

BMJ - StS VR (Stabsstelle für Vergaberecht)

An das
Bundesministerium für Finanzen

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

Per mail: [REDACTED]@bmf.gv.at

Geschäftszahl: 2023-0.914.149

Mag. Dr. Michael Fruhmann
Sachbearbeiter

Michael.fruhmann@bmj.gv.at
+43 1 521 52-30 2913
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

Ihr Zeichen: 2023-0.467.036

Anfrage des BMF; Regelung des Energiebergbaus; Vereinbarkeit mit innerstaatlichem und unionsrechtlichem Vergaberecht

Das Bundesministerium für Justiz – Stabsstelle Vergaberecht (BMJ – StS VR) dankt für Ihr Schreiben, GZ: 2023-0.467.036 vom 18.12.2023. Einleitend weist das BMJ darauf hin, dass allgemein gefasste Fragen nach der Existenz von allfällig existierenden unionsrechtlichen Bestimmungen die für den gegenständlichen Problemkomplex relevant sein könnten vom BMJ nicht beantwortet werden können, da ho keine umfassende Kenntnis des gesamten Unionsrechtes besteht und sich der ho Zuständigkeitsbereich auf die rechtlichen Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens („Vergaberecht“) beschränkt. Im Übrigen werfen allgemeine abstrakte Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit von (unionsrechtlichen) Regelungen das Problem auf, dass – wie im Weiteren dargestellt wird – die konkrete Zuordnung zu bestimmten Regelungsbereichen von der konkreten Ausgestaltung der Regelung bzw. der Vereinbarung abhängt und deswegen die ersuchte Zuordnung zu Regelungsbereichen nur ansatzweise möglich ist.

Vor diesem Hintergrund kann – basierend auf den Angaben der do Anfrage – seitens des BMJ – StS VR ausschließlich unter dem Blickwinkel der ho Zuständigkeiten und lediglich in genereller Weise dahingehend Stellung genommen werden, inwieweit bei aktuellen bzw.

geplanten legislativen Vorhaben des do Ressorts das unionsrechtliche bzw. innerstaatliche Vergaberecht anwendbar sein könnte.

1. Die Qualifikation von „Speicherung“, „Lagerung“, „Nutzung“, „Suchen“, „Gewinnung“ als „Dienstleistungen“ iSd Unionsrechts

In der do Anfrage werden verschiedene Tätigkeiten angeführt und um deren Einordnung ersucht. Des Weiteren wird unter Punkt 5.2.a ausgeführt, dass „Kohlenwasserstoffbergbau als (Teil) der Urproduktion“ keine Dienstleistung darstelle und schon deshalb eine Anwendung der RL 2014/23/EU ausscheide.

Nach Auffassung des BMJ greift diese Aussage zu kurz. Gegenstand des Vergaberechts iWV ist u.a. die Vergabe von „Dienstleistungen“. Sowohl das sekundärrechtliche Vergabeunionsrecht, basierend auf Art. 57 AEUV, wie etwa auch die RL 2006/123/EG knüpfen hier an das vom EuGH im Kontext des Primärrechts entwickelte Verständnis des Dienstleistungsbegriffes als selbständige und entgeltliche Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit an.¹ Zu erinnern ist ferner, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung betont hat, dass die Begriffe „Wirtschaftsleben (bzw. wirtschaftliche Aktivität)“ und „Dienstleistung“, da sie den Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten des AEUV garantieren, *„nicht einschränkend ausgelegt werden dürfen“*.²

Vor diesem Hintergrund kann das BMJ nicht die do Auffassung teilen, dass Tätigkeiten wie etwa die „Speicherung“, „Lagerung“ und „Nutzung“, das „Suchen“ oder die „Gewinnung“ bestimmter Stoffe, keine „Dienstleistungen“ im Sinne des unionsrechtlichen Vergaberechts darstellen. Überdies ist etwa auf Anhang II Klasse 45.12 der RL 2014/24/EU bzw. Anhang I Klasse 45.12. der RL 2014/23/EU hinzuweisen, die „Test- und Suchbohrung“ als „Bauleistungen“ qualifizieren. Auch sind „Tätigkeiten“ wie die „Gewinnung von Erdöl und Erdgas“ grundsätzlich vom Anwendungsbereich der RL 2014/25/EU und der RL 2014/23/EU erfasst.³ Vor diesem Hintergrund ist das BMJ der Ansicht, dass die in der Anfrage angeführten Tätigkeiten „Dienstleistungen“ im Sinne des Unionsrechts darstellen können.

¹ Nur der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die sekundärrechtlichen Vergaberegeln insbesondere die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr umsetzen – vgl. etwa EG 1 jeweils der RL 2014/23/EU und 2014/24/EU.

² Vgl. EuGH 11.4.2000, Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Rz 52.

³ So ausdrücklich EG 25 und Art. 14 der RL 2014/25/EU sowie Anhang II Pkt. 6 der RL 2014/23/EU.

Der Vollständigkeit halber weist das BMJ noch auf folgenden Aspekt hin: für die Entfaltung der in der Anfrage genannten Tätigkeiten kann auch die Errichtung einer Infrastruktur erforderlich sein, die im Kontext des unionsrechtlichen Vergaberechts als „Bauwerk“ bzw. „Bauleistung“ einzustufen ist. Je nach Umfang und Wert dieser Bauwerke bzw. Bauleistungen könnten (gemischte) „Aufträge“ bzw. „Konzessionen“ als „Baufträge“ bzw. „Baukonzessionen“ zu qualifizieren sein. Aufgrund mangelnder diesbezüglicher Angaben in der do Anfrage kann dieser Aspekt in weiterer Folge jedoch nicht weiter vertieft werden.

2. Abgrenzung „Erteilung einer Genehmigung“ zu „Vergabe eines Auftrages/einer Konzession (Vergaberecht)“

In der do Anfrage wird wiederholt der Begriff der „Genehmigung“⁴ dem Begriff der „Konzession“ bzw. dem Begriff des „(öffentlichen) Auftrags“ gegenübergestellt.

Aus ho Sicht ist dazu festzuhalten, dass das unionsrechtliche Vergaberecht grundsätzlich nur auf Vertragsverhältnisse (synallagmatische Verhältnisse) Anwendung findet.⁵ Dies folgt nicht nur aus dem klaren Wortlaut der einschlägigen Unionsregelungen⁶ sondern auch aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Vergaberechts.⁷ Ein (öffentlicher) Auftrag bzw. eine Konzession ist nach der stRspr dadurch gekennzeichnet, dass der (öffentliche) Auftraggeber eine Leistung erhält an der er ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat und die er gegebenenfalls auch einklagen kann.⁸ Dieses wirtschaftliche Interesse kann insbesondere auch in auferlegten/vereinbarten Betriebspflichten zum Ausdruck kommen.⁹

⁴ Als Synonyme werden im Unions- und nationalem Recht auch die Begriffe „Erlaubnis“, „Autorisation“, „Lizenz“ und eben auch „Konzession“ verwendet.

⁵ Vgl. dazu bereits RV 69 BlgNR XXVI. GP, 5, 27 und 238.

⁶ Vgl. dazu etwa Art. 2 Z 5 RL 2014/24/EU, Art. 2 Z 1 RL 2014/25/EU und Art. 5 Z 1 RL 2014/23/EU.

⁷ Vgl. dazu für viele EuGH 17.10.2024, Rs C-28/23, *NFŠ a.s.*, Rz 44, EuGH 10.9.2020, Rs C-367/19, *Tax-Fin-Lex d.o.o.*, Rz 25 ff beide mwN der Rspr. Nach der Judikatur des EuGH (vgl. Rs C-28/23, Rz 45) kann ein Synallagma auch dann bestehen, wenn einer Kaufverpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers keine Verkaufsverpflichtung seines Vertragspartners gegenübersteht, in einer Gesamtbetrachtung aber das Bestehen gegenseitiger Verpflichtungen der Vertragspartner zu bejahen ist.

⁸ Vgl. EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19, *Kommission gegen Österreich*, Rz 44 mwN, EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 59 ff.

⁹ Vgl. dazu auch die laut Anfrage in einem AGS-Vertrag verankerte Vereinbarung, wonach auf ein Gewinnungsfeld verzichtet werden muss, wenn länger als 24 Monate keine Aufsuchungs-, Gewinnungs- oder Speichertätigkeit in diesem Gewinnungsfeld erfolgt ist. Vgl. ferner die Regelungen in den §§ 13 Abs. 1 und 45 MinroG. Gemäß § 70 Abs. 1 MinroG sind im Vertrag über die Überlassung der Ausübung der Rechte des Aufsuchens und Gewinnens von

Demgegenüber legen Genehmigungen Bedingungen für die Aufnahme oder Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit fest; in der Regel werden diese Genehmigungen auf Antrag eines Wirtschaftsteilnehmers erteilt und der Wirtschaftsteilnehmer ist nicht verpflichtet, die genehmigte Wirtschaftstätigkeit auch tatsächlich zu erbringen.¹⁰ In diesem Sinn hat etwa der VwGH eine bloße Berechtigung zum Abbau und Aufbereitung von Schotter- und Festgesteinsmaterial nicht dem Regelungsbereich „öffentliches Auftragswesen“ zugeordnet, da diese keine wie immer geartete Verpflichtung zur Erfüllung beinhalte und nicht auf ein Beschaffungsinteresse des Auftraggebers zurückzuführen sei.¹¹ Der EuGH hat etwa die Erteilung einer „Konzession“ mit der die Nutzung eines im öffentlichen Eigentum stehenden Geländes für die Verwendung als Kiosk, Veranda, Badestelle und Steg, somit die Einräumung eines Rechtes, ein im öffentlichen Eigentum stehendes Gut gegen Entrichtung einer periodischen Gebühr an „den Staat“ zu nutzen, wobei das Betriebsrisiko bei einem Unternehmer liegt, unter dem Blickwinkel der Regelungen der RL 2006/123/EG bzw. Art. 49 AEUV geprüft, die Zuordnung als „Konzession“ oder „Genehmigung“ jedoch dem vorlegenden Gericht übertragen.¹² Im Kontext der gegenständlichen Anfrage ist auch darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung des Unionsgesetzgebers *„Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z.B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, ... wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne [der RL 2014/23/EU] gelten“*.¹³

Das BMJ betont, dass die soeben dargestellte Unterscheidung selbst im Unionsrecht nicht durchgehend beibehalten wird¹⁴ und sich auch in der Judikatur des EuGH Nachweise finden, die die Kriterien dieser Differenzierung in Frage stellen.¹⁵ Eine Abgrenzung ist

Kohlenwasserstoffen oder von uran- und thoriumhaltigen mineralischen Rohstoffen die allgemeinen Rechte und Pflichten des Vertragspartners festzusetzen.

¹⁰ Vgl. dazu etwa EG 14 der RL 2014/23/EU, EG 57 und Art. 4 Z 6 der RL 2006/123/EG,

¹¹ Vgl. VwGH 25.10.2022, Ra 2020/04/0173.

¹² Siehe EuGH 14.7.2016, verb Rs C-458/14 und C-67/15, *Promoimpresa*, Rz 43 und 49.

¹³ Siehe EG 15 der RL 2014/23/EU. Dort wird weiter ausgeführt, dass dies *„in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land [betrifft], die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.“*

¹⁴ Vgl. dazu etwa Art. 2 Z 22 der RL 2018/1972 (Definition der „Allgemeingenehmigung“) und Art. 1 Z 3 der RL 94/22/EG („Genehmigung: alle Rechts-, Verwaltungs- oder Vertragsvorschriften ...“).

¹⁵ Vgl. EuGH 13.1.2022, Rs C-110/20, *Regione Puglia*, Rz 34 (*„die Bestimmungen der Richtlinie 94/22 [sind] Teil der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe“*),

jedoch unabdingbar, da nach der Rspr des EuGH die Regelungskonzepte einander jeweils ausschließen.¹⁶

Das BMJ weist überdies darauf hin, dass ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag/Konzession und „Genehmigung“ darin liegen kann, dass letztere in hoheitlicher Weise „erteilt“ werden, während erstere auf vertraglicher Basis abgeschlossen werden.¹⁷ Im Hinblick auf die vom do Ressort allfällig in Aussicht genommene Erlassung nationaler Regelungen ist jedoch zu betonen, dass die nationale Einstufung bzw. Bezeichnung eines Aktes nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ihre – autonome – Qualifikation im Unionsrecht nicht präjudiziert.¹⁸ Gerade die „schillernde“ Definition der „Dienstleistungskonzession“ in Art. 5 Z 1 lit b der RL 2014/23/EU und die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff und zu den Merkmalen derselben¹⁹ implizieren eine Einzelfallbetrachtung der jeweils zu beurteilenden Situation/Rechtslage.²⁰

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Abgrenzung zwischen „Genehmigung“ und „(öffentlichem) Auftrag/Konzession“ nur anhand der konkreten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses bzw. der gesetzlichen Regelungen beurteilt werden kann.

Überdies weist das BMJ darauf hin, dass das materiell-rechtliche Regime (somit die bei der Vergabe eines Auftrages/einer Konzession bzw. bei der Erteilung einer Genehmigung zu beachtenden Vorgaben) dem Grunde nach ident ist. Der EuGH betonte ausdrücklich, dass eine Genehmigung „*sich in Bezug auf die Verpflichtung zur Beachtung der Grundregeln des Vertrags und der sich daraus ergebenden Grundsätze nicht von einer Dienstleistungskonzession [unterscheidet]*“.²¹ Auch der VwGH führte bereits aus, dass falls

¹⁶ In diesem Sinn EuGH 14.7.2016, Rs C-458/14, *Promoimpresa*, Rz 45 bis 47.

¹⁷ Vgl. wiederum aber die Definition einer Genehmigung im Kontext der RL 94/22/EG (s.o. FN 14).

¹⁸ Vgl. für viele etwa EuGH 9.7.2020, Rs C-199/19, *RL sp. z o.o.*, Rz 27, sowie – spezifisch im Kontext des Vergaberechtes – EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19, *Kommission gegen Österreich*, Rz 43, EuGH 10.11.2022, Rs C-486/21, *SHARENGO*, Rz 57, beide mwN der Judikatur. Vor diesem Hintergrund ist es nach Auffassung des BMJ nicht auszuschließen, dass – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – die Erteilung einer „Konzession“ in hoheitlicher Form vom EuGH als „vergaberechtlicher Auftrag“ bzw. als „vergaberechtliche Konzession“ qualifiziert werden könnte (arg. Umgehung des Vergaberechtes bzw. autonome Auslegung der unionsrechtlichen Regelungskonzepte).

¹⁹ Vgl. etwa EuGH 01.08.2022, Rs C-332/20, *Roma Multiservizi SpA*, Rz 61; auch in der Literatur wird auf die Unschärfe der Konzessionsdefinition hingewiesen, vgl. *Lanser*, Ein Bescheid ist (k)ein Vertrag? – Zum Vertragselement in der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, ZVB 2018, 401 (403/404).

²⁰ So etwa auch ausdrücklich VwGH 25.10.2022, Ra 2020/04/0173. Das BMJ weist idZ darauf hin, dass nach österreichischer Rechtslage, etwa der Bereich des Glücksspiels nicht dem Vergaberecht unterliegt. Dass die RL 2014/23/EU aber auch im Glücksspielbereich einschlägig sein kann, steht nach der Judikatur außer Frage, vgl. etwa EuGH 2.9.2021, verb Rs C-721/19 und C-722/19, *Sisal SpA*.

²¹ So EuGH 14.11.2013, Rs C-221/12, *Belgacom NV*, Rz 33.

in einem Bereich (außerhalb des Vergaberechts) die Beachtung derselben (unionsrechtlichen) Grundsätze wie im Vergaberecht vorgeschrieben ist (vgl. im vorliegenden Fall etwa die Vorschriften der RL 94/22/EG, der RL 2009/31/EG sowie der RL 2006/123/EG), „diese Grundsätze gleichermaßen - wegen der Gleichartigkeit der zu Grunde liegenden - Wertungen heranzuziehen [sind]. Es kann daher auch auf die zu diesen Grundsätzen im Vergaberecht entwickelte Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.“²²

Sofern eine „Genehmigung“ (d.h. kein Auftrag bzw. keine Konzession im Sinne des Unionsrechts) erteilt wird, sind für die Erteilung derselben hinsichtlich der in der do Anfrage angeführten Tätigkeiten nach ho Auffassung jedenfalls die Regelungen der RL 2006/123/EG zu beachten. Für die Auslegung der Bestimmungen dieser RL ist das Bundesministerium für Wirtschaft, Energie und Tourismus zuständig.

3. Einordnung der anfragegegenständlichen Tätigkeiten im Kontext des Vergaberechts als Sektorentätigkeiten?

Da das Regime der RL 2024/25/EU („Sektorenregime“) zum Regime der RL 2014/24/EU („klassisches Regime“) eine lex specialis darstellt,²³ bietet es sich an, abstrakt zu untersuchen, ob

- das Speichern von Kohlenwasserstoffen
- die Lagerung von Stoffen in geologischen Strukturen
- die Nutzung von kohlenwasserstoffführenden geologischen Strukturen (zB zum Lagern)
- das Suchen und Gewinnen geothermischer Energie (Erdwärme, Wärmenutzung der Gewässer)
- das Suchen und Gewinnen von geothermischer Energie
- das Aufsuchen und Gewinnen von Kohlenwasserstoffen
- das Speichern von Kohlenwasserstoffen
- sonstige Nutzung des Untergrundes sowie das Aufsuchen und Gewinnen von Geothermie

²² VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0082, Rz 69.

²³ Siehe EuGH 10.4.2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rz 23 ff, EuGH 28.10.2020, Rs C-521/18, *Pegaso*, Rz 36, sowie Art. 7 RL 2014/24/EU bzw. Art. 19 Abs. 1 der RL 2014/25/EU.

eine Sektorentätigkeit im Sinne der RL 2014/25/EU (bzw. der RL 2014/23/EU) darstellt. Nur soweit derartige, eng auszulegende²⁴ Tätigkeiten²⁵ von einem Sektorenauftraggeber erbracht werden, kämen die Regelungen der RL 2014/25/EU (bzw. die analogen Regelungen der RL 2014/23/EU) zur Anwendung. Die „Sektorentätigkeiten“ sind in den Art. 7 bis 14 der RL 2014/25/EU bzw. Anhang II der RL 2014/23/EU festgelegt. Im Kontext der gegenständlichen Anfrage ist festzuhalten, dass neben der „Förderung von Öl oder Gas“²⁶ die in der Anfrage genannten weiteren Tätigkeiten keinerlei inhaltliche Anknüpfungen zu den in den RL angeführten „Sektorentätigkeiten“ aufweisen. Daraus folgt nach Auffassung des BMJ, dass außer der in Österreich freigestellten Sektorentätigkeit „Suche nach oder der Förderung von Erdöl oder Gas“²⁷ alle oben angeführten Tätigkeiten keine Sektorentätigkeiten im Sinne des unionsrechtlichen Vergaberechts darstellen und somit aus vergaberechtlicher Sicht allenfalls nur den Regelungen der RL 2014/24/EU bzw. den Regelungen der RL 2024/23/EU unterliegen könnten.

