

Reichweite der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht bei der Beauftragung Dritter im Abfallrecht

Um die Finanzhaushalte der öffentlichen Hand zu entlasten und die Gebühren für die Abfallentsorgung in zumutbarem Maße zu halten, wird es für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger immer interessanter, private Unternehmen in ihre Pflichtaufgaben mit einzubeziehen. Nachfolgend wird untersucht, inwieweit bei der Einschaltung Dritter im Abfallrecht das Vergaberecht Anwendung findet.

I. Drittbeauftragung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG

Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger können nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragen.

1. Eigenbetriebe/In-House-Geschäft

Ohne vergaberechtliche Bedeutung ist hierbei die Drittbeauftragung von Eigenbetrieben.¹

Ebenso ohne vergaberechtliche Relevanz ist als In-house-Geschäft die Beauftragung einer rechtlich selbständigen Einheit, die sich vollständig in der Hand des öffentlichen Auftraggebers befindet (Eigengesellschaft). Formal betrachtet stellt die Eigengesellschaft als juristische Person des privaten Rechts ein selbstständiges Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten dar, so dass keine Identität zwischen der ausgegründeten Gesellschaft und der öffentlichen Hand besteht.² Die Ausschreibungspflicht entfällt jedoch dann, wenn die Gebietskörperschaft über die Gesellschaft eine Kontrolle dahingehend ausübt wie über ihre eigene Dienststelle und die Gesellschaft zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.³ Sowohl die Ausgründung als auch die Vergabe von Aufträgen an Eigengesellschaften, die zu 100 % der öffentlichen Hand gehören, unterfallen demnach in der Regel nicht dem Auftragsvergaberecht, so wie innerkonzernrechtliche Maßnahmen keine wettbewerbsrechtliche Relevanz haben.⁴

2. Public Private Partnerships

Public Private Partnerships, also gemischte bzw. gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, werden hingegen zumeist dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen. In der Rechtsprechung sind bisher zwar nur Anhaltspunkte dafür ersichtlich,

¹ Vgl. § 8 Nr. 6 VOB/A.

² OVG Schleswig, Urteil vom 24.06.1998, - 2 L 113/97, DWW 1999, 24, 27.

³ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, - Rs. C-107/98, Teckarl Srl ./ Gemeinde Vialo u.a., EuZW 2000, 246, 248.

⁴ BGH, Beschluss vom 12.06.2001, - X ZB 10/01, juris Rechtsprechung S. 4 f.

dass die Ausschreibungspflicht nicht schon bei einer 51 %igen Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers entfällt; jedoch ist es in der gegenwärtigen Literatur mittlerweile fast einhellige Meinung, dass die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers 80 bis 90 % betragen muss, um den Wegfall der Ausschreibungspflicht anzunehmen.⁵ Somit bliebe für ein privates Unternehmen lediglich eine Beteiligung von 10 bis 20 %. Eine solche Lösung in den zulässigen rechtlichen Grenzen würde jedoch zumeist dem von der öffentlichen Hand verfolgten Sinn und Zweck der Drittbeauftragung widersprechen.

3. Spezifische Leistungsbeschreibungen

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Drittbeauftragung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG kann grundsätzlich nicht dadurch eingeschränkt werden, dass der Auftraggeber mit dem Abschluss des Vertrages beabsichtigt, Ziele zu erreichen, die nicht ausschreibungsfähig sind.

So soll zwar gem. § 3 Nr. 4 h VOL/A eine Freihändige Vergabe stattfinden, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können. Ebenso können nach § 3 a Nr. 2 c VOL/A Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann.

