eines öffentlichen Verkehrsdienstes, der „zumindest teilweise über den Kauf von Fahrkarten durch die Benutzer finanziert wird“ (EuGH 6.4.2006 – C-410/04 „ANAV“, EuGH 10.11.2011 – C-348/10 „Norma-A und Dekom“); kein Übergang des Betriebsrisikos bei weitgehendem Verlustausgleich (EuGH 10.11.2011 – C-348/10 „Norma-A und Dekom“)
- Verwaltung eines integrierten Wasserversorgungsdienstes bei Refinanzierung durch Wassergebühr der Nutzer (EuGH 15.10.2009 – C-196/08 „Acoset“)
- Betrieb des Kabelfernsehnetzes (EuGH 13.11.2008 – C-324/07 „Coditel Brabant“) oder Ausbau der Breitbandkabelversorgung (OLG München, Beschl. v. 25.3.2011 – Verg 4/11), gegen Zahlung der Nutzer des Netzes.
- Vermittlung von Taxitransporten durch Taxigesellschaften für Sozialversicherungsbehörden (EuGH 21.5.2015 – C-269/14 „Kansaneläkelaitos“)
- Übernahme des Betriebs einer Test- und Rennstrecke (OLG Brandenburg, Beschl. vom 30.5.2008 – Verg W 5/08)
- Sammlung und Transport von Abfällen gegen Entgelt der Nutzer dieser Dienste (OLG Düsseldorf, Beschl. vom 19.10.2011 – VII-Verg 51/11)

- Errichtung und Bewirtschaftung von Werbemedien sowie Stadtmobiliar gegen Nutzungsrecht zu Werbezwecken zuzüglich Entgeltspflicht (vgl. VG Mainz, Beschl. vom 30.2010 – 6 L 849/10)
- Koordinierung der Heil- und Hilfsmittelversorgung von aus dem Krankenhaus zu entlassenden Patienten (OLG Brandenburg 1.7.2011 – Verg W 9/11)

In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung eine Konzession dagegen beispielsweise verneint und einen öffentlichen Auftrag angenommen:

- Müllentsorgung gegen Vergütung durch öffentliche Hand (vgl. EuGH, Urt. vom 10.11.1998 – C-360/96 „Gemeente Arnhem und Gemeente Rheden/BFI Holding“)
- ÖPNV-Leistungen bei umfassendem Defizitausgleich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 26.07.2002 – Verg 22/02)
- Betreuungsleistungen im Rahmen der Sozialhilfe bei Vergütung im Wesentlichen durch öffentliche Hand, geringem Insolvenzrisiko und weitgehender Konkurrenzfreiheit (vgl. OLG Düsseldorf vom 8.9.2004 – VII Verg 35/04)
- Betrieb einer Uni-Cafeteria bei unentgeltlicher Überlassung der Räumlichkeiten und erheblichem Einfluss auf Betriebsgestaltung (VK Lüneburg, Beschl. v. 14.6.2005 – VgK-22/2005)
- Verträge über die integrierte Versorgung gemäß §§ 140a ff. SGB V hat der EuGH mangels Übernahme des Betriebsrisikos nicht als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert (vgl. EuGH, Urt. vom 11.06.2009 – C-300/07 „Oymanns“)

2. Baukonzessionen

Die Baukonzession muss – ebenso wie ein Bauauftrag - einen hinreichenden Beschaffungsbezug aufweisen. Der EuGH hat mit seinem Urteil vom 25.03.2010 im Wesentlichen wie folgt dazu ausgeführt (vgl. EuGH Urt. v. 25.3.2010 – C-451/08 „Helmut Müller GmbH“):

- Die Leistung muss dem Konzessionsgeber unmittelbar wirtschaftlich zu Gute kommen.
- Es muss eine einklagbare Verpflichtung vorliegen.
- Der Konzessionsgeber muss als Bauherr auftreten und damit entscheidenden Einfluss auf die Erbringung und Durchführung der Bauleistung haben – städtebauliche Vorgaben, rein gestalterische Vorgaben oder ein Negativausschluss sind dabei nicht ausreichend.

- Der Konzessionsgeber muss über die Nutzung des entsprechenden Bauwerks verfügen können, weshalb eine Baukonzession nicht vorliegt, soweit das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des Grundstückserwerbers verwurzelt ist.

Der notwendige Beschaffungsbezug lässt sich nach den Ausführungen des EuGH also insbesondere feststellen, wenn der Konzessionsgeber Eigentum an den Bauwerken oder einen Rechtstitel zur Sicherung einer öffentlichen Zweckbestimmung der Bauleistung erwirbt, er wirtschaftliche Vorteile aus deren Nutzung oder Veräußerung ziehen kann oder Risiken für den Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags übernommen hat. Dabei muss die Bauleistung nicht zwangsläufig in einem gegenständlichen oder körperlichen Sinn für den Konzessionsgeber beschafft werden. Es genügt, dass der öffentliche Konzessionsgeber wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann. Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses ist weder auf den Erhalt einer vertraglichen Leistung noch auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses gerichtet (vgl. EuGH a.a.O.).

Die Vergabe von Baukonzessionen **oberhalb** der europäischen Schwellenwerte richtet sich nach den §§ 148 ff GWB und den Vorschriften der Konzessionsverordnung (KonzVO). Zur Definition einer Baukonzession siehe oben zu § 105 Abs. 1 GWB. Die Klarstellung, dass es sich beim eingeräumten Nutzungsrecht um ein befristetes Recht handeln muss findet sich zwar nicht in § 105 Abs. 1 GWB aber in § 3 Abs. 1 Satz 1 KonzVO.

Unterhalb der europäischen Schwellenwerte ist § 23 VOB/A (Baukonzessionen) von § 28 Abs. 2 KomHKV ausdrücklich nicht erfasst. Es gelten daher die allgemeinen Vergabegrundsätze nach § 28 Absatz 1 KomHKV, hier insbesondere das Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgebot, und die in § 3 des Brandenburgischen Vergabegesetzes enthaltenen Grundsätze. Bei Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz gelten daneben die Grundfreiheiten des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

3. Dienstleistungskonzessionen

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen **oberhalb** der europäischen Schwellenwerte richtet sich ebenfalls nach den §§ 148 ff GWB und den Vorschriften der Konzessionsverordnung (KonzVO). Zur Definition einer Dienstleistungskonzession siehe oben zu § 105 Abs. 1 GWB, zur Klarstellung eines nur befristet eingeräumten Nutzungsrechts siehe § 3 Abs. 1 Satz 1 KonzVO.

Unterhalb der europäischen Schwellenwerte sind Dienstleistungskonzessionen bereits nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) nicht erfasst. Es gelten daher auch hier die allgemeinen Vergabegrundsätze nach § 28 Absatz 1 KomHKV und die in § 3 des Brandenburgischen Vergabegesetzes enthaltenen Grundsätze. Bei Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz sind daneben die EU-Grundfreiheiten zu beachten.