

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

An
die Parlamentsdirektion
den Rechnungshof
den Verfassungsgerichtshof
den Verwaltungsgerichtshof
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der österreichischen Bundesländer beim Amt der
niederösterreichischen Landesregierung
den Österreichischen Gemeindebund
den Österreichischen Städtebund
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Händen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Händen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.
die Österreichische Vereinigung für das Gas- und Wasserfach

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. September 2007 in der Rechtssache C-260/04, Kommission gegen Italien, betreffend die Erneuerung von (Pferdewettspiel) Konzessionen ohne Ausschreibungsverfahren; Rundschreiben

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erließ am 13. September 2007 das Urteil in der Rechtssache C-260/04. Die Rechtssache beruht auf einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Italien.
2. Dem Ausgangsverfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach der italienischen Rechtslage sollte ab dem Jahr 1997 das Finanzministerium im

Einvernehmen mit dem Ministerium für Agrar- und Forstpolitik Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten an natürliche Personen und Gesellschaften, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllten, im Wege von Ausschreibungen vergeben. Bestehende Konzessionen wurden, da entsprechende Ausschreibungen bis 31.12.1998 nicht durchgeführt werden konnten, per Ministerialdekret bis zum 31.12.1999 verlängert. In der Folge wurde mit einem Ministerialdekret vom 7. April 1999 der Plan zur Verstärkung des Netzes für die Annahme von Pferdewetten genehmigt, nach dem die Zahl der Wettannahmestellen im gesamten italienischen Hoheitsgebiet von 329 auf 1 000 erhöht werden sollte. Während 671 Konzessionen neu ausgeschrieben wurden, sah die Verordnung des Finanzministers vom 9.12.1999 die Verlängerung der (bestehenden) 329 „alten Konzessionen“ vor. Zur Durchführung dieser Verordnung erneuerte der italienische Finanzminister diese Konzessionen mit Entscheidung vom 21.12.1999 für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem 1. Jänner 2000. 2001/2002 wurde gesetzlich festgelegt, dass die „alten Konzessionen“ im Wege gemeinschaftsweiter Ausschreibungen neu vergeben werden, jedoch bis zu ihrer endgültigen Neuvergabe gültig bleiben sollten. Die Kommission vertrat die Ansicht, dass das italienische System der Vergabe der Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten und insbesondere die Erneuerung der ohne Durchführung einer Ausschreibung vergebenen 329 alten Konzessionen mit dem allgemeinen Transparenzgrundsatz und dem Publizitätsgebot, die sich aus den Art. 43 EG und 40 EG ergäben, unvereinbar sei.

3. Dienstleistungskonzessionsverträge werden definiert als Verträge, „*deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht*“ (vgl. § 8 BVergG 2006 und Art. 1 Abs. 4 der RL 2004/18/EG).

In seinem Urteil führt der Gerichtshof zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, die unstreitig vom Anwendungsbereich der RL 92/50 ausgenommen waren (vgl. Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8585, Rz 42) bzw. nunmehr gemäß Art. 17 vom Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG ausdrücklich ausgenommen sind, folgendes aus:

3.1. Zur Vergabe von Konzessionen ohne Transparenz:

Der EuGH wiederholt seine stRspr, wonach Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der RL 92/50 ausgenommen sind, bei deren Vergabe jedoch die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der

Staatsangehörigkeit im Besonderen beachtet werden muss (vgl. Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 60, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 16, und Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 46). Die auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen anwendbaren Bestimmungen des Vertrags, insbesondere Art. 43 EG und 49 EG, sowie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und schließen insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein. Die der konzessionserteilenden Stelle obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (vgl. Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 61 und 62, sowie Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49). Im gegenständlichen Verfahren stellte der EuGH fest, dass das völlige Fehlen von Ausschreibungen zur Vergabe von Konzessionen für die Annahme von Pferdewetten gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstößt und insbesondere den allgemeinen Transparenzgrundsatz sowie die Verpflichtung verletzt, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen. Die Erneuerung der 329 alten Konzessionen ohne Ausschreibung verhindere nämlich die Öffnung dieser Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