4. Abgrenzung „(öffentlicher) Auftrag“ zu „Konzessionen“ im Sinne des Vergaberechts

Gemäß den übereinstimmenden Definitionen in der RL 2014/23/EU bzw. im BVergGKonz 2018 handelt es sich bei einem Konzessionsvertrag um einen entgeltlichen Vertrag, mit dem ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bau- bzw. Dienstleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes bzw. dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.²⁸ Der entscheidende Unterschied zwischen einem (öffentlichen) Auftrag und einer Konzession liegt darin, dass bei letzterer dem Vertragspartner des Auftraggebers (dem Konzessionär) das „Betriebsrisiko“ für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes bzw. für die Verwertung der Dienstleistung

²⁴ So explizit EuGH 10.4.2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rz 27.

²⁵ Gleichwohl betont der EuGH, dass als „Sektorenaufträge“ auch jene Aufträge gelten, die, obwohl sie anderer Art sind und damit als solche eigentlich in den Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU fallen, der Ausübung einer „Sektorentätigkeit“ dienen. Soweit daher ein Auftrag einen Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit in dem Sinn aufweist, dass dieser Auftrag „im Zusammenhang mit und für die Ausübung von“ Sektorentätigkeiten vergeben wird, unterliegt er den Regelungen der RL 2014/25/EU; vgl. EuGH 28.10.2020, Rs C-521/18, *Pegaso*, Rz 36 mwN der Rspr.

²⁶ Auf die in Art. 14 der RL 2014/25/EU bzw. Anhang II Pkt. 6 lit. b der RL 2014/23/EU ebenfalls genannte, in Österreich nicht freigestellte Sektorentätigkeit „Förderung von Kohle und anderen festen Brennstoffen“ wird im Folgenden nicht weiter eingegangen, da sie nicht in der do Anfrage angesprochen wird.

²⁷ Siehe dazu die Entscheidung der EK 2002/205/EG, ABl. Nr. L 68 vom 12.3.2002 S. 31, sowie § 183 BVergG 2018.

²⁸ Vgl. dazu die §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 BVergGKonz 2018 sowie Art. 5 Z 1 lit. a und b der RL 2014/23/EU.

übertragen wird.²⁹ Dieser essentielle Risikoübergang wird definiert als Übergang eines Nachfrage- oder eines Angebotsrisikos. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes bzw. die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.³⁰

Nach den dem BMJ zur Verfügung stehenden Informationen bedingt jede „Aufsuchungstätigkeit“ (Suchen von wirtschaftlich förderbaren Lagerstätten von Kohlenwasserstoffen bzw. wirtschaftlich nutzbarer Geothermie) massive Investitionen seitens der suchenden Unternehmen und ist mit hohen wirtschaftlichen Risiken verbunden. So liegt etwa bei Explorationsbohrungen hinsichtlich Kohlenwasserstoffen die Wahrscheinlichkeit eines geologischen Erfolges zwischen 20 und 40%, die Wahrscheinlichkeit eines wirtschaftlichen Erfolges hingegen lediglich zwischen 5 und 25%.³¹ Im Anwendungsbereich des Mineralrohstoffgesetzes (MinroG), BGBl I Nr. 39/1999 idgF, ist überdies dem Bund für die Überlassung der Rechte nach § 68 leg.cit ein „angemessenes Entgelt“ zu leisten (s. § 69 leg.cit), welches ebenfalls in die Risikobeurteilung einzubeziehen ist.

Sofern man die vorstehende Risikosituation auch auf den Bereich der Geothermie übertragen kann (dies wäre vom BMF zu beurteilen), kann allgemein festgehalten werden, dass nach ho Auffassung reine Aufsuchungstätigkeiten – sofern deren Ausübung nicht als Genehmigung ausgestaltet wird – als Konzessionsvergaben qualifiziert werden könnten, da hier Unternehmern ein beträchtliches wirtschaftliches Risiko im Sinne des unionsrechtlichen Vergaberechts übertragen wird.

²⁹ Vgl. für viele EuGH 10.11.2022, Rs C-486/21, *SHARENGO*, Rz 60. Für den innerstaatlichen Bereich (Vergabe von Tabaktrafiken) vgl. VwGH 20.7.2021, Ro 2019/04/0231, VwGH 21.7.2022, Ro 2020/04/0013.

³⁰ Siehe die §§ 5 Abs. 2 und 6 Abs. 2 BVergGKonz 2018 sowie Art. 5 Z 1 Schlussteil sowie EG 18 bis 20 der RL 2014/23/EU.

³¹ Bei Erweiterungsbohrungen von Kohlenwasserstoffen liegt nach den zur Verfügung stehenden Informationen die Wahrscheinlichkeit des geologischen Erfolges zwischen 50 und 70%, die Wahrscheinlichkeit des wirtschaftlichen Erfolges zwischen 30 und 50%; bei Produktionsbohrungen von Kohlenwasserstoffen liegt nach den zur Verfügung stehenden Informationen die Wahrscheinlichkeit des geologischen Erfolges zwischen 80 und 90%, die Wahrscheinlichkeit des wirtschaftlichen Erfolges zwischen 60 und 70%.

Hinzuweisen ist hier aber auch auf § 70 MinroG, wonach das Gewinnungs- und Speicherrecht im Anwendungsbereich des Gesetzes untrennbar miteinander verbunden sind. Sollte im Zusammenhang mit den in der Anfrage genannten Tätigkeiten ein ähnliches Modell der „Kopplung“ von Tätigkeiten angedacht werden und sollte diese „Kopplung“ dazu führen, dass das Ausmaß des übertragenen wirtschaftlichen Risikos vernachlässigbar wird oder gar überhaupt nicht mehr besteht, dann würde dies – sofern keine Genehmigungskonstruktion gewählt werden sollte - zur Konsequenz haben, dass keine Konzession, sondern allenfalls ein öffentlicher Auftrag vorläge.

Demgegenüber dürfte das reine Gewinnen oder Speichern bzw. die sonstige Nutzung des Untergrundes (insbesondere die Lagerung)³² nicht mit den oben dargestellten wirtschaftlichen Risiken verbunden sein, da zB eine Speicherung eine kommerzielle (Nach-)Nutzung einer bereits gefundenen oder zuvor betriebenen Lagerstätte bzw. geologischen Struktur darstellt. Sofern keine Genehmigungskonstruktion gewählt wird, müsste seitens des BMF daher in jedem Fall geklärt werden, ob unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht doch ein „Betriebsrisiko“ im oben dargestellten Sinn übertragen und damit eine Qualifikation als Konzession rechtfertigen würde.

Zusammenfassend ist aus vergaberechtlicher Sicht auszuführen, dass die Zuordnung einer vertraglichen Übertragung der in der Anfrage erwähnten Tätigkeiten zu den Regelungskonzepten „(öffentlicher) Auftrag“ bzw. „Konzession“ von der konkreten Ausgestaltung des betreffenden Vertrages im Kontext der auf diesen anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen abhängt.³³

5. Frage des Bestehens eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses („Beschaffungsinteresse“) des Auftraggebers (Bund)

Wie oben ausgeführt (s. Punkt 2), ist eines der Elemente, das im Zusammenhang des unionsrechtlichen Vergaberechts zu beurteilen ist, das unmittelbare wirtschaftliche Interesse („Beschaffungsinteresse“) des Auftraggebers. Fehlt es an einem solchen, so ist

³² Gemäß § 107 Abs. 1 MinroG ist der Bergbauberechtigte u.a. befugt, „*Grubenbaue zu anderen Zwecken als dem Gewinnen mineralischer Rohstoffe zu benützen und Stoffe unter Benützung von Bergbauanlagen in geologische Strukturen einzubringen und in diesen zu lagern*“. Inwieweit dies die in der Anfrage erwähnten Tätigkeiten abdecken würde, hat das do Ressort zu beurteilen.

³³ Vgl. dazu auch die in der Anfrage dargestellten Differenzen in den AGS-Verträgen (unterschiedliche Förder- und Speicherzinse, unterschiedliche Haftpflichtversicherungsbedingungen und Bonitätsklauseln), welche die (ökonomische) Risikoverteilung beeinflussen und zu einer differenzierenden Beurteilung der Verträge führen können.

davon auszugehen, dass kein vergaberelevanter Vorgang vorliegt, da diesfalls der entgeltliche Charakter des zweiseitig verpflichtenden Vertrages nicht besteht.³⁴

Dieses wirtschaftliche Interesse ist eindeutig gegeben, wenn der Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks oder Empfänger der Dienstleistung wird, die bzw. das Gegenstand des Auftrags bzw. der Konzession ist. Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber einen Rechtstitel erhält, der ihm die Verfügbarkeit der Leistung sicherstellt,³⁵ selbst wenn sein Vertragspartner die Leistung Dritten gegenüber erbringt.³⁶ Das wirtschaftliche Interesse kann ferner in wirtschaftlichen Vorteilen bestehen, die der Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks oder der Dienstleistung ziehen kann, in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks bzw. der Erbringung der Dienstleistung oder in den Risiken bestehen, die er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks oder der Dienstleistung trägt.³⁷ Dieses Interesse kann sich in der (vertraglichen) Verpflichtung, die Leistung zu erbringen (etwa durch Anordnung einer Betriebspflicht³⁸), oder in der Form der Einklagbarkeit der Leistung manifestieren.

Das Beschaffungsinteresse wird im Schrifttum insbesondere bei der Beschaffung von daseinsrelevanten Gütern oder Dienstleistungen angenommen, wodurch der Staat mit der Beschaffung seiner Pflicht zur Daseinsvorsorge für die Bevölkerung nachkommt.³⁹ Im vorliegenden Kontext ist hierbei auch relevant, dass der Bund ein Interesse an der Erbringung der in der Anfrage genannten Leistungen hat: so trägt die möglichst umfassende Nutzung von Geothermie dazu bei, CO₂-Emissionen zu vermeiden bzw. zu reduzieren, die Lagerung von Wasserstoff kann genutzt werden, um Strom aus erneuerbaren Energiequellen effektiver zu nutzen (durch zwischenzeitige Speicherung des Überschusses), die Erzeugung von erneuerbarem Erdgas (Power-to-gas) trägt zur

³⁴ Vgl. grundlegend EuGH 25.3.2020, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 48 bis 51.

³⁵ Siehe EuGH 25.3.2020, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 51, EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19, *Kommission gegen Österreich*, Rz 44.

³⁶ Vgl. EuGH 11.6.2009, Rs C-300/07, *Oymanns*, Rz 73, EuGH 15.7.2010, C-271/08, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 80. In diesem Sinne auch EuGH 4.4.2019, Rs C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*, Rz 63.

³⁷ EuGH 17.10.2024, Rs C-28/23, *NFŠ*, Rz 49.

³⁸ Vgl. dazu im vorliegenden Kontext etwa die §§ 44 und 45 MinroG.

³⁹ Vgl. *Mohr* in *MüKoEuWettbR* GWB § 105 Rz 69; *Wollenschläger* in *Burgi/Dreher/Opitz/Wollenschläger*, *GWB* § 105 Rz 48. Im Kontext der Aufsuchung und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen kann hinsichtlich des Beschaffungsinteresses des Bundes auf die Ausführungen in ErläutRV 1428 BlgNR XX.GP, S 90/91, verwiesen werden („stabile Versorgung der Wirtschaft“).

Versorgungssicherheit Österreichs („Resilienz“) bei und die Speicherung von CO₂ (CCS)⁴⁰ trägt zur Vermeidung der zusätzlichen Freisetzung von anthropogen produziertem CO₂ bei.⁴¹

Vor diesem Hintergrund bestehen nach Auffassung des BMJ gute Gründe, von einem Beschaffungsinteresse des Bundes im Kontext der Speicherung von Kohlenwasserstoffen, der Lagerung von Stoffen in geologischen Strukturen, der Nutzung von kohlenwasserstoffführenden geologischen Strukturen (zB. zum Lagern von Stoffen) und des Suchens und Gewinnens geothermischer Energie (Erdwärme, Wärmenutzung der Gewässer) auszugehen. Da die „andere Nutzungen des Untergrunds“ äußerst unspezifisch ist (was soll wie und wofür genutzt werden?), kann dazu mangels entsprechender Informationen in der Anfrage keine Aussage getätigt werden.

6. Verhältnis der Richtlinie 94/22/EG zum Vergaberecht

Die RL 94/22/EG über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen regelt die Erteilung und Nutzung von „Genehmigungen“⁴² zur Prospektion, Exploration und Gewinn von Kohlenwasserstoffen. Um allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern die Antragstellung zu ermöglichen, sehen die Art. 3 ff der Richtlinie 94/22/EG vor, dass im Falle der Antragstellung ein spezifisches Verfahren durchzuführen ist.

Im Kontext des Vergaberechts ist für Österreich festzuhalten, dass die unionsrechtlich festgelegte Sektorentätigkeit „Förderung von Öl und Gas“ (vgl. Art. 14 der RL 2014/25/EU und Anhang II Pkt 6 der RL 2014/23/EU) gemäß der Entscheidung der EK 2002/205/EG vom 4.3.2002 freigestellt wurde. Sofern der Bund oder andere Auftraggeber als Sektorenauftraggeber in Österreich die „Suche nach oder die Förderung von Erdöl oder

⁴⁰ Vgl. dazu die VO (EU) 2024/1735 („NZIA“) welche Technologien zur Abscheidung und Speicherung von CO₂ als Netto-Null-Technologien (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. g leg.cit.) definiert bzw. Projekte zur CO₂-Speicherung als strategische Projekte (vgl. Art. 13 Abs. 3 leg.cit.) qualifiziert.

⁴¹ Vgl. *Europäischen Kommission*, Kommission legt Möglichkeiten für eine nachhaltige CO₂-Abscheidung, - Speicherung und -Nutzung fest, um bis 2050 Klimaneutralität zu erreichen, 06.02.2024, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_585.

⁴² Hier ist nochmals ausdrücklich darauf zu verweisen, dass die Definition der „Genehmigung“ in Art. 1 Z 4 der RL 94/22/EG sowohl vergaberechtliche Auftrags- und Konzessionskonstruktionen wie auch hoheitlich erteilte Bescheide umfassen kann (arg „*alle Rechts-, Verwaltungs- oder Vertragsvorschriften oder alle gemäß diesen Vorschriften erlassenen Akte, mit denen die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats einem Unternehmen das ausschließliche Recht einräumen, auf eigene Rechnung und Gefahr in einem geographischen Gebiet der Prospektion, Exploration oder Gewinnung von Kohlenwasserstoffen nachzugehen*“).

Gas“ ausüben, haben sie gemäß der RL 2014/25/EU und dem BVergG 2018⁴³ die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der wettbewerblichen Beschaffung hinsichtlich der Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen zu beachten, insbesondere hinsichtlich der Informationen, die sie den Wirtschaftsteilnehmern bezüglich ihrer Beschaffungsabsichten zur Verfügung stellen. Überdies sind vergebene Aufträge bekanntzugeben.

Im Kontext der RL 2014/23/EU bzw. des BVergGKonz 2018 haben private Auftraggeber, denen eine Genehmigung aufgrund eines Verfahrens gemäß der RL 94/22/EG erteilt wurde, grundsätzlich⁴⁴ nicht die Bestimmungen der RL 2014/23/EU bzw. des BVergGKonz 2018 bei der Suche nach oder der Förderung von Erdöl oder Gas zu befolgen, da sie nicht als im Besitz von „besonderen oder ausschließlichen Rechten“ gelten.⁴⁵

Hingegen unterliegt die Sektorentätigkeit „Exploration oder Förderung von Kohle und anderen festen Brennstoffen“ (vgl. Art. 14 der RL 2014/25/EU bzw. Anhang II Pkt. 6 lit. b der RL 2014/23/EU) in Österreich sowohl dem Regime der RL 2014/25/EU wie auch jenem der RL 2014/23/EU.⁴⁶ Mangels Bezugnahme auf diese Tätigkeiten in der Anfrage wird auf diese Tätigkeiten im Rahmen der gegenständlichen Untersuchung aber nicht weiter eingegangen.

In der bisherigen Judikatur des EuGH zur RL 94/22/EG finden sich nur wenige Aussagen zum Verhältnis dieser RL zum unionsrechtlichen (Sekundär)Vergaberecht. In der Rs C-110/20, *Regione Puglia*, führten sowohl der GA wie auch der EuGH mit näherer Begründung aus, dass die Bestimmungen der RL 94/22/EG Teil der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe und nicht der Wettbewerbsvorschriften sind.⁴⁷ In den verb. Rs C-364/18 und C-365/18, *Eni und Shell Italia E & P*, betonte der Gerichtshof, dass die RL 94/22/EG den Mitgliedstaaten in bestimmten Aspekten einen weiten Handlungsspielraum belässt.⁴⁸ In der Rs C-569/10, *Kommission gegen Polen*, erachtete es der GH nicht als ausreichend, dass bloß die Kategorien der Auswertungskriterien für die Angebote nach polnischem Recht zu veröffentlichen sind bzw. dass nicht sämtliche Bedingungen und Auflagen für die Ausübung der von der RL 94/22 erfassten Tätigkeiten festgelegt und den interessierten Unternehmen zu dem Zeitpunkt zugänglich gemacht wurden, ab dem Anträge gestellt werden konnten.⁴⁹

⁴³ Vgl. dazu Art. 33 der RL 2014/25/EU und § 183 BVergG 2018.

⁴⁴ Zu den Ausnahmen vgl. etwa § 8 Abs. 2 BVergGKonz 2018 sowie Art. 10 Abs. 2 iVm Art. 32 der RL 2014/23/EU.

⁴⁵ Vgl. etwa § 4 Abs. 3 Z 3 iVm Abs. 4 und Anhang II BVergGKonz 2018.

⁴⁶ Vgl. dazu insb. EG 3 der Entscheidung 2002/205/EG.

⁴⁷ EuGH 13.01.2022, Rs C-110/20 *Regione Puglia*, Rz 34, sowie SA in der Rs C-110/20, Rz 51 ff.

⁴⁸ EuGH 07.11.2019, verb. Rs C-364/18 und C-365/18, *Eni und Shell Italia E & P*, Rz 25.

⁴⁹ EuGH 27.6.2013, Rs C-569/10, *Kommission gegen Polen*, Rz 92 ff.

Der GH und der GA hatten bei diesen Aussagen offenkundig die Detailtiefe der Bekanntmachungen gemäß dem Vergaberecht vor Augen.

Nach ho Auffassung und insbesondere im Einklang mit den Aussagen des GH und des GA in der Rs C-110/20 sowie der Rechtsprechung des VwGH⁵⁰ geht das BMJ davon aus, dass soweit die RL 94/22/EG verfahrensrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Genehmigungen enthält, die den verfahrensrechtlichen Regelungen der Vergaberichtlinien entsprechen, letztere für die Interpretationen der ersteren herangezogen werden können. Dies betrifft etwa folgende Vorgaben: Verfahren, bei dem alle interessierten Unternehmen einen Antrag stellen können (Art. 3 Abs. 1); Geltungsdauer der Genehmigung (Art. 4 lit. b); Kriterien der technischen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Unternehmen (Art. 5 Abs. 1 lit. a); Berücksichtigung von mangelnder Leistungsfähigkeit und mangelndem Verantwortungsbewusstsein von Antragstellern im Rahmen früherer Genehmigungen (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 3); Genehmigungserteilung anhand objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 5).

Beispielsweise enthält die RL 94/22/EG nur rudimentäre Vorgaben über die Laufzeit der zu erteilenden Genehmigungen: Art. 4 lit. b der RL 94/22/EG bestimmt lediglich, dass die Laufzeit einer Genehmigung befristet sein muss (*„die Geltungsdauer der Genehmigung [ist] nicht länger bemessen ..., als dies für die Ausübung der Tätigkeiten, für die Genehmigung erteilt wird, erforderlich ist“*). Dies soll etwa verhindern, dass einem Unternehmen ausschließliche Rechte an einem Gewinnungsfeld erteilt werden, in dem die Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlewasserstoffen effizienter durch mehrere Unternehmen erfolgen kann.⁵¹ Die Vertragslaufzeit muss jedenfalls den Grundsätzen des AEUV, insbesondere dem Sachlichkeitsgebot und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entsprechen und darf keine dem AEUV zuwiderhandelnde Marktabstottung oder Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben.⁵² Zur Verhinderung einer Marktabstottung⁵³ sieht im Kontext der RL 2014/23/EU Art. 18 eine Laufzeitenregelung vor, die auf dem Grundsatz der Erwirtschaftung der getätigten Investitionsaufwendungen samt Rendite (*„Amortisation“*) beruht. Idente Überlegungen und Vorgaben gelten gemäß den Ausführungen von GA Hogan⁵⁴ im Anwendungsbereich der RL 94/22/EG. Vor diesem

⁵⁰ VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0082, Rz 69.

⁵¹ Vgl. EuGH 13.01.2022, Rs C-110/20, *Regione Puglia*, Rz 37.

⁵² Vgl. dazu insb. die Regelungen des Art. 4 lit c (*„Unternehmen [dürfen] für das geographische Gebiet, für das ihnen die Genehmigung erteilt wurde, nur so lange ausschließliche Rechte innehaben, als dies für die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeiten erforderlich ist“*).

⁵³ Siehe EG 52 der RL 2014/23/EU.

⁵⁴ Siehe SA von GA Hogan in der Rs C-110/20, *Regione Puglia*, Rz 54 mit ausdrücklichem Verweis auf die Regelungen der RL 2014/23/EU.

Hintergrund kann daher Art. 18 der RL 2014/23/EU für die Auslegung der Laufzeit der Genehmigungen gemäß der RL 94/22/EG herangezogen werden; derartige Genehmigungen werden daher nur dann unionsrechtskonform vergeben, wenn ihre Laufzeit nicht wesentlich höher ist, als jene Laufzeit, die sich aus der analogen Anwendung des Art. 18 der RL 2014/23/EU ergeben würde.⁵⁵

Eine analoge Anwendung von aus dem AEUV resultierenden vergaberechtlicher Grundsatzregelungen könnte auch in jenen Bereichen stattfinden, in denen die RL 94/22/EG keine Regelung trifft (zB. Änderung von Genehmigungen).

7. Behandlung von „Altverträgen“

Der Vollständigkeit halber möchte das BMJ noch auf folgenden Aspekt eingehen: In der Anfrage wird auf die bestehenden AGS-Verträge hingewiesen, welche „seit 1981“ abgeschlossen wurden.⁵⁶ Diese Verträge werden seit ihrem Abschluss – zumindest hinsichtlich der Aufsuchungsrechte – alle vier Jahre verlängert. Unvorgreiflich der konkreten vergaberechtlichen Qualifikation dieser Verträge ist auf folgende Punkte hinzuweisen.

Dass das unionsrechtliche Vergaberecht auch auf Verträge (konkret: auf allfällige Änderungen von Verträgen) anzuwenden ist, die vor Inkrafttreten der unionsvergaberechtlichen Regelungen abgeschlossen wurden,⁵⁷ ist bereits in der Rechtsprechung geklärt.⁵⁸ Das unionsrechtliche Vergaberecht, konkret die Regelungen

⁵⁵ In diesem Kontext weist das BMJ darauf hin, dass die Laufzeiten von Genehmigungen gemäß der RL 94/22/EG in anderen Mitgliedstaaten bei Onshore-Feldern zwischen fünf und 20 Jahren liegen dürften: vgl. dazu etwa Mitteilung des ungarischen Ministeriums für Innovation und Technologie gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 94/22/EG - Öffentliche Ausschreibung für die Vergabe einer Konzession zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen im Rahmen einer Konzession Im Gebiet von Kiskvárda, ABl. Nr. C 183 vom 28.05.2019, S. 26; Mitteilung der französischen Regierung gemäß der Richtlinie 94/22/EG - Amtliche Bekanntmachung zu den Anträgen auf Exklusivgenehmigung zum Aufsuchen von flüssigen oder gasförmigen Kohlenwasserstoffen mit der Bezeichnung „Permis de Bussy-Lettrée“, „Permis d’Arcis-sur-Aube“, „Permis de Vetry“, „Permis de Coole“, „Permis de Champagne“, „Permis de Soudé“, „Permis de St-Chéron“, „Permis des Templiers“ und „Permis du Camp de Mailly“, ABl. Nr. C 27 vom 01.02.2012, S. 12.

⁵⁶ Im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen ist es im Übrigen unerheblich, ob diese Verträge ursprünglich in einem „wettbewerblichen Verfahren“ abgeschlossen wurden oder nicht.

⁵⁷ In Österreich spätestens mit 1.1.1995 (Beitritt zur EG).

⁵⁸ Vgl. für viele EuGH 19.6.2008, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 28; EuGH 9.1.2025, Rs C-578/23, *Česká republika – Generální finanční ředitelství*, Rz 35 f; EuGH 6.12.2017, Rs C-408/16, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, Rz 37 mwN der Judikatur; EuGH 7.11.2024, Rs C-683/22, *Adusbef*, Rz 32; SA in der Rs C-452/23, *Fastned*, Rz 56 ff.

betreffend die Änderung von abgeschlossenen Verträgen/Konzessionen,⁵⁹ basiert auf den Grundsätzen des AEUV⁶⁰ weshalb dessen Regelungsgrundsätze nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf die Änderung von „Genehmigungen“ zu übertragen sind.⁶¹ Die Änderung des Vertragspartners ist, ebenso wie die Verlängerung eines Vertrages – sofern diese Verlängerung nicht auf einer Vertragsklausel des ursprünglichen Vertrages basiert –, als „wesentliche“ Änderung eines Vertrages zu qualifizieren, die aus vergaberechtlicher Sicht zur Neuausschreibung verpflichtet.⁶²

In diesem Sinn sieht etwa Art. 4 lit. b der RL 94/22/EG vor, dass die Geltungsdauer einer Genehmigung verlängert werden kann, sofern die ursprüngliche „*Geltungsdauer nicht zum Abschluss der betreffenden Tätigkeit ausreicht und die Tätigkeit im Einklang mit der Genehmigung ausgeübt worden ist*“ (Hervorhebung nicht im Original). Art. 12 Abs. 2 der RL 2006/123/EG verbietet hingegen etwa eine automatische Verlängerung von Genehmigungen im Sinne der RL.⁶³

Damit setzt das Unionsrecht der Änderungen von Aufträgen/Konzessionen bzw. „Genehmigungen“ klare Grenzen.

8. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Aus dem Vorgesagten folgt, dass je nach Zuordnung des Rechtsaktes mit dem der Bund einem Unternehmen die Erlaubnis zur Entfaltung einer in der Anfrage angeführten Tätigkeiten gestattet, unter Beachtung der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen entweder ein (national ausgestaltetes) hoheitliches Regime oder ein vergaberechtliches Regime (BVerGG, BVerGGKonz) zur Anwendung kommen kann.

⁵⁹ Siehe Art. 72 der RL 2014/24/EU, Art. 89 der RL 2014/25/EU und Art. 43 der RL 2014/23/EU.

⁶⁰ Siehe EuGH 19.6.2008, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 30 bis 34 mwN der Rspr; EuGH 3.2.2022, Rs C-461/20, *Advania Sverige AB*, Rz 19 mwN der Judikatur.

⁶¹ So ausdrücklich EuGH 7.9.2016, Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*, Rz 34. Vgl. ferner auch VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0082, Rz 69.

⁶² Zur Änderung des Vertragspartners vgl. schon EuGH 19.6.2008, Rs C-454/06, *pressetext*, Rz 40, und nunmehr etwa Art. 43 Abs. 4 lit. d der RL 2014/23/EU. Der EuGH hat etwa in der Rs C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari Srl*, Rz 58, festgehalten, dass die Erneuerung einer Konzession zu einer „*Aufeinanderfolge zweier Rechte ... und nicht zur Fortdauer oder Verlängerung des ersten Rechts führt*“ und auf diese Vorgänge die Grundfreiheiten und Grundsätze des AEUV Anwendung finden. Durch eine „Verlängerung“ des Vertrages werden – entgegen etwa Art. 43 Abs. 4 lit. b oder c der RL 2014/23/EU – insbesondere die betroffenen Leistungsvolumina aber auch die Ausführungs- und Erbringungsfristen der gegenständlichen Leistung(en) zugunsten des Auftragnehmers adaptiert.

⁶³ Vgl. dazu auch EuGH 14.7.2016, verb Rs C-458/14 und C-67/125, *Promoimpresa*, Rz 49 bis 57; in diesem Urteil hat der GH etwa auch befunden, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht im Kontext einer gesetzlich angeordneten automatischen Verlängerung geltend gemacht werden kann.

In Bezug auf die allfällige Anwendung eines vergaberechtlichen Regimes wird darauf hingewiesen, dass bei Vorliegen von bestimmten Gründen (etwa zwingende „technische Gründe“, Vorliegen von Ausschließlichkeitsrechten⁶⁴) auch Sonderverfahren (Verfahren ohne vorherige Transparenz und Durchführung eines Verfahrens mit lediglich einem Unternehmer) in Anspruch genommen werden können. Des Weiteren ist als Besonderheiten des nationalen Vergaberegimes auf die Entscheidungsfristen für Vergabekontrollinstanzen (vgl. etwa § 348 BVergG) und die Möglichkeit der Präkusion von Festlegungen eines Auftraggebers hinzuweisen.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird vom BMJ nicht mehr auf die in der Anfrage genannten Fragen im Detail eingegangen. Es wird nochmals betont, dass abhängig von der konkreten legislativen/vertraglichen Ausgestaltung der genannten Tätigkeiten das (unionsrechtliche) Vergaberecht einschlägig sein kann oder nicht.

Sofern vergaberechtliche Regelungen angedacht werden sollten, wird seitens des BMJ darauf hingewiesen, dass deren Erlassung besonderen verfassungsrechtlichen Verfahrensbestimmungen unterliegt (vgl. dazu Art. 14b B-VG und das diesbezügliche RS des BKA-VD GZ BKA-600.883/0023-V/A/8/2004 vom 6.8.2004⁶⁵) und deren Ausarbeitung in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz fällt.⁶⁶

Das Bundesministerium für Justiz – Stabsstelle Vergaberecht steht für allfällige Rückfragen zur Verfügung und bedauert die außerordentliche Verspätung der Rückmeldung.

7. April 2025

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt

⁶⁴ Vgl. zu diesen Ausnahmetatbeständen etwa EuGH 9.1.2025, Rs C-578/23, *Česká republika – Generální finanční ředitelství*, Rz 24 ff, EuGH 15.10.2009, Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz 58 ff beide mwN der Judikatur. Siehe ferner VwGH 9.9.2015, Ro 2015/04/0013.

⁶⁵ Abrufbar unter: <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-rundschreiben.html> Dokument „Rundschreiben betreffend Regelungen im Gesetzes- und Verordnungsrang“.

⁶⁶ Vgl. Teil 2 Abschnitt H Pkt. 13 der Anlage zu § 2 BMG, BGBl. Nr. 76/1986 idgF.