Würde hier von dem Erfordernis einer Öffentlichen Ausschreibung abgesehen und somit der Weg zu einer Freihändigen Vergabe eingeschlagen, läge es jedoch in der Willkür des Auftraggebers, vergabefremde Ziele mit einer Beauftragung zu koppeln und diese dadurch als nicht ausschreibungsfähig zu bezeichnen.⁶

4. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Zu denken wäre bei einer Drittbeauftragung auch an den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gemäß §§ 54 ff. VwVfG, auf den zumindest derzeit die vergaberechtlichen Regelungen nicht anwendbar sind.

a)

So vertritt insbesondere das Oberlandesgericht Celle die Auffassung, dass öffentlich-rechtliche Aufträge nicht in den Geltungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen.⁷ In dieser Entscheidung wird unter anderem auf die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes hingewiesen, in dem unter vergaberecht-

⁵ Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 56; Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 100 ff.; Gröning, NZBau 2001, 123, Fn. 9; Faber, DVBI 2001, 248, 254 f.; Willems, NWBI 2001, 75, 77; Jaeger, NZBau 2001, 6, 8.

⁶ Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2000, - VK 12/2000 L, Beschlussausfertigung S. 19.

⁷ OLG Celle, Beschluss vom 24.11.1999, - 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299, 300; sowie OLG Naumburg, Beschluss vom 19.10.2000, - 1 Verg 9/00, WuW/E Verg 429, 431; ebenso Kraus, BauR 2000, 1545, 1547; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99, Rn. 335.

lich relevanten öffentlichen Aufträgen nur solche privatrechtlichen Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt zu verstehen sind.⁸ Nach der herrschenden Meinung in der Literatur wird jedoch aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des Gesetzestextes die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf öffentlich-rechtliche Verträge bejaht.⁹ Denn das europäische Vergaberecht differenziert nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen entgeltlichen Verträgen.

Will jedoch ein Oberlandesgericht von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle abweichen und somit die zuletzt genannte, von der Literatur vertretene Ansicht annehmen, so muss es erst die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB vorlegen, der dann darüber zu entscheiden hat. Eine solche Divergenzvorlage zum Bundesgerichtshof ist jedoch ein mühseliger Weg und eher die Ausnahme.

b)

Jedoch handelt es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen dem nach Abfallrecht zur Beseitigung oder Verwertung Verpflichteten und dem beauftragten Dritten gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG um einen zivilrechtlichen Vertrag.¹⁰ Ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis kann nur angenommen werden, wenn der Inhalt der Drittbeauftragung die Erfüllung einer Pflicht ist. Allein die Einschaltung eines Dritten bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten aus dem Abfallrecht macht das Vertragsverhältnis mit dem Drittbeauftragten noch nicht zu einem öffentlich-rechtlichen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die geschuldete Leistung gerade die öffentlich-rechtliche Verpflichtung darstellt.¹¹ Im Falle der Drittbeauftragung handelt es sich deswegen um einen zivilrechtlichen Vertrag; die Wahrnehmung der hoheitlichen Kompetenzen verbleibt bei dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.

Demnach kommt der hier verfolgte Lösungsweg schon aus Rechtsgründen nicht in Betracht, welche gar nicht im Vergaberecht anzusiedeln sind.

II. Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG

Weiterhin besteht nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG die Möglichkeit der Übertragung von Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auf Dritte.

1. Umfang der Pflichtenübertragung

⁸ Bundestags-Drucksache 13/9340, S. 15.

⁹ Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Eschenbruch in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 20 ff.; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Vorb. Zu §§ 97-101, Rn. 7; Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 23 ff.; Althaus, NZBau 2000, 2777 ff.; Schulte, NZBau 2000, 272, 275.

¹⁰ BGH, Urteil vom 30.06.1977, - VII ZR 81/76, ZfW 1978, 292; OLG Bamberg, Urteil vom 08.11.1979, - VI U 32/79, BayVBl 1980, 695.

¹¹ Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, § 16, Rn. 47 m.w.N.

Eine Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG kann sich nicht nur auf Abfälle aus dem gewerblichen Bereich erstrecken, sondern auch auf Abfällen aus privaten Haushaltungen.

Dies ergibt sich zumindest nach ganz herrschender Auffassung aus einer historischen, systematischen, rechtsvergleichenden und teleologischen Betrachtung der Bestimmungen des KrW-/AbfG über die Überlassungspflichten, die Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und die Möglichkeiten einer Beleihung privater Dritter.¹²

2. Beleihung

Bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG handelt es sich um eine Beleihung.¹³ Es wird demzufolge einer außerhalb von juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehenden Person des Privatrechts eine Zuständigkeit eingeräumt, bestimmte hoheitliche Kompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen. Der Beliehene wird dadurch zu einer Behörde im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1 Abs. 2 VwVfG), jedoch nur soweit sein hoheitlicher Kompetenzbereich reicht.¹⁴

Bei einem Beleihungsvorgang wird kein entgeltlicher Vertrag nach § 99 Abs. 1 GWB geschlossen, so dass der Anwendungsbereich des in den §§ 97 ff. GWB geregelten Vergaberechts grundsätzlich keine Anwendung findet.¹⁵ Teilweise wird die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG sogar aufgrund ihres fundamentalen Unterschiedes zur Drittbeauftragung als ausschreibungsfeindlich angesehen. Der Unterschied ergibt sich daraus, dass bei der Drittbeauftragung die Initiative vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ausgeht im Gegensatz zur Pflichtenübertragung, bei der als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt ein Antrag des Dritten notwendig ist. Weiter ist zu bedenken, dass für die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG ein Zustimmungserfordernis des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers besteht. Die Vergabe von Aufträgen ist von einem solchen Zustimmungserfordernis grundsätzlich unabhängig.¹⁶

3. Dienstleistungskonzession

Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG stellt auch eine - zum beliehenen Unternehmer verwandte Rechtsfigur - sogenannte Dienstleistungskonzession dar.¹⁷ Dieser Begriff wurde von der Europäischen Kommission im Vergaberecht geprägt und kommt aus dem Rechtskreis des französischen Verwaltungsrechts. Die

¹² Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, § 16, Rn. 67 ff. m.w.N.

¹³ Fluck, KrW-/AbfG, § 16, Rn. 1243; v. Lersner in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, KrW-/AbfG, § 16, Rn. 29; Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16, Rn. 62

¹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 1, Rn. 25.

¹⁵ Zumindest für einen Beleihungsakt, der auf § 44 Abs. 3 ThürLHO beruht: BGH, Beschluss vom 12.06.2001, -X ZB 10/01, juris Rechtsprechung S. 4.

¹⁶ Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, § 16, Rn. 78.

¹⁷ Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 8; Kulartz, Eildienst Landkreistag NW 1999, 1522 ff.

Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig.¹⁸

Bei Dienstleistungskonzessionen handelt es sich um vertragliche Gestaltungen, bei denen der Konzessionär Aufgaben übernimmt, deren Erbringung an sich einer staatlichen Stelle bzw. einem Sektorenauftraggeber obliegt und der auf eigenes Risiko wirtschaftlichen Nutzen daraus ziehen darf, wobei er regelmäßig eine Konzessionsabgabe an die Gegenseite zu leisten hat.¹⁹ Nur vereinzelt wird die Annahme einer Dienstleistungskonzession bei bestehendem Anschluss- und Benutzungszwang abgelehnt und somit die Anwendung des Vergaberechts angenommen, weil dann das wirtschaftliche Risiko des Konzessionärs lediglich in einem Betriebsrisiko bestehen soll. Zudem soll sich die Natur der Konzession ändern, wenn sie nicht an das freie Nutzungsinteresse der Bürger, sondern an deren Pflichten anknüpft, diesen also nicht dient, sondern sie in Anspruch nimmt.²⁰

4. EuGH-Urteil: „Telaustria“

Unabhängig davon sind auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundregeln des Europäischen Gemeinschaftsvertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten (Art. 28 bis 30 und 43 bis 55 EGV). Das Diskriminierungsverbot schließt insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist.²¹