3.2. Zur möglichen Rechtfertigung einer Vergabe ohne Transparenz:

In weiterer Folge prüft der Gerichtshof, ob diese Konzessionserneuerung aufgrund der in den Art. 45 EG und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelungen zulässig oder nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (vgl. Rs C-243/01, *Gambelli u. a.*, Rz 60, und Rs C-338/04, *Placanica u. a.*, Rz 45). Im konkreten Zusammenhang (Glückspiel, Wetten usw.) hat die Rechtsprechung eine Reihe von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses anerkannt: Verbraucherschutz, Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen (vgl. Rs C-338/04, *Placanica u. a.*, Rz 46). Den Mitgliedstaaten steht es zwar frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet von Glücksspielen festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, jedoch müssen die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen (Rs C-338/04, *Placanica u. a.*, Rz 48). Daher war zu prüfen, ob die Erneuerung von Konzessionen ohne Ausschreibung geeignet ist, die

Verwirklichung des von der Italienischen Republik angestrebten Ziels zu gewährleisten, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Die italienische Regierung berief sich im Verfahren nicht auf Ausnahmeregelungen (wie Art. 45 EG oder 46 EG), sondern begründete die ohne Ausschreibung erfolgte Konzessionserneuerung insbesondere mit der Notwendigkeit, illegale Wetten zu verhindern. Sie legte jedoch nicht dar, inwieweit es dafür notwendig sei, die Durchführung von Auswahlverfahren zu unterlassen bzw. inwiefern die Erneuerung der bisherigen Konzessionen ohne Ausschreibungsverfahren der Entwicklung illegaler Wettaktivitäten entgegenwirken könnte. Da Italien nicht der Nachweis gelang, dass die Regelung einerseits einem wesentlichen Interesse im Sinne der Art. 45 EG und 46 EG oder einem durch die Rechtsprechung anerkannten zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses und andererseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprach, stellte der EuGH fest, dass die ohne Ausschreibung erfolgte Erneuerung der alten Konzessionen weder geeignet war, die Verwirklichung des von der Italienischen Republik angestrebten Ziels sicherzustellen, noch dass sie über das hinausging, was erforderlich war, um zu verhindern, dass die im Pferdewettensektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer in kriminelle oder betrügerische Aktivitäten verwickelt werden.

Unter Verweis auf seine stRspr, dass wirtschaftliche Gründe (wie Gewährleistung von Kontinuität, finanzieller Stabilität und angemessener Renditen für in der Vergangenheit getätigte Investitionen für die Konzessionsinhaber) nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen können (vgl. Rs C-35/98, *Verkooijen*, Rz 48, und Rs C-388/01, *Kommission/Italien*, Rz 22) anerkannt werden können, wies der Gerichtshof das entsprechende Vorbringen der italienischen Regierung zurück.

4. Konsequenzen des Erkenntnisses:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht aufgrund der verfestigten Judikatur des EuGH davon aus, dass grundsätzlich jede Erteilung einer Konzession in einem transparenten Verfahren zu erfolgen hat. Das Bundeskanzleramt weist darauf hin, dass in Österreich in vielen Bereichen derartige Konzessionssysteme bestehen, etwa im Glücksspielbereich, im Müllentsorgungsbereich, im Bereich der Abwasserversorgung und –entsorgung uvam.

Ausnahmen vom Grundsatz der transparenten Vergabe sind nach der Judikatur des Gerichtshofs nur in engen, restriktiv auszulegenden Grenzen möglich: bei

einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung der Konzession (vgl. Rs C-231/03, *Coname*), bei einer in-house Situation (vgl. etwa Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rs C-340/04, *Carbotermo*), bei Bestehen eines gemeinschaftskonformen Monopols (Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*), bei Bestehen primärrechtlicher Ausnahmeregelungen (vgl. Art. 45, 46 oder 296 EG) sowie bei Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit rechtfertigen können (vgl. die ggstl. Rechtssache). Im zuletzt genannten Fall hat darüber hinaus eine Prüfung nach dem allgemeinen Prüfschema für Eingriffe in Grundfreiheiten stattzufinden, damit eine Konzessionserteilung ohne Transparenz gemeinschaftsrechtlich zulässig wäre.

Das Bundeskanzleramt ersucht, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofes bei künftigen Konzessionsvergaben entsprechend zu berücksichtigen.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nicht-Beachtung der oben beschriebenen Grundsätze könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

4. Oktober 2007
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt