

MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN IM BEREICH KONZESSIONEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT

(2000/C 121/02)

Am 24. Februar 1999 hat die Kommission einen Entwurf einer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum öffentlichen Auftragswesen ⁽¹⁾ angenommen, der danach veröffentlicht wurde. Dieser Entwurf war Gegenstand breit angelegter Konsultationen. Die vorliegende Mitteilung zu Auslegungsfragen hat die Kommission unter Berücksichtigung der zahlreichen Beiträge ⁽²⁾ angenommen, die ihr im Anschluß an die Veröffentlichung des ursprünglichen Entwurfs im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* zugegangen sind.

1. EINLEITUNG

1. Konzessionen sind ein in einigen Mitgliedstaaten schon lange genutztes Instrument insbesondere zur Finanzierung und Realisierung der großen Infrastrukturarbeiten wie des Baus der Eisenbahnverbindungen oder großer Teile des Straßennetzes. Seit Mitte der zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts hat die Beteiligung des Privatsektors insofern abgenommen, als die Mitgliedstaaten es vorzogen, Anlagen in eigener Regie zu erstellen und zu verwalten bzw. Dienstleistungen für die Allgemeinheit selbst zu erbringen.
2. Aufgrund der finanziellen Zwänge und der Bestrebungen, die Intervention der öffentlichen Hand zu beschränken sowie den öffentlichen Bereich von den Erfahrungen und Methoden des privaten Bereichs profitieren zu lassen, hat man der Konzession in den letzten Jahren wieder mehr Beachtung geschenkt.
3. Einleitend ist festzuhalten, daß die Gemeinschaft keiner Eigentumsordnung, sei sie nun privat oder öffentlich, den Vorzug gibt. Artikel 295 (ex-Artikel 222) EG-Vertrag steht öffentlichen und privaten Unternehmen neutral gegenüber.
4. Da diese Form der Zusammenarbeit mit den Wirtschaftsteilnehmern immer häufiger, insbesondere im Rahmen der großen Infrastrukturvorhaben aber auch für bestimmte Dienstleistungen, zur Anwendung kommt, hält es die Kommission für erforderlich, die betroffenen Unternehmen und Behörden in dieser Mitteilung über die Bestimmungen zu informieren, die ihrer Meinung nach gemäß dem geltenden Gemeinschaftsrecht auf Konzessionen anzuwenden sind. Im Zusammenhang mit komplexen Vorhaben, bei denen die Behörden auf das Know-how und das Kapital von Wirtschaftsteilnehmern zurückgreifen, erhält die Kommission wiederholt Beschwerden wegen Nichteinhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für Konzessionen. Das hat sie dazu veranlaßt, das Konzept der „Konzession“ genauer zu untersuchen und die Grundsätze zu umreißen, von denen sie sich bisher bei der Bearbeitung dieser Fälle hat leiten lassen. Im Sinne der notwendigen Transparenz soll die Mitteilung somit den geltenden Rechtsrahmen anhand der Erfahrungen darlegen, die bei der Bearbeitung der Fälle gewonnen werden konnten.
5. Im Entwurf dieser Mitteilung ⁽³⁾ hat die Kommission angekündigt, auch die anderen Formen der Partnerschaft behandeln zu wollen, die verwendet werden, um sich privates Know-how und privates Kapital zunutze zu machen. Sie

hat darauf verzichtet, Formen der Partnerschaft einzubeziehen, die gegenüber den Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie keine analogen Merkmale aufweisen. In den Beiträgen, die der Kommission zugekommen sind, hat man sich ebenfalls für einen solchen Ansatz ausgesprochen. Die Vielfalt der Fälle und ihre ständige Entwicklung, die sich in den Reaktionen auf den Entwurf der Mitteilung abgezeichnet haben, machen eine tiefgehende Untersuchung der Merkmale erforderlich, die diesen Phänomenen gemeinsam sind. Die Diskussion über diesen Bereich, die durch die Veröffentlichung des Entwurfs dieser Mitteilung ausgelöst wurde, muß daher fortgesetzt werden.

6. Die Beiträge, die sich mit den Konzessionen beschäftigen, haben es der Kommission ermöglicht, ihre Analyse zielgerichtet zu gestalten und die Merkmale herauszuarbeiten, die typisch für Konzessionen sind und diese von den öffentlichen Aufträgen zu unterscheiden, insbesondere aufgrund der Übertragung von Dienstleistungen des öffentlichen Interesses, die im Rahmen dieser Partnerschaft erfolgt.
7. Die Kommission weist darauf hin, daß die Mitteilung nicht beabsichtigt, spezifische Bestimmungen auszulegen, die sich aus den Richtlinien für bestimmte Bereiche, wie z. B. Energie und Verkehr, ergeben.

Die Mitteilung zu Auslegungsfragen (in der Folge „Mitteilung“ genannt) erläutert einerseits die Bestimmungen und Grundsätze des Vertrags, die für alle Formen der Konzession gelten, und andererseits die besonderen Bestimmungen, die die Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ⁽⁴⁾ (in der Folge „Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge“) für öffentliche Baukonzessionen vorsieht.

2. KONZESSIONEN — DEFINITION UND ALLGEMEINE PROBLEMATIK

Die Konzessionen werden im EG-Vertrag nicht definiert. Im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht findet sich nur eine einzige Definition, und zwar die der „Baukonzession“ in der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die dafür spezifische Vorschriften enthält. Die anderen Arten der Konzessionen werden in den Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen ⁽⁵⁾ hingegen nicht erwähnt ⁽⁶⁾.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die Vorschriften und Grundsätze des Vertrags für die Konzessionen nicht gelten. Soweit den Konzessionen nämlich ein staatlicher Akt zugrunde liegt, der Wirtschaftsleistungen oder die Lieferung von Gütern zum Gegenstand hat, unterliegen sie den entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrags sowie den Grundsätzen, die sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesem Bereich herausgebildet haben.

Um den Anwendungsbereich dieser Mitteilung klarzustellen und die Vorschriften darzulegen, die auf Konzessionen anzuwenden sind, müssen zuerst die Unterscheidungsmerkmale dargestellt werden. Zu diesem Zweck wird noch einmal auf den Begriff der „Baukonzession“ gemäß der Definition in der Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge eingegangen.

2.1 DIE BAUKONZESSION

2.1.1 Die Definition gemäß der Richtlinie 93/37/EWG

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat den Begriff der Baukonzession ausgehend vom Begriff der öffentlichen Bauaufträge definiert.

Gemäß der Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge „gelten als öffentliche Bauaufträge die zwischen einem Unternehmer und einem (...) öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks (...) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (Artikel 1 Buchstabe a)).

Artikel 1 Buchstabe d) derselben Richtlinie definiert öffentliche Baukonzessionen als „Verträge, die von den öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

Aus dieser Definition ergibt sich, daß das wichtigste Erkennungsmerkmal der Baukonzession darin besteht, daß als Gegenleistung für die Arbeiten das Recht zur Nutzung des Bauwerks gewährt wird; dieses Nutzungsrecht kann auch durch die Zahlung eines Preises ergänzt werden.

2.1.2 Abgrenzung der Begriffe „öffentlicher Bauauftrag“ und „öffentliche Baukonzession“

Die Kommission ist der Meinung, daß sich aus dem Kriterium des Nutzungsrechts einige Anhaltspunkte ableiten lassen, um eine Baukonzession von einem Bauauftrag zu unterscheiden.

Das Nutzungsrecht erlaubt dem Konzessionär also, von den Nutzern des Bauwerks während eines bestimmten Zeitraums eine Vergütung zu verlangen (z. B. im Wege von Benutzungs- oder sonstigen Gebühren). Die Dauer der Konzession stellt somit für die Entlohnung des Konzessionärs ein wesentliches Element dar. Er erhält seine Entlohnung nicht direkt vom öffent-

lichen Auftraggeber, sondern wird von diesem ermächtigt, die Erträge, die aus der Nutzung des Bauwerks erzielt werden, einzubehalten (7).

Mit dem Nutzungsrecht wird auch die Verantwortung für die Nutzung übertragen. Diese Verantwortung bezieht sich sowohl auf die technischen und finanziellen Aspekte als auch auf die Verwaltung des Werks. So obliegt es z. B. dem Konzessionär, die notwendigen Investitionen durchzuführen, damit das Werk den Benutzern ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt werden kann. Er trägt auch das Risiko der Amortisation des Werks. Der Konzessionär trägt überdies nicht nur die Risiken, die mit der Errichtung verbunden sind, sondern auch jene Risiken, die sich aus der Natur der Verwaltung und der Auslastung des Bauwerks ergeben (8).

Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, daß bei einer Baukonzession die sich aus der Natur der Nutzung ergebenden Risiken dem Konzessionär übertragen werden (9).

Die Kommission stellt fest, daß öffentliche Bauaufträge immer häufiger Gegenstand komplexer rechtlicher Konstruktionen sind (10). Die Grenze zwischen diesen Konstruktionen und der öffentlichen Baukonzession ist dabei manchmal sehr schwierig zu ziehen.

Nach Meinung der Kommission liegt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Gemeinschaftsrechts vor, wenn die Kosten des Werks im wesentlichen vom Auftraggeber getragen werden und der Auftragnehmer seine Vergütung nicht im Wege von direkt bei den Benutzern des Werks erhobenen Gebühren erlangt.

Die Tatsache, daß laut Richtlinie die Gegenleistung im Nutzungsrecht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestehen kann, ändert nichts an dieser Feststellung. Dieser Fall tritt in der Praxis tatsächlich auf. So trägt der Staat zuweilen einen Teil der Nutzungskosten der Konzession, um den Preis für den Benutzer zu senken (Praxis der „sozialen Preise“) (11). Diese Intervention kann in verschiedenen Formen erfolgen (garantierter Pauschalbetrag, Festbetrag, der entsprechend der Zahl der Benutzer überwiesen wird etc.) Eine solche Intervention ändert nicht notwendigerweise die Natur des Vertrags, wenn der ausbezahlte Betrag nur einen Teil der Kosten der Errichtung und Nutzung des Werks deckt.

Fälle, bei denen der Staat als Gegenleistung für die Arbeiten einen Preis zahlt, fallen unter den Begriff der Konzession, vorausgesetzt, daß dadurch nicht das ungewisse und sich aus der Natur der Nutzung ergebende Risiko beseitigt wird. Aus der Tatsache, daß die Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge klarstellt, daß das Recht zur Nutzung des Werks von einem Preis begleitet werden kann, ergibt sich, daß die Vergütung des Konzessionärs aus der Nutzung erzielt werden muß.

Zwar ist in den meisten Fällen die Herkunft der Einkünfte — direkt beim Benutzer des Werks erhoben — bezeichnend, entscheidend bleibt jedoch das Vorhandensein des Risikos der Nutzung, das mit der getätigten Investition bzw. dem investierten Kapital verbunden ist, insbesondere wenn der öffentliche Auftraggeber einen Preis zahlt.

Es ist richtig, daß auch im Rahmen öffentlicher Aufträge ein Teil des Risikos zu Lasten des Auftragnehmers gehen kann⁽¹²⁾. Jedoch sind die mit der finanziellen Konstruktion verbundenen Gefahren — die man als „wirtschaftliches Risiko“ bezeichnen könnte — nur bei den Konzessionen vorhanden. Diese Art von Risiko, die eng mit den Erträgen verbunden ist, die der Konzessionär aus der Nutzung⁽¹³⁾ erzielen kann, stellt nämlich ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen dar.

Abschließend ist zu bemerken, daß mit dem Nutzungsrecht die Risiken, die sich aus eben dieser Nutzung ergeben, auf den Konzessionär übertragen werden; die Risikoteilung zwischen Konzessionsgeber und Konzessionär erfolgt je nachdem, wer besser in der Lage ist, mit den entsprechenden Risiken umzugehen.

Trägt die öffentliche Hand die Gefahren, die mit der Verwaltung des Werks verbunden sind, indem sie etwa die Erstattung der Finanzierung sicherstellt, so fehlt das Risikoelement. Die Kommission ist der Meinung, daß es sich in einem solchen Fall um einen öffentlichen Bauauftrag, nicht um eine Baukonzession handelt⁽¹⁴⁾.

2.2 DIE DIENSTLEISTUNGSKONZESSION

Die Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (in der Folge „Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge“) gilt für „öffentliche Dienstleistungsaufträge“, die in Artikel 1 definiert werden als „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen (. . .)“.

Anders als die Richtlinie über Bauaufträge enthält die Richtlinie über Dienstleistungsaufträge keine Definition der Dienstleistungskonzession⁽¹⁵⁾.

Um das wirtschaftliche Phänomen der Dienstleistungskonzession vom öffentlichen Dienstleistungsauftrag abgrenzen und dadurch den Anwendungsbereich dieser Mitteilung festlegen zu können, müssen die wesentlichen Elemente dieses Phänomens herausgearbeitet werden.

Zu diesem Zweck scheint es sinnvoll, sich auf den Begriff der Baukonzession sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofes⁽¹⁶⁾ und die juristische Lehrmeinung⁽¹⁷⁾ zu stützen.

Der Gegenstand von Baukonzessionen unterscheidet sich naturgemäß von dem der Dienstleistungskonzessionen. Dies kann auch zu Unterschieden zwischen den beiden Arten der Konzession hinsichtlich der Dauer des Vertrags oder der zu tätigen Investitionen führen. Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien weisen Konzessionsverträge jedoch im allgemeinen unabhängig von ihrem Gegenstand dieselben Charakteristika auf.

So ist das Kriterium der Nutzung sowohl für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession wie auch einer Baukonzession

von entscheidender Bedeutung⁽¹⁸⁾. Entsprechend diesem Kriterium liegt eine Konzession dann vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Benutzer — insbesondere durch die Erhebung von Gebühren — erhält. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt — wie auch bei der Baukonzession — wer das Nutzungsrisiko trägt.

Wie die Baukonzession charakterisiert sich die Dienstleistungskonzession durch eine Übertragung der Verantwortung für die Nutzung.

Eine Dienstleistungskonzession hat zudem üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt, die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können⁽¹⁹⁾.

Es ist außerdem daran zu erinnern, daß der Gerichtshof im genannten Urteil *Lottomatica* eine Unterscheidung getroffen hat zwischen der Übertragung von Verantwortlichkeiten für die mit dem Lottospiel verbundenen Operationen auf den Konzessionär, die als Tätigkeiten, die in den Verantwortungsbereich des Staates fallen, qualifiziert werden können, und der einfachen Lieferung eines automatisierten Systems an die Verwaltung. Da keine entsprechende Übertragung stattgefunden hat, ist er zum Schluß gekommen, daß ein öffentlicher Auftrag vorliegt.

2.3 ABGRENZUNG VON BAU- UND DIENSTLEISTUNGSKONZESSIONEN

Da nur die Richtlinie 93/37/EWG spezielle Verfahrensbestimmungen für die Erteilung von Baukonzessionen enthält, ist es zweckmäßig, zu bestimmen, wann eine solche vorliegt. Dies gilt insbesondere für gemischte Verträge, die auch das Element der Dienstleistungen beinhalten. In der Praxis handelt es sich fast immer um gemischte Verträge, da der Baukonzessionär für den Benutzer im Zusammenhang mit dem von ihm errichteten Bauwerk meistens eine Dienstleistung erbringt.

Was die Abgrenzung des Geltungsbereichs der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge bzw. öffentlicher Dienstleistungsaufträge anbelangt, so präzisiert letztere im 16. Erwägungsgrund, daß Bauleistungen, soweit sie lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und somit nicht den Inhalt des Vertrags ausmachen, nicht zu einer Einordnung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag führen. Der Gerichtshof hat diese Bestimmung in der Rechtssache *Gestión Hotelera Internacional* ausgelegt und erklärt, „daß die gesamte Ausschreibung nicht als öffentlicher Bauauftrag (. . .) angesehen werden kann, wenn die (. . .) Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand dieser Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind“⁽²⁰⁾. Der Gerichtshof hat das Problem der gemischten Verträge noch in einem weiteren Urteil behandelt⁽²¹⁾. Daraus ergibt sich, daß, wenn ein Vertrag zwei voneinander trennbare Elemente beinhaltet (z. B. Lieferungen und Dienstleistungen), auf jedes dieser Elemente die jeweiligen spezifischen Regeln anzuwenden sind.

Diese Grundsätze wurden im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen entwickelt. Die Kommission ist jedoch der Ansicht, daß es zweckmäßig wäre, einen analogen Ansatz zu wählen, um zu bestimmen, ob eine Konzession unter die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge fällt. Der sachliche Anwendungsbereich dieser Richtlinie ist nämlich immer derselbe, ob es sich nun um einen öffentlichen Bauauftrag oder eine Baukonzession handelt ⁽²²⁾.

Nach Ansicht der Kommission geht es daher vor allem darum, festzustellen, ob der Hauptgegenstand des Vertrags die Errichtung eines Bauwerks bzw. die Durchführung von Bauarbeiten für Rechnung des Konzessionsgebers ist, oder ob diese Bauarbeiten bzw. die Errichtung des Bauwerks gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrags lediglich von untergeordneter Bedeutung sind.

Ist der Hauptgegenstand des Vertrags die Errichtung eines Bauwerks für Rechnung des Konzessionsgebers, so liegt nach Auffassung der Kommission eine Baukonzession vor.