Demzufolge muss die Absicht, eine Dienstleistungskonzession zu vergeben, gemeinschaftsweit publik gemacht werden, wenn deren wirtschaftlicher Wert einem den Schwellenwert erreichenden Auftrag entspricht.²² Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb geöffnet wird und die Nachprüfung ermöglicht wird. Teilweise wird sogar vertreten, dass dadurch eine Verpflichtung für die Vergabestellen konstruiert wird, den für die Ausschreibung von Baukonzessionen geltenden § 32a Nr. 1 VOB/A analog auf die Ausschreibungspflichten bei Dienstleistungskonzessionen anzuwenden. Zumindest muss jedoch die Absicht, eine Dienstleistungskonzession zu vergeben, im Supplement zum Amtsblatt der EG veröffentlicht werden.²³ Ausländische potenzielle Bieter dürfen zudem nicht wegen ihrer Staatsan-

¹⁸ Vergabeüberwachungsausschuss Bayern, Beschluss, vom 28.08.1998, - VÜA 16/97, ZVgR 1998, 584 ff.; Gallwas, GewArch 2000, 401, 408; Opitz, ZVgR 2000, 97, 110; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 9, 10.

¹⁹ Gröning, NZBau 2001, 123; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2002 – Verg 3/01, VergabeR 2002, 45, 48; vgl. auch Art. 1 lit. H) RL/E in Kommissionsvorschlag für die Dienstleistungsrichtlinie, KOM (90) 372 endg.

²⁰ Ulrich, ZVgR 2000, 85, 95.

²¹ EuGH, Urteil vom 07.12.2000, - Rs. 324/98, Telaustria Verlags GmbH u. a. /J. Telekom Austria, NZBau 2001, 148, 151, Tz. 60 f.

²² Nach § 2 Nr. 3 VgV 200.000 Euro.

²³ Gröning, VergabeR 2002, 24, 30.

gehörigkeit diskriminiert werden und die Konzession muss unparteiisch vergeben werden.²⁴

Die Verpflichtung zur Transparenz geht jedoch nicht soweit wie bei § 97 Abs. 1 GWB.²⁵ Denn eine gerichtliche Nachprüfung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde, ist nur nachträglich möglich. Eine Vorabinformation wie nach § 13 VgV²⁶ wurde vom Europäischen Gerichtshof im Gegensatz zu der Entscheidung in der Rechtssache „Alcatel Austria“²⁷ gerade nicht gefordert. Allenfalls kommt ein Anspruch auf Auskunft über das Zustandekommen der Vergabeentscheidung in entsprechender Anwendung von § 27a VOL/A in Betracht.²⁸ Dies ergibt sich vor allem daraus, dass der Europäische Gerichtshof von der Möglichkeit der Nachprüfung spricht, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt wurden (Imperfekt).²⁹ Nach Zuschlagserteilung kann jedoch der übergangene Bieter nach dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ nur noch Sekundäransprüche und somit Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Die Vergabekammer ist bei Zuschlagserteilung vor Eingang des Nachprüfungsantrages bei ihr insbesondere mangels Rechtsschutzbedürfnis unzuständig.³⁰ Ob hierbei auf die erleichterten Voraussetzungen der §§ 125 f. GWB zurückgegriffen werden kann, wurde vom Europäischen Gerichtshof nicht entschieden.³¹ Jedoch lässt sich aus dem Diskriminierungsgebot und dem darin enthaltenen Transparenzgebot nicht entnehmen, dass das GWB bei Dienstleistungskonzessionen mit seinen Schadensersatzansprüchen Anwendung findet. Vielmehr sind die allgemeinen Grundsätze anzuwenden. Einschlägig sind demzufolge insbesondere Ansprüche aus culpa in contrahendo.³²

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass die Übertragung mittels Dienstleistungskonzessionen für öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger besonders interessant sind, weil sie vergaberechtlichen Pflichten nur eingeschränkt unterliegen.

5. Drittbeauftragung durch Beliehene

²⁴ EuGH, Urteil v. 07.12.2000, Tz. 62, a.a.O.

²⁵ Vgl. dazu Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 7.

²⁶ Vgl. dazu Berrisch/Nehl, DB 2001, 184 ff.; Höfler, NJW 2001, 950 f.; Kratzenberg, NZBau 2001, 119 ff.; Gröning, WRP 2001, 1 ff.; Kus, NJW 2000, 544 ff.

