

**Professor Dr. Martin Burgi**

Professor Dr. Martin Burgi, geb. 1964 in Ulm. Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz, Rechtsassessor 1989 vor dem Landesjustizprüfungsamt Baden-Württemberg; 1993 Promotion; 1998 Habilitation mit einer Arbeit zum Thema „Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht“ in Konstanz. 1999 Ernennung zum Universitätsprofessor (C 4) an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Seit 2000 Wissenschaftlicher Leiter des Düsseldorfer Vergaberichtstages. Seit dem 01.01.2004 Leiter der Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht an der Ruhr-Universität Bochum. Seit September 2007 Research Fellow an der George Washington University Law School, Washington D.C. (Government Procurement Law Program). Seit 2008 gewähltes Mitglied des Fachkollegiums „Rechtswissenschaft der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Seit 2008 Dekan der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

**Vergaberecht: Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen**

**I. Dienstleistungskonzessionen als Zukunftsmodell**

Die Dienstleistungskonzession ist eine Privatisierungsoption mit großem Potenzial, die sich vor allem durch die größeren Handlungsspielräume des Konzessionärs und die zumeist längere Vertragsdauer von anderen Optionen unterscheidet. Dies gilt ungeachtet der Vielfalt der Regelungsstrukturen und Vergabemodalitäten in den Mitgliedstaaten. Dienstleistungskonzessionen finden sich mittlerweile in so unterschiedlichen Feldern wie der Infrastruktur, der städtebaulichen Planung, der Ver- und Entsorgung, aber auch im Gesundheits- und Rettungsdienstwesen. Eine eindeutig nachvollziehbare Begründung für ihre Nicht-Reglementierung im EU-Sekundärvergaberecht fällt schwer.

**II. Begriff und Abgrenzung**

Trotz mehrerer Entscheidungen des EuGH ist der Begriff der Dienstleistungskonzession ungeklärt. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag, teilweise aber auch zur Baukonzession und zum Bauauftrag. Die Zuordnung zu einer dieser Kategorien ist in der Praxis von überragender Bedeutung, da sich die jeweiligen Regime grundlegend voneinander unterscheiden. Teilweise wird das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession erst dann angenommen, wenn der Konzessionär tatsächlich einem erheblichen Betriebsrisiko ausgesetzt ist. Nach anderer Auffassung würde es bereits ausreichen, dass er nur abstrakt die mit der Nutzerfinanzierung verbundenen, tatsächlich (etwa infolge des Bestehens eines Anschluss- und Benutzungszwangs) aber nur geringen Risiken trägt.

**III. Anforderungen aus dem EU-Recht und aus dem nationalen Recht**

Obgleich das europäische Sekundärrecht nicht anwendbar ist, steht fest, dass das Primärrecht zu Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und zu einem Rechtsschutzminimum verpflichtet. Auf der Ebene des nationalen Rechts sind in jüngerer Zeit Zweifel daran aufgekommen, ob die europäischen Vergaberichtlinien tatsächlich 1:1 umgesetzt worden sind, oder ob infolge des Fehlens einer expliziten Aussage hierzu, der deutsche Gesetzgeber jene Vorgaben über ihren Anwendungsbereich hinaus („überschießend“) umgesetzt haben könnte. Ein ausdrücklicher Ausschluss der Anwendbarkeit qualifizierter Vergaberichtsregeln hat nunmehr allerdings durch § 1 Abs. 1 Satz 3 der Sektorenverordnung (für deren Anwendungsbereich) stattgefunden.

**IV. Vergaberecht light und Rechtsschutz**

In Konkretisierung der primärrechtlichen, von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Anforderungen hat sich seit längerem eine Art „Vergaberecht light“ (Begriff nach *Burgi*, NZBau 2005, 610 ff.) entwickelt. Die rechtlichen Einzelheiten sind allerdings umstritten bzw. ungeklärt. Dies gilt u.a. für die Bestimmung des notwendigen (und ausreichenden) Maßes an Transparenz und für die Intensität und Effektivität des Rechtsschutzes einschließlich der Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit. Eine bislang völlig unterschätzte Frage geht dahin, ob und in welchem Umfang der Staat dem Konzessionär Vorgaben für dessen Entgeltkalkulation machen kann. Hier zeigt sich, dass ungeachtet aller An-

näherungen weiterhin auch substantielle Unterschiede zwischen Konzessionen und Aufträgen, bei denen ja durch den Staat selbst das Entgelt gezahlt wird, bestehen.

**V. Sinn und Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen**

In Deutschland gibt es Stimmen, die an der bestehenden Rechtslage festhalten und die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen weiterhin unkodifiziert lassen wollen. Die Forderungen nach einem legislatorischen Tätigwerden werden aber lauter. M.E. ist das sekundärrechtliche Schweigen nicht länger zu akzeptieren. Vielmehr sollte die ursprüngliche Forderung der EU-Kommission nach einer „klaren Fassung der Grundsätze für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einer gemeinschaftlichen Rechtsvorschrift“ aufgegriffen werden. Neben der Verbesserung von Rechtssicherheit und Funktionsgerechtigkeit könnte damit auch das Ziel der Vermeidung langjähriger Abgrenzungsprozesse erreicht werden, wie sie sich etwa beim Fernstraßenbau zeigen. Solange auf EU-Ebene die politische Kraft fehlt, böte sich dem deutschen Gesetzgeber die Chance zur Schaffung einer prototypischen Regelung. Sie könnte im Zuge der durch den Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP angekündigten Reform des Vergaberechts bis Ende 2010 realisiert werden.