In diesem Fall ist, sofern der Schwellenwert (5 000 000 EUR) erreicht ist, die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge anzuwenden, und zwar auch, wenn Elemente im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen vorhanden sind. Die Tatsache, daß die Arbeiten oder Bauwerke in Wirklichkeit von einem Dritten ausgeführt bzw. errichtet werden, ändert nichts an der Natur des Basisvertrags. Der Vertragsgegenstand bleibt derselbe.

Ist hingegen bei einem Konzessionsvertrag die Ausführung der Bauarbeiten nur von untergeordneter Bedeutung oder geht es dabei nur um die Nutzung eines bereits bestehenden Bauwerks, so liegt eine Dienstleistungskonzession vor.

In der Praxis treten im übrigen auch Fälle auf, bei denen es gleichzeitig um die Errichtung eines Bauwerks bzw. die Durchführung von Bauarbeiten und um die Erbringung von Dienstleistungen geht. So können am Rande einer Baukonzession Dienstleistungskonzessionen für ergänzende Tätigkeiten vergeben werden, die jedoch unabhängig von der Nutzung des Bauwerks sind. Zum Beispiel können Autobahn-Raststätten Gegenstand einer Dienstleistungskonzession sein, die unabhängig von der Konzession zum Bau oder der Verwaltung der Autobahn ist. Die Kommission ist der Meinung, daß, wenn die Vertragsgegenstände voneinander getrennt werden können, auf jeden dieser Verträge die entsprechenden Regeln anzuwenden sind.

2.4 ANWENDUNGSBEREICH DER MITTEILUNG

Wie bereits ausgeführt, unterliegen Konzessionen, auch wenn sie von den Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen nicht erfaßt werden, den Bestimmungen und Grundsätzen des EG-Vertrags, wenn sie durch dem Staat zurechenbare Akte vergeben werden und wirtschaftliche Tätigkeiten zum Gegenstand haben.

Jeder vertragliche oder einseitige staatliche Akt ⁽²³⁾, der die Bedingungen für die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen festlegt, ist anhand der Bestimmungen und Grundsätze des

Vertrags, insbesondere der Artikel 43 bis 55 (ex-Artikel 52 bis 66) zu beurteilen ⁽²⁴⁾.

Diese Mitteilung bezieht sich daher auf dem Staat zurechenbare Akte, durch die eine Behörde einem Dritten entweder vertraglich oder durch einen einseitigen Akt mit Zustimmung dieses Dritten die vollständige oder teilweise Durchführung von Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in seine Zuständigkeit fallen und für die der Dritte die Nutzung trägt. In der Mitteilung werden nur solche Dienstleistungen berücksichtigt, die in einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Artikel 43 bis 55 (ex-Artikel 52 bis 66) EG-Vertrag bestehen.

Diese staatlichen Akte werden in der Folge unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation in den nationalen Rechtsordnungen als „Konzession“ bezeichnet.

Vorbehaltlich der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die anwendbar sein könnten, bezieht sich die Mitteilung nicht auf

— Akte, durch die eine Behörde die Genehmigung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit erteilt, auch wenn sie in einigen Mitgliedstaaten als Konzessionen bezeichnet werden ⁽²⁵⁾;

— Akte im Zusammenhang mit der Ausübung einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit, wie etwa das Pflichtschulwesen oder die Sozialversicherung.

Kommt es nach Beendigung der Laufzeit einer Konzession zu einer Verlängerung, so ist diese der Erteilung einer neuen Konzession gleichzustellen und dementsprechend diese Mitteilung anzuwenden.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionär eine innerorganische Übertragung stattfindet, die über den Verwaltungsbereich des Auftraggebers hinausgeht ⁽²⁶⁾. Der Gerichtshof hat sich zur Frage, ob und inwieweit auf solche Beziehungen das Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist, nicht geäußert ⁽²⁷⁾. Andere derzeit beim Gerichtshof anhängige Verfahren könnten diesbezüglich ergänzende Elemente bringen ⁽²⁸⁾.

Im Gegensatz dazu werden Beziehungen zwischen Behörden und öffentlichen Unternehmen, die mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, grundsätzlich von der Mitteilung erfaßt ⁽²⁹⁾. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ⁽³⁰⁾ hindert der Vertrag die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran, aus im öffentlichen Interesse liegenden Gründen nichtwirtschaftlicher Art, bestimmte Dienstleistungen des öffentlichen Interesses dem Wettbewerb zu entziehen, indem sie ausschließliche Rechte verleihen ⁽³¹⁾. Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, daß die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung eines solchen Monopols weder gegen die Vertragsvorschriften über den freien Warenverkehr und über den freien Dienstleistungsverkehr noch gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen dürfen ⁽³²⁾. Ebenso unterliegen auch die Modalitäten, nach denen diese ausschließlichen Rechte gewährt werden, den Bestimmungen des Vertrags und fallen daher in den Anwendungsbereich dieser Mitteilung.

3. FÜR KONZESSIONEN GELTENDE BESTIMMUNGEN

Wie bereits erwähnt, unterliegen nur Baukonzessionen, die den in der Richtlinie 93/37/EWG festgelegten Schwellenwert von 5 000 000 EUR erreichen, besonderen Rechtsvorschriften.

Konzessionen unterliegen wie jeder staatliche Akt zur Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von wirtschaftlichen Leistungen den Artikeln 28 bis 30 (ex-Artikel 30, 34, 36) und 43 bis 55 (ex-Artikel 52 bis 66) EG-Vertrag sowie den vom Gerichtshof entwickelten Grundsätzen⁽³³⁾. Insbesondere handelt es sich dabei um die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung sowie der Verhältnismäßigkeit⁽³⁴⁾.

Der EG-Vertrag beschränkt nicht die Freiheit der einzelnen Mitgliedstaaten, sich für eine Konzession zu entscheiden, sofern die Modalitäten der Konzessionserteilung dem Gemeinschaftsrecht entsprechen.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, daß, auch wenn die Mitgliedstaaten gemäß EG-Vertrag die materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln weiterhin selbst festlegen können, sie dennoch alle entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zu beachten haben, insbesondere die Verbote, die sich aus den im Vertrag festgelegten Grundsätzen für den Bereich des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben⁽³⁵⁾. Der Gerichtshof hat außerdem betont, wie wichtig die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags sind und insbesondere klargestellt, daß die Richtlinien über öffentliche Aufträge einerseits darauf abzielen, die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern und andererseits die Wirksamkeit der im Vertrag im Bereich der öffentlichen Bau- und Lieferaufträge anerkannten Rechte sicherzustellen⁽³⁶⁾.

Einige Mitgliedstaaten waren zuweilen der Meinung, daß die Vergabe einer Konzession nicht in den Geltungsbereich des Vertrags falle, da es sich dabei um die Übertragung einer Dienstleistung für die Allgemeinheit handle, die nur auf Basis wechselseitigen Vertrauens erfolgen könne (*intuitu personae*). Aus dem Vertrag und der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, daß staatliche Akte nur dann vom Verbot gemäß Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) EG-Vertrag abweichen dürfen, wenn die Artikel 45 und 55 (ex-Artikel 55 und 66) zur Anwendung kommen. Die vom Gerichtshof erarbeiteten, sehr restriktiven Anwendungsvoraussetzungen werden unten erläutert⁽³⁷⁾. Im Vertrag und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes weist nichts darauf hin, daß man bei den Konzessionen anders verfahren darf.

In der Folge erinnert die Kommission an die Vorschriften des Vertrags und die von der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Grundsätze, die auf Konzessionen, um die es in der vorliegenden Mitteilung geht, anwendbar sind.

3.1 IM EG-VERTRAG FESTGESCHRIEBENE BESTIMMUNGEN UND GRUNDSÄTZE SOWIE VOM GERICHTSHOF AUSGEARBEITETE BESTIMMUNGEN UND GRUNDSÄTZE

Wie bereits ausgeführt, werden im EG-Vertrag ausdrücklich weder öffentliche Aufträge noch Konzessionen erwähnt. Einige

Vertragsbestimmungen sind jedoch trotzdem anzuwenden. Es handelt sich dabei um die Vorschriften zur Errichtung und zur Sicherstellung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes, nämlich

- die Vorschriften, die jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbieten (Artikel 12 erster Absatz, ex-Artikel 6 erster Absatz).
- die Vorschriften zum freien Warenverkehr (Artikel 28 ff, ex-Artikel 30), zur Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 ff, ex-Artikel 52) und zur Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 ff, ex-Artikel 59 ff) sowie die entsprechenden Ausnahmeregelungen der Artikel 30, 45 und 46 (ex-Artikel 36, 55 und 56⁽³⁸⁾),
- die Vorschriften des Artikels 86 (ex-Artikel 90), die Anhaltspunkte bieten können, um zu beurteilen, ob die Erteilung von Rechten rechtmäßig erfolgt ist.