²⁷ EuGH, Urteil vom 28.10.1999, - Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG ./ Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, EuZW 1999, 759.

²⁸ Gröning, VergabeR 2002, 24, 31.

²⁹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.07.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 645, 647; BayObLG, Beschluss vom 11.12.2001 – Verg 15/01, VergabeR 2002, 55, 59; Gröning, NZBau 2001, 123, 125.

³⁰ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, - X ZB 14/00, ZIP 2001, 479 ff.; KG, Vorlage-Beschl. v. 7.6.2000, - KartVerg 3/00, ZIP 2000, 1746 ff.; KG, Beschl. v. 12.4.2000, - Kart Verg 9/99, KG Report 2000, 359 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, - Verg 1/99, NZBau 2000, 45, 47; BayObLG, Beschl. v. 7.10.1999, - Verg 3/99, NZBau 2000, 92, 93; BayObLG, Beschl. v. 19.12.2000, - Verg 7/00; OLG Naumburg, Beschl. v. 3.3.2000, - 1 Verg 2/99, OLG Report Naumburg 2000, 318 ff.; OLG Dresden, Beschl. v. 17.11.2000, - WVerg 4/00; Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 67; Boyk, WRP 1999, 402, 404; Gröning, ZIP 1999, 52, 56 f.; Burchardt, Vergaberechtsreport 5/99, S. 3 und 6/2000, S. 3; Gröning, ZIP 2000, 1714 ff.; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 8 ff; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, § 114, Rn. 55; Reidt, BauR 2000, 22, 27.

³¹ Nach § 126 GWB kommt dem erfolglosen Bieter dahingehend eine Beweiserleichterung zustatten, indem er nur darlegen muss, dass er eine echte Chance auf den Auftrag gehabt hätte.

³² Dieser Anspruch geht sogar auf das positive Interesse, wenn der Bieter nachweisen kann, dass er den Zuschlag erhalten hätte. BGH, Urt. v. 25.11.1992, - VIII ZR 170/31, NJW 1993, 520, 521; BGH, Urt. v. 8.9.1998, - X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 ff.; OLG Stuttgart, Urt. v. 22.6.1999, - 12 U 3/99, NJW 1999, 3640 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.1995, - 23 U 118/94, BauR 1996, 98, 101; Jasper, DB 1997, 915, 921; Jasper, DB 1998, 2151, 2157; Elbel, DÖV 1999, 235, 241.

Zur Erfüllung der hoheitlich übernommenen Entsorgungspflichten kann sich die Beliehene im Wege der Drittbeauftragung (§ 16 Abs. 1 KrW-/AbfG) eines privaten Unternehmens bedienen. Eine solche Drittbeauftragung fällt zwar grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts, jedoch ist die Beliehene als Dienstleistungskonzessionärin nicht Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 6 GWB. Allerdings ist davon auszugehen, dass auch hier die allgemeinen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, wie beispielsweise die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit anzuwenden sind.³³

III. Ergebnis

Zusammenfassend gilt, dass bei einer Beteiligung privater Unternehmer an der Abfallentsorgung mittels Drittbeauftragung gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG das Vergaberecht zumeist Anwendung finden wird. Denn die Beteiligung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers an dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen müsste mindestens 80-90% betragen.

Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG ist grundsätzlich aufgrund nationaler Sichtweise als Beleihung eines privaten Unternehmens anzusehen. Aus europäischer Sicht ist § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG auch als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren, auf die das Vergaberecht weder direkt noch entsprechend anzuwenden ist, allerdings sind bei der „Vergabe“ die Grundregeln des Europäischen Gemeinschaftsvertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten. Daraus folgt zumindest die Beachtung der Vergaberegeln in einem eingeschränkten Maßstab.

Es bleibt noch abzuwarten, wie die nationalen Gerichte den von dem Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil überlassenen Spielraum ausgestalten werden.

Gez.: Dr. M. W. Pauly / D. R. Lück
Köhler & Klett Rechtsanwälte, Köln/Berlin/Brüssel
21.03.2002

³³ Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 98, Rn. 65.