Diese Bestimmungen sowie die vom Gerichtshof dazu entwickelten Grundsätze werden in der Folge erläutert.

Die zitierte Rechtsprechung bezieht sich zum Teil auf öffentliche Aufträge. Die Grundsätze, die sich daraus ergeben, haben jedoch häufig einen Anwendungsbereich, der über die öffentlichen Aufträge hinausgeht. Sie sind daher auch auf andere Konstruktionen, wie etwa die Konzessionen, anwendbar.

3.1.1 Gleichbehandlung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes „gehört der allgemeine Gleichheitssatz, von dem das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nur ein spezifischer Ausdruck ist, zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre“⁽³⁹⁾.

Der Gerichtshof hat zudem klargestellt, daß der Gleichheitssatz, von dem die Artikel 52 und 59 EG-Vertrag (Artikel 43 und 49 EG-Vertrag nach der neuen Numerierung) eine besondere Ausprägung sind, „nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (. . .), sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung verbietet, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen“⁽⁴⁰⁾.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet vor allem, daß die „Spielregeln“ allen potentiellen Konzessionären bekannt sein und auf alle in gleicher Art und Weise angewendet werden müssen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes — insbesondere aus den Urteilen Roulin⁽⁴¹⁾ und Parlament/Rat⁽⁴²⁾ — ergibt sich, daß die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur die Festlegung von nichtdiskriminierenden Zugangsbedingungen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit bedeutet, sondern die Behörden gleichfalls verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Ausübung dieser Tätigkeit sicherzustellen.

Die Kommission ist der Meinung, daß sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, daß der Grundsatz des offenen Wettbewerbs einzuhalten ist.

In den Urteilen *Storebaelt* und *Wallonische Busse* hatte der Gerichtshof Gelegenheit, die Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens näher auszuführen. Er bestätigte einerseits, daß die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangt, daß alle Angebote den Ausschreibungsunterlagen entsprechen müssen, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu gewährleisten⁽⁴³⁾. Andererseits hielt er fest, daß, wenn ein Auftraggeber eine Änderung des ursprünglichen Angebots eines einzelnen Bieters berücksichtigt, dieser gegenüber seinen Mitbewerbern begünstigt ist, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und die Transparenz des Verfahrens beeinträchtigt. Darüber hinaus erklärte der Gerichtshof: „Das Verfahren zum Vergleich der Angebote (muß) in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen“⁽⁴⁴⁾.

Der Gerichtshof hat in dieser Rechtsprechung zur Anwendung der Richtlinien somit klargestellt, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht von einer eventuellen Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder aufgrund anderer Unterscheidungsmerkmale abhängt.

Die Anwendung dieser Bestimmungen und Grundsätze auf Konzessionen (was jedoch offensichtlich nur möglich ist, wenn der Auftraggeber mit mehr als einem potentiellen Konzessionär verhandelt) bedeutet, daß der Konzessionsgeber das geeignetste Vergabeverfahren, insbesondere nach den Besonderheiten des betroffenen Sektors, und die Anforderungen, die die Bewerber während der verschiedenen Verfahrensstadien erfüllen müssen, frei bestimmen kann⁽⁴⁵⁾. Nichtsdestoweniger bedeutet dies, daß die Wahl der Konzessionäre auf objektiver Grundlage erfolgen muß und daß die Verfahrensbestimmungen sowie die zu Beginn festgelegten grundlegenden Anforderungen eingehalten werden müssen⁽⁴⁶⁾. Für den Fall, daß keine Regeln festgelegt wurden, verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls, daß die Wahl der Kandidaten anhand objektiver Kriterien erfolgt.

Als Verstoß gegen die genannten Vertragsbestimmungen und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sind insbesondere anzusehen: Bestimmungen, die öffentliche Aufträge jenen Unternehmen vorbehalten, die unmittelbar oder mittelbar ganz oder mehrheitlich im Besitz des Staates oder der öffentlichen Hand stehen⁽⁴⁷⁾, Praktiken, die die Annahme von Angeboten erlauben, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen oder die nach ihrer Öffnung geändert wurden sowie die Berücksichtigung von Varianten, sofern dies ursprünglich nicht vorgesehen war. Darüber hinaus darf der ursprüngliche Entwurf nicht im Laufe der Verhandlungen hinsichtlich zu Beginn des Verfahrens festgelegter Kriterien und Anforderungen verfälscht werden.

In manchen Fällen hat der Konzessionsgeber keine Möglichkeit, die technischen Erfordernisse hinreichend präzise zu beschreiben. Er wird daher versuchen, alternative Angebote einzuholen, die für ein allgemein formuliertes Problem verschiedene Lösungsmöglichkeiten bieten. Aber auch in einem solchen Fall

muß das Lastenheft nichtdiskriminierend und objektiv darlegen, was von den Bewerbern verlangt wird, insbesondere welche Modalitäten sie bei der Vorbereitung der Angebote zu beachten haben. Auf diese Weise weiß jeder Bieter im voraus, daß verschiedene technische Lösungen angeboten werden können. Allgemeiner ausgedrückt: Das Lastenheft darf keine Punkte beinhalten, die den genannten Vorschriften und Grundsätzen des Vertrags widersprechen. Die Anforderungen des Konzessionsgebers können auch in Zusammenarbeit mit Unternehmen des betreffenden Sektors festgelegt werden, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird.

3.1.2 Transparenz

Die Kommission erinnert daran, daß der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Transparenz und dem Grundsatz der Gleichbehandlung hervorgehoben hat. Der Grundsatz der Transparenz sichert den Zweck des Grundsatzes der Gleichbehandlung indem er unverfälschte Wettbewerbsbedingungen garantiert⁽⁴⁸⁾.

Die Kommission stellt fest, daß es im Bereich der Konzessionen in fast allen Mitgliedstaaten Vorschriften oder eine Verwaltungspraxis gibt, die vorsehen, daß Einrichtungen, die Dritte mit der Durchführung einer Wirtschaftstätigkeit beauftragen wollen, ihre Absicht in geeigneter Art und Weise bekanntgeben. Dies dient der Gewährleistung eines Minimums an Transparenz.

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof bekräftigt, daß das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob es beachtet wird⁽⁴⁹⁾.

Die Transparenz kann auf jede geeignete Art und Weise sichergestellt werden, auch durch Veröffentlichung, abhängig und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betroffenen Sektoren⁽⁵⁰⁾. Diese Arten der Veröffentlichung enthalten grundsätzlich die notwendigen Informationen, die potentielle Konzessionäre benötigen um zu entscheiden, ob sie sich am Verfahren beteiligen möchten (z. B. Auswahl- und Zuschlagskriterien, . . .). Hierzu zählen der Gegenstand der Konzession sowie Art und Umfang der vom Konzessionär erwarteten Leistungen.

Unter solchen Bedingungen betrachtet die Kommission die Verpflichtung zur Transparenz als gewährleistet.

3.1.3 Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“⁽⁵¹⁾. Er gilt auch für nationale Stellen, soweit sie das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben⁽⁵²⁾, und zwar selbst dann, wenn ihnen ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht⁽⁵³⁾.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, daß die gewählten Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind⁽⁵⁴⁾. Dabei haben die Mitgliedstaaten die für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belastende Maßnahme zu wählen⁽⁵⁵⁾.

Auf Konzessionen angewendet bedeutet dieser Grundsatz, daß die Konzessionsgeber zwar das verfolgte Ziel, insbesondere die technischen Spezifikationen, definieren können, die gewählten Maßnahmen jedoch nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung des Ziels notwendig und geeignet ist.

So darf ein Mitgliedstaat etwa bei der Auswahl der Bewerber keine technischen, fachlichen oder finanziellen Fähigkeiten verlangen, die in bezug auf den Gegenstand der Konzession unverhältnismäßig oder exzessiv sind.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit macht es außerdem notwendig, Wettbewerb und finanzielle Ausgewogenheit in Einklang zu bringen; die Laufzeit der Konzession ist daher so festzulegen, daß der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen⁽⁵⁶⁾. Hierbei ist jedoch das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär beizubehalten.

3.1.4 Gegenseitige Anerkennung

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wurde vom Gerichtshof entwickelt und nach und nach in einer umfangreichen Rechtsprechung zum freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr präzisiert. Gemäß diesem Grundsatz muß ein Mitgliedstaat die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Gemeinschaftsstaat zulassen, wenn diese Waren und Dienstleistungen den vom Bestimmungsland festgelegten gerechtfertigten Vorgaben entsprechen⁽⁵⁷⁾.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf Konzessionen bedeutet insbesondere, daß der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, technische Spezifikationen, Kontrollen, aber auch Titel, Bescheinigungen und Qualifikationen, die in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich sind, akzeptieren muß, soweit sie in bezug auf die von ihm festgelegten Erfordernisse als gleichwertig anerkannt sind⁽⁵⁸⁾.

3.1.5 Ausnahmebestimmungen im EG-Vertrag

Beschränkungen des freien Warenverkehrs sowie der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind nur zulässig, wenn einer der Gründe der Artikel 30, 45, 46 oder 55 (ex-Artikel 36, 55, 56 und 66) EG-Vertrag vorliegt.

Insbesondere zu Artikel 45 (ex-Artikel 55) (der Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit Tätigkeiten, die, wenn auch nur zeitweise, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, erlaubt) hat der Gerichtshof mehrmals folgendes festgestellt⁽⁵⁹⁾: „Artikel 45 (ex-Artikel 55) EWG-Vertrag ist als Ausnahme vom Grundprinzip der Niederlassungsfreiheit so auszulegen, daß sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen,

die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist.“ Eine solche Ausnahme muß auf diejenigen in Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) bezeichneten Tätigkeiten beschränkt werden, die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt einschließen⁽⁶⁰⁾.

Die Anwendung der Ausnahmeregelung gemäß Artikel 45 (ex-Artikel 55) ist daher auf solche Fälle zu beschränken, bei denen der Konzessionär unmittelbar und in spezifischer Form an der Ausübung der öffentlichen Gewalt beteiligt ist.

Daher unterliegen Tätigkeiten, die aufgrund einer Verpflichtung oder einer gesetzlich festgelegten Ausschließlichkeit verrichtet oder von nationalen Stellen als öffentlicher Dienst bezeichnet werden, nicht automatisch dieser Ausnahmeregelung⁽⁶¹⁾. Es ist zwar richtig, daß jede Tätigkeit, die der Staat überträgt, grundsätzlich auch gemeinnützig ist; dies bedeutet jedoch nicht, daß diese Tätigkeit notwendigerweise zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehört.

Der Gerichtshof hat z. B. die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des Artikels 45 (ex-Artikel 55) aufgrund folgender Feststellungen ausgeschlossen:

- Die öffentliche Gewalt behielt die Kontrolle über die übertragenen Tätigkeiten und verfügte über die geeigneten Mittel zur Sicherung der von ihr zu wahrenden Interessen⁽⁶²⁾.
- Die übertragenen Tätigkeiten waren technischer Natur und hatten daher nichts mit einer Ausübung der öffentlichen Gewalt zu tun⁽⁶³⁾.

Wie bereits ausgeführt, muß entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jede Maßnahme, durch die die Ausübung der in Artikel 43 und 49 (ex-Artikel 52 und 59) genannten Freiheiten eingeschränkt wird, im Hinblick auf die angestrebten Ziele sowohl erforderlich als auch angemessen sein⁽⁶⁴⁾. Das bedeutet insbesondere, daß die Mitgliedstaaten bevorzugt solche Maßnahmen zur Verwirklichung des verfolgten Ziels einzusetzen haben, die die Ausübung der Freiheiten am wenigsten beeinträchtigen⁽⁶⁵⁾.

Außerdem muß der Empfangsstaat im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit prüfen, ob das zu wahrende Interesse nicht bereits durch die Vorschriften im Herkunftsland des Bewerbers, in dem dieser gewöhnlich seine Tätigkeit ausübt, geschützt ist.

3.1.6 Schutz der Rechte Einzelner

Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bekräftigt, daß abschlägige Entscheidungen begründet werden müssen. Zudem muß den Adressaten solcher Entscheidungen der Rechtsweg offenstehen⁽⁶⁶⁾.

Diese Erfordernisse ergeben sich, wie der Gerichtshof festgestellt hat, aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten. Sie sind zudem in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert und haben daher allgemeine Gültigkeit⁽⁶⁷⁾.

Sie sind mithin auch auf den Einzelnen anwendbar, der sich anlässlich einer Konzessionsvergabe im Sinne dieser Mitteilung in seinen Rechten verletzt glaubt.

3.2 DIE BESONDEREN VORSCHRIFTEN DER RICHTLINIE 93/37/EWG FÜR BAUKONZESSIONEN

Die Kommission erinnert daran, daß die oben dargelegten Bestimmungen und Grundsätze auch für Baukonzessionen gelten. Die Richtlinie 93/37/EWG sieht jedoch u. a. für Baukonzessionen besondere Vorschriften vor, insbesondere Vorschriften über die Bekanntmachung.

Selbstverständlich gelten für die Konzessionen, die den in der Richtlinie 93/37/EWG festgesetzten Schwellenwert nicht erreichen, ausschließlich die Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags.

3.2.1 **Beginnphase: Auswahl des Konzessionärs**

3.2.1.1 *Vorschriften über Bekanntmachung und Transparenz*

Im Fall von Baukonzessionen sind die Auftraggeber verpflichtet, die Konzession entsprechend dem Muster der Richtlinie 93/37/EWG im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekanntzumachen und somit den Wettbewerb auf europäischer Ebene zu ermöglichen ⁽⁶⁸⁾.

Die Kommission ist im Bereich der Konzessionserteilung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf ein Problem gestoßen: Einige Mitgliedstaaten scheinen der Meinung zu sein, daß die auf Baukonzessionen anwendbaren Bestimmungen der Richtlinie 93/37/EWG nicht für solche Verträge gelten, die zwischen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossen werden.

Die Richtlinie 93/37/EWG sieht jedoch für die Vergabe sämtlicher öffentlicher Baukonzessionen eine vorangehende Bekanntmachung vor, unabhängig davon, ob der potentielle Konzessionär dem privaten oder dem öffentlichen Bereich angehört. Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 93/37/EWG berücksichtigt im übrigen ausdrücklich den Fall, daß der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist. Dies bedeutet, daß einer solchen Geschäftsbeziehung eine Bekanntmachung gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie voranzugehen hat.

3.2.1.2 *Wahl des Verfahrenstyps*

Im Rahmen der Baukonzessionen kann der Konzessionsgeber nach Gutdünken das geeignetste Verfahren wählen und insbesondere in das Verhandlungsverfahren eintreten.

3.2.2 **Folgephase: Vergabe von Aufträgen durch den Auftragnehmer** ⁽⁶⁹⁾

Die Richtlinie 93/37/EWG beinhaltet mehrere Bestimmungen für die Vergabe von Aufträgen durch den Konzessionär, wenn der Auftragswert der Bauarbeiten 5 000 000 EUR oder mehr beträgt. Die Bestimmungen variieren jedoch je nach Typ des Konzessionärs.

Ist der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie, so müssen die Verträge für die Ausführung der Bauarbeiten unter Einhaltung sämtlicher Bestimmungen der Richtlinie für öffentliche Bauaufträge vergeben werden ⁽⁷⁰⁾.

Ist der Konzessionär nicht selbst öffentlicher Auftraggeber, so verlangt die Richtlinie nur die Einhaltung bestimmter Bekanntmachungsvorschriften. Diese Vorschriften sind jedoch nicht anzuwenden, wenn der Konzessionär die Bauaufträge an verbundene Unternehmen im Sinne des Artikels 3 Absatz 4 der Richtlinie vergibt. Die Richtlinie verlangt außerdem, daß der Bewerbung um eine Konzession die vollständige Liste dieser Unternehmen beizufügen ist. Diese Liste muß auf den neuesten Stand gebracht werden, falls sich später in den Beziehungen zwischen den Unternehmen Änderungen ergeben. Da die Liste abschließend ist, kann der Konzessionär sich bei der Vergabe eines Bauauftrags an ein Unternehmen, das in dieser Liste nicht aufscheint, nicht auf die Nichtanwendbarkeit der Bekanntmachungsvorschriften berufen.

Der Konzessionär muß daher seine Absicht, einen Bauauftrag an Dritte zu vergeben, auf Gemeinschaftsebene bekanntgeben. Dies gilt unabhängig davon, ob er selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist.

Die Kommission vertritt schließlich die Meinung, daß ein Mitgliedstaat gegen die Richtlinie 93/37/EWG hinsichtlich der Bestimmungen über Bauarbeiten, die von Dritten für den Konzessionär ausgeführt werden, verstößt, wenn er eine verbundene Gesellschaft als Vermittler einschaltet, um ohne Ausschreibung Bauaufträge an dritte Unternehmen zu vergeben.

3.2.3 **Vorschriften für das Nachprüfungsverfahren**

Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG sieht vor, „daß die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, daß (. . .) die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch (. . .) auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können“. Diese Bestimmung ist auf Baukonzessionen anwendbar ⁽⁷¹⁾.

Die Kommission erinnert zudem auch an Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665/EWG: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.“

Das bedeutet, daß die Mitgliedstaaten keine materiellen oder verfahrensrechtlichen Maßnahmen setzen dürfen, die die Mechanismen, die durch die Richtlinie 89/665/EWG eingeführt wurden, ihrer Wirksamkeit berauben können.

Was Konzessionäre betrifft, die öffentliche Auftraggeber sind, so besteht für sie — abgesehen von den bereits erwähnten Pflichten — im Bereich der öffentlichen Aufträge eine Begründungspflicht: Artikel 8 der Richtlinie 93/37/EWG verpflichtet öffentliche Auftraggeber dazu, ihre Entscheidung innerhalb von 15 Tagen zu begründen. Zudem kommen die in der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zur Anwendung.

3.3 DIE KONZESSION IN BESONDEREN SEKTOREN

Die Richtlinie 93/38/EWG über öffentliche Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden, die im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor tätig sind (in der Folge „Sektorenrichtlinie“), beinhaltet keine spezifischen Regeln über Bau- oder Dienstleistungskonzessionen.

Entscheidend für die Bestimmung der anwendbaren Vorschriften ist die Rechtspersönlichkeit des Konzessionsgebers sowie seine Tätigkeit. Dabei sind mehrere Fälle denkbar.

Erteilung einer Konzession durch den Staat oder eine andere Gebietskörperschaft, die in keinem der vier unter die Sektorenrichtlinie fallenden Sektoren tätig sind, für eine Wirtschaftstätigkeit in einem dieser vier Sektoren: Die Erteilung der Konzession unterliegt den oben ausgeführten Bestimmungen und Grundsätzen des EG-Vertrags und, wenn es sich um eine Baukonzession handelt, auch der Richtlinie über Bauaufträge.

Erteilung einer Konzession durch eine öffentliche Stelle, die in einem der unter die Sektorenrichtlinie fallenden Sektoren tätig ist: Sofern der Konzessionsgeber eine öffentliche Stelle ist, gelten die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags. Auch bei Baukonzessionen sind ausschließlich die Bestimmungen und Grundsätze des EG-Vertrags anzuwenden, da die Richtlinie über

öffentliche Bauaufträge nicht auf die Erteilung von Konzessionen durch Stellen anzuwenden ist, die in einem der unter die Richtlinie 93/38/EWG fallenden Sektoren tätig sind.

Der Konzessionsgeber ist eine private Einrichtung: Eine solche Einrichtung unterliegt weder den oben erläuterten Bestimmungen noch den genannten Grundsätzen⁽⁷⁾.

Die Kommission ist zuversichtlich, daß die vorliegende Mitteilung zur Klärung der relevanten Vorschriften sowie dazu beiträgt, die Märkte im Bereich der Konzessionen für den Wettbewerb zu öffnen.

Die Kommission möchte außerdem unterstreichen, daß durch das Bemühen um Transparenz, das durch die Veröffentlichung der Mitteilung zum Ausdruck kommt, einem etwaigen Legislativvorschlag im Bereich der Konzessionen keinesfalls vorgegriffen wird, falls sich herausstellen sollte, daß ein solcher erforderlich ist, um die Rechtssicherheit zu verstärken.

Die Elemente, die sich heute aus dem Vertrag, den Richtlinien und der Rechtsprechung ableiten lassen, könnten vom Gerichtshof, bei dem derzeit mehrere Vorabentscheidungsverfahren anhängig sind⁽⁷⁾, noch weiter präzisiert werden. Die vorliegende Mitteilung könnte daher in Zukunft noch ergänzt werden, um diesen neuen Elementen Rechnung zu tragen.

(1) ABl. C 94 vom 7.4.1999, S. 4.

(2) Die Kommission bedankt sich bei den Wirtschaftsteilnehmern, den Vertretern des öffentlichen Interesses, den staatlichen Behörden und Privatpersonen, deren Beiträge die vorliegende Mitteilung bereichern haben.

(3) Vergleiche auch die Mitteilung der Kommission „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“ vom 11. März 1998, KOM(98) 143, Ziffer 2.1.2.4.

(4) Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Abl. L 199 vom 9.8.1993, S. 54).

(5) Obengenannte Richtlinie 93/37/EWG.

(6) Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Abl. L 209 vom 24.7.1992, S. 1); Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (Abl. L 199 vom 9.8.1993, S. 1); Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Abl. L 199 vom 9.8.1993, S. 84).

(7) Das bekannteste Beispiel für eine öffentliche Baukonzession ist der Vertrag, durch den der Staat eine Gesellschaft dazu ermächtigt, eine Autobahn zu bauen und zu nutzen, und ihr gestattet, als Entlohnung von den Benutzern Gebühren einzuheben.

(8) Die Überprüfung hat für jeden Einzelfall zu erfolgen und verschiedene Elemente wie den Vertragsgegenstand, die Vertragsdauer, die Vertragshöhe, die wirtschaftliche und finanzielle Eignung des Konzessionärs sowie jedes andere Element, das geeignet ist festzustellen, daß der Konzessionär tatsächlich ein Risiko trägt, zu berücksichtigen.

(9) Ist die Erstattung der Finanzierung durch den Auftraggeber gewährleistet, ohne daß ein sich aus der Natur der Verwaltung des Werks ergebendes Risiko besteht, fehlt das Risikoelement; der Vertrag ist daher als Bauauftrag und nicht als Konzession zu behandeln. Darüber hinaus kann ein Vertrag nicht mehr als Konzession behandelt werden, wenn der Konzessionär auf direkte oder indirekte Weise während der Vertragsdauer, oder sogar nach dessen Ablauf, eine andere Entlohnung (in Form einer Erstattung der Kosten oder des Verlusts, etc.) als jene, die mit der Nutzung verbunden ist, erhält. In dieser Situation muß die Vereinbarkeit der späteren Finanzierung im Licht der spezifisch anwendbaren Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts geprüft werden.

(10) So mußte die Kommission beispielsweise in folgendem Fall entscheiden: Ein Konsortium von Unternehmern und Banken verpflichtete sich zur Erstellung eines vom Auftraggeber zu nutzenden Bauwerkes gegen Erstattung des Darlehens, das die Unternehmer bei den Banken aufgenommen hatten, durch den Auftraggeber, zuzüglich einer Gewinnspanne für die privaten Partner. Die Kommission sah diesen Fall als öffentlichen Bauauftrag an, weil das Konsortium kein Nutzungsrecht hatte und somit auch kein mit der Nutzung verbundenes Risiko tragen mußte. Zu diesem Schluß ist die Kommission auch in einem anderen Fall gekommen: Hier hatte es zwar den Anschein, daß der private Partner, der die Arbeiten ausführte, ein Nutzungsrecht hatte. Tatsächlich bürgte aber die öffentliche Hand für eine Entschädigung, und zwar unter solchen Bedingungen, daß in Wirklichkeit die öffentliche Hand das mit der Nutzung verbundene Risiko zu tragen hatte.

(11) Legt der Staat zum Beispiel die Höhe einer Autobahnmaut so fest, daß die Kosten der Nutzung nicht gedeckt sind.

(12) Z. B. Risiken im Zusammenhang mit einer Änderung von Rechtsvorschriften, während der Vertragserfüllung (beispielsweise etwa im Bereich des Umweltschutzes, wodurch Änderungen des Werks erforderlich werden oder steuerrechtliche Änderungen, die die finanzielle Ausgewogenheit des Vertrags stören) oder das Risiko des technischen Veralteteins. Diese Art von Risiken ist übrigens besonders geeignet, im Rahmen einer Konzession aufzutreten, da es sich üblicherweise um einen Vertrag mit relativ langer Vertragsdauer handelt (zur Dauer der Konzession siehe Punkt 3.1.3).

(13) Es ist zu beachten, daß auch im Fall einer fiktiven Maut, d. h. bei einer Übernahme durch den Konzessionsgeber, das wirtschaftliche Risiko bestehen bleibt, wenn die Vergütung vom Ausmaß der Nutzung abhängig gemacht wird.

- (14) In einem von der Kommission untersuchten Fall hatte es zwar den Anschein, daß der private Partner ein Nutzungsrecht hatte. Tatsächlich bürgte aber die öffentliche Hand für eine Entschädigung, und zwar unter solchen Bedingungen, daß in Wirklichkeit die öffentliche Hand das mit der Nutzung verbundene Risiko zu tragen hatte.
- (15) In der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge wird der Begriff „Dienstleistungskonzession“ nicht erwähnt. Dies erfordert einige Bemerkungen. Die Kommission hat anlässlich der vorbereitenden Arbeiten zu dieser Richtlinie vorgeschlagen, für diese Art der Konzession eine Regelung vorzusehen, die den Vorschriften für Baukonzessionen entsprechen sollte. Der Rat hat diesen Vorschlag jedoch nicht angenommen. Es hat sich daher die Frage gestellt, ob die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nicht vollständig den Vorschriften der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge unterliegt. Diese gilt — abgesehen von mehreren, in der Richtlinie aufgezählten Ausnahmen, unter denen der Konzessionsvertrag jedoch nicht aufscheint — für alle „zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“ (vergleiche oben).
- Eine Wortinterpretation dieser Definition, die in der Lehre teilweise vertreten wird, könnte zu einer Einbeziehung des Konzessionsvertrags in den Geltungsbereich der Richtlinie über Dienstleistungsaufträge führen, da es sich dabei um einen entgeltlichen und schriftlichen Vertrag handelt. Ein solcher Ansatz würde bedeuten, daß bei der Erteilung einer Dienstleistungskonzession die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften einzuhalten wären. Das Verfahren wäre daher viel komplexer als das Verfahren zur Erteilung einer Baukonzession.
- In den Fällen, die die Kommission zu bearbeiten hatte, ist sie dieser Auslegung mangels Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Frage jedoch nicht gefolgt. In einem derzeit beim Gerichtshof anhängigen Vorabentscheidungsverfahren geht es um die Frage der Definition der Dienstleistungskonzession und der darauf anzuwendenden Rechtsvorschriften (Rechtssache C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH gegen Post & Telekom Austria (Telaustria)*).
- (16) Urteil des Gerichtshofes vom 26. April 1994, Rechtssache C-272/91, *Kommission gegen Italien (Lottomatica)*. Sammlung I-1409.
- (17) Schlußanträge des Generalanwalts La Pergola in der Rechtssache C-360/96, *Arnhem*.
Schlußanträge des Generalanwalts Alber in der Rechtssache C-108/98, *RI. SAN Srl. gegen Commune di Ischia*.
- (18) Im Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/95, *Arnhem*, Randnummer 25, hat der Gerichtshof das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession verneint, da das Entgelt ausschließlich einen Preis, nicht aber das Recht zur Gebührenerhebung umfasse.
- (19) Schlußfolgerungen des Generalanwalts in der Rechtssache *Arnhem*; Schlußfolgerungen des Generalanwalts in der Rechtssache *RI. SAN Srl. a. a. O.*
- (20) Urteil vom 19. April 1994 in der Rechtssache C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sammlung I-1329.
- (21) Urteil vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/88, *Data Processing*, Sammlung, S. 4035.
- (22) Der Gerichtshof hat diesen Grundsatz im übrigen in seinem Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98, *Teckal Srl. gegen Gemeinde Viano und AGAC Reggio Emilia (Teckal)* angewendet, um Liefer- und Dienstleistungsaufträge voneinander abzugrenzen.
- (23) Zu verstehen im weitesten Sinne, nämlich alle Akte, die durch die öffentliche Gewalt vorgenommen werden (Gebietskörperschaften, Länder, Regionen, Kreise, Gemeinden) sowie alle Akte anderer Stellen, die zwar eine andere Rechtsform aufweisen, gleichwohl aber so eng mit dem Staat verbunden sind, daß sie als Teile seiner Organisation angesehen werden müssen. Der Begriff der staatlichen Akte umfaßt auch alle dem Staat zuzurechnenden Akte, d. h. Akte, die zwar nicht von den öffentlichen Behörden beschlossen werden, diesen aber dennoch aufgrund ihrer Möglichkeiten, sie zu verhindern oder ihre Änderung zu verlangen, zugerechnet werden können.
- (24) Dies gilt analog für Konzessionen, die Lieferungen zum Gegenstand haben. Sie sind anhand der Artikel 28 bis 30 (ex-Artikel 30 bis 36) EG-Vertrag zu beurteilen.
- (25) Zum Beispiel Taxikonzessionen oder die Genehmigung zur Sondernutzung öffentlichen Grundes (Zeitschriftenkiosks, Terrassencafés), Erlaubnis zum Betrieb von Apotheken und Tankstellen.
- (26) Beziehungen, die dem Phänomen der sogenannten „Inhouse-Dienste“ ähnlich sind. Dieses wurde zuerst von den Generalanwälten La Pergola (Rechtssache *Arnhem*, a. a. O.), Cosmas (Rechtssache *Teckal*, a. a. O.) und Alber (Rechtssache *RI. SAN a. a. O.*) analysiert.
- (27) Im Urteil *Teckal* hat der Gerichtshof erklärt, daß es für die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36/EWG grundsätzlich genügt, „daß der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde“. Er hat hinzugefügt: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“ (Randnummer 50).
- (28) Rechtssachen C-94/99 *ARGE* und C-324/98, *Telaustria a. a. O.*
- (29) Im audiovisuellen Sektor muß das Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, welches dem Vertrag von Amsterdam, der den Vertrag über die Europäische Union ändert, als Anhang beigefügt ist, berücksichtigt werden (in Kraft getreten am 1. Mai 1999).
- (30) Urteile *Sacchi* vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 und *Elliniki Radiophonia* vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89.
- (31) Urteil *Elliniki Radiophonia*, a. a. O., Randnummer 10.
- (32) Urteil *Elliniki Radiophonia*, a. a. O., Randnummer 12.
- (33) Es wird daran erinnert, daß auf dem Gebiet des Verkehrs aufgrund des Verweises in Artikel 51 (ex-Artikel 61) EG-Vertrag für den freien Dienstleistungsverkehr die Artikel 70 bis 80 (ex-Artikel 74 bis 84) EG-Vertrag ausschlaggebend sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes gelten in diesem Bereich die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (vergleiche Urteile vom 4. April 1974, Rechtssache C-167/73, *Kommission/Frankreich*, vom 30. April 1986, verbundene Rechtssachen 209/84 bis 213/84, *Ministère Public/Asjes* und andere, vom 17. Mai 1994, Rechtssache C-18/93, *Corsica ferries*, vom 1. Oktober 1998, Rechtssache C-38/97, *Autotrasporti Librandi Snc/Cuttica*).
- Dienstleistungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs unterliegen überdies der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 geänderten Fassung; diese sieht Mechanismen und Verfahren vor, die die Behörden nutzen können, um zu gewährleisten, daß ihre Ziele für den öffentlichen Verkehr erreicht werden.
- (34) Es versteht sich von selbst, daß alle Handlungen des Konzessionärs den genannten Vorschriften und Grundsätzen unterliegen, sofern sie im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes dem Staat zugerechnet werden können.
- (35) Urteil vom 9. Juli 1987, verbundene Rechtssachen 27/86, 28/86 und 29/86, *Bellini*.
- (36) Urteile vom 10. März 1987, Rechtssache 199/85, *Kommission/Italien* und vom 17. November 1993, Rechtssache C-71/92, *Kommission/Spanien*.
- (37) Urteil *Lottomatica*, a. a. O. Der Gerichtshof war bei diesem Urteil der Ansicht, daß sich in diesem Fall die Pflichten des Konzessionärs auf rein technische Tätigkeiten beschränkten und als solche dem Vertrag unterworfen seien.
- (38) Die Kommission erinnert daran, daß beschränkende, nicht-diskriminierende Maßnahmen gegen Artikel 43 (ex-Artikel 52) und 49 (ex-Artikel 59) verstoßen, wenn sie nicht aus zwingenden schutzwürdigen Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen. Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn die Maßnahmen zur Erreichung des Ziels weder angemessen noch notwendig sind.
- (39) Urteil vom 8. Oktober 1980, Rechtssache 810/79, *Überschär*.

- (40) Urteil vom 13. Juli 1993, Rechtssache C-330/91, Commerzbank; vergleiche auch Urteil vom 3. Februar 1982, verbundene Rechtssachen 62 und 63/81, Seco und Desquenne.
- (41) Urteil vom 26. Februar 1992, Rechtssache C-357/89.
- (42) Urteil vom 7. Juli 1992, Rechtssache C-295/90.
- (43) Urteil vom 22. Juni 1993, Rechtssache C-243/89, Storebaelt, Randnummer 37.
- (44) Urteil vom 25. April 1996, Rechtssache C-87/94, Wallonische Busse. Vergleiche auch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 17. Dezember 1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.
- (45) In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, daß die Mitteilung nicht die Auslegung von besonderen Regeln im Bereich Transport, die im Vertrag oder in besonderen Verordnungen festgelegt sind oder werden, berührt.
- (46) Die Ausschreibungsunterlagen können z. B. zwar vorsehen, daß die Bewerber im Hinblick auf die vom Konzessionsgeber angestrebte Lösung technische Verbesserungen anbringen können (dies ist bei komplexen Infrastrukturprojekten häufig der Fall). Diese Verbesserungen dürfen sich jedoch nicht auf die wesentlichen Elemente eines Projekts beziehen und müssen begrenzt sein.
- (47) Urteil Dataprocessing, a. a. O., Randnummer 30.
- (48) Urteil Wallonische Busse, a. a. O., Randnummer 54.
- (49) Urteil vom 18. November 1999, Rechtssache C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, Randnummer 31.
- (50) Die Transparenz kann, unter anderem, mittels einer Bekanntmachung oder einer Vorinformation in Tageszeitungen, der Fachpresse oder durch Aushang, sichergestellt werden.
- (51) Urteil vom 11. Juli 1989, Rechtssache 265/87, Schröder, Randnummer 21.
- (52) Urteil vom 27. Oktober 1993, Rechtssache 127/92, Randnummer 27.
- (53) Urteil vom 19. Juni 1980, verbundene Rechtssachen 41/79, 121/79 und 796/79, Testa und andere, Randnummer 21.
- (54) Dies ist z. B. der Fall bei einer Verpflichtung zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus der Umwelt und bei der Anwendung der Grundsätze der Vorsorge und Vorbeugung.
- (55) Vergleiche z. B. Urteil vom 17. Mai 1984, Rechtssache 15/83, Denkavit Nederland oder Urteil des Gerichts erster Instanz vom 19. Juni 1997, Rechtssache T-260/94, Air Inter SA, Randnummer 14.
- (56) Vergleiche in diesem Zusammenhang die jüngste Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz, nach der der Vertrag anzuwenden ist, „wenn eine von einem Staat getroffene Maßnahme auf seinem Hoheitsgebiet die Niederlassungsfreiheit eines Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats beschränkt und gleichzeitig einem Unternehmen einen Vorteil verschafft, indem es ihm ein ausschließliches Recht verleiht, es sei denn, diese staatliche Maßnahme verfolgt ein rechtmäßiges Ziel, das mit dem Vertrag vereinbar ist und ist dauerhaft durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt“. Im selben Fall hat das Gericht hinzugefügt, „daß die staatliche Maßnahme zudem ausschließlich dazu dienen darf, die Verwirklichung des Ziels zu gewährleisten und nicht über das Maß hinausgehen darf, das zur Erreichung des Ziels erforderlich ist“ (Urteil vom 8. Juli 1999, Rechtssache T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, Randnummer 108).
- (57) Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Rechtsprechung zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (insbesondere Urteile Vlassopoulou vom 7. Mai 1991, Rechtssache C-340/89 und Denmeyer vom 25. Juli 1991, Rechtssache C-76/90). Im ersten Urteil stellte der Gerichtshof fest, „daß nationale Qualifikationsvoraussetzungen, selbst wenn sie ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewandt werden, sich dahin auswirken können, daß sie die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in der Ausübung des ihnen durch Artikel 43 (ex-Artikel 52) EWG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsrechts beeinträchtigen. Dies kann der Fall sein, wenn die fraglichen nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt lassen.“ Im Urteil Denmeyer hat der Gerichtshof folgendes klargestellt: „Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EWG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen.“ In der Rechtssache Webb vom 17. Dezember 1981 (Rechtssache 279/80) hat der Gerichtshof noch ergänzt, daß die Dienstleistungsfreiheit verlangt, „daß der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, (...) die Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigebracht hat“.
- (58) So muß der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, gleichwertige Qualifikationen hinsichtlich fachlicher, technischer oder finanzieller Leistungsfähigkeit des Dienstleistungserbringers, die der Betroffene in einem anderen Mitgliedstaat erlangt hat, anerkennen. Hinsichtlich der Qualifikation von Unternehmen kann der Beweis der Gleichwertigkeit — abgesehen von der Anwendung der Richtlinien zur technischen Harmonisierung — zum Beispiel auch durch Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von freiwilligen Zertifikatssystemen erfolgen; diese Abkommen können sich auf die Beglaubigung stützen, die die Zuständigkeit der Bewertungsstellen nachweist.
- (59) Insbesondere Urteil vom 15. März 1988, Rechtssache 147/86, Kommission gegen Griechenland.
- (60) Urteil vom 21. Juni 1974, Rechtssache 2/74, Reyners.
- (61) Schlußanträge des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache C-3/88, Dataprocessing, a. a. O.
- (62) Urteil vom 15. März 1988, Rechtssache 147/86, a. a. O.
- (63) Rechtssachen C-3/88 und C-272/91, Dataprocessing und Lottomatica, a. a. O.
- (64) Rechtssache T-260/94, Air Inter SA, a. a. O. Zum Beispiel hat der Gerichtshof die Anwendung der Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung abgelehnt, wenn dies nicht hinreichend gerechtfertigt werden kann und das verfolgte Ziel auch durch andere Mittel erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht einschränken (vergleiche Urteil C-3/88, Dataprocessing, a. a. O., Randnummer 15).
- (65) Urteil vom 28. März 1996, Rechtssache C-272/94, Guiot/Climatec.
- (66) Urteil vom 7. Mai 1991, Rechtssache C-340/89, Vlassopoulou, Randnummer 22.
- (67) Urteil vom 15. Oktober 1987, Rechtssache 222/86, Heylens, Randnummer 14.
- (68) „Die öffentlichen Auftraggeber (müssen) die für jede Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekanntmachen, um dem Ziel der Richtlinie Rechnung zu tragen, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sicherzustellen“ (vergleiche Urteil vom 20. September 1988, Rechtssache 31/87, Beentjes, Randnummer 21).

- (⁶⁹) Es wird an Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie erinnert, wonach ein öffentlicher Auftraggeber dem Konzessionär vorschreiben kann, einen Mindestsatz des Gesamtwerts der Arbeiten an Dritte zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber kann die potentiellen Konzessionäre auch auffordern, in ihren Angeboten selbst anzugeben, welchen Prozentsatz sie an Dritte vergeben wollen.
- (⁷⁰) Das gleiche gilt bei Dienstleistungskonzessionen, wenn der Konzessionär öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie ist. Die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen.
- (⁷¹) In diesem Zusammenhang wird daran erinnert, daß Generalanwalt Elmer in der Sache C-433/93, Kommission/Deutschland, anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vergleiche Urteile vom 20. September 1988, Rechtssache 31/87, Beentjes, und vom 22. Juni 1989, Rechtssache 103/88, Costanzo) festgestellt hat, „daß die Vergaberichtlinien (. . .) dem einzelnen Rechte verleihen, die er gegenüber der öffentlichen Hand vor den nationalen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar geltend machen kann.“ Er war des weiteren der Meinung, daß die Richtlinie 89/665/EWG, die nach dieser Rechtsprechung eingeführt wurde, nicht beabsichtigt, die Rechte, die der einzelne nach dieser Rechtsprechung gegenüber den Behörden hat, zu begrenzen. Im Gegenteil, die Richtlinie diene dazu, „die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene derzeit vorhandenen Mechanismen . . ., vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können“, zu stärken (vergleiche den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665/EWG).
- (⁷²) Soweit der Konzessionär jedoch für Tätigkeiten, die unter die Sektorenrichtlinie fallen, besondere oder ausschließliche Rechte genießt, hat er die Vorschriften dieser Richtlinie für öffentliche Aufträge einzuhalten.
- (⁷³) Z. B. die Rechtssache Telaustria, a. a. O.

Vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses

(Sache COMP/M.1961 — NHS/MWCR)

(2000/C 121/03)

(Text von Bedeutung für den EWR)

1. Am 18. April 2000 ist die Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gemäß Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (¹), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 (²), bei der Kommission eingegangen. Danach ist folgendes beabsichtigt: Das Unternehmen Nuova Holding Subalpina SpA (NHS), das der Gruppe Sanpaolo-IMI SpA angehört und das Unternehmen MWCRLux Sarl, das der Schroders-Gruppe angehört, erwerben im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der genannten Verordnung die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen MWCR SpA durch den Kauf von Anteilsrechten.
2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:
 - NHS: Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen,
 - MWCRLux Sarl: Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen.
3. Die Kommission hat nach vorläufiger Prüfung festgestellt, daß der angemeldete Zusammenschluß unter die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 fällt. Ihre endgültige Entscheidung zu diesem Punkt behält sie sich allerdings vor.
4. Alle interessierten Unternehmen oder Personen können bei der Kommission zu diesem Vorhaben Stellung nehmen.

Die Stellungnahmen müssen bei der Kommission spätestens zehn Tage nach dem Datum dieser Veröffentlichung eingehen. Sie können der Kommission durch Telefax (Fax (32-2) 296 43 01 oder 296 72 44) oder auf dem Postweg, unter Angabe des Aktenzeichens COMP/M.1961 — NHS/MWCR, an folgende Anschrift übermittelt werden:

Europäische Kommission,
Generaldirektion Wettbewerb,
Direktion B — Task Force Fusionskontrolle,
Avenue de Cortenberg/Kortenberglaan 150,
B-1040 Brüssel.

(¹) ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1; Berichtigung: ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13.

(²) ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1; Berichtigung: ABl. L 40 vom 13.2.1998, S. 17.
