SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIAL FENNELLY

vom 18. Mai 2000 *

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Bundesvergabeamtes (BVA) betrifft im Wesentlichen die Frage, ob Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Geltungsbereich der Richtlinien des Rates 92/50/EWG vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [1] und 93/38/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [2] ausgenommen sind. Sind sie ausgenommen, so stellt sich die Frage nach dem Umfang dieser Ausnahme. Ferner wird eine Reihe weiterer Probleme aufgeworfen, so die Frage, ob Vertragsbestandteile, die unter die Richtlinie 93/38 fallen, von den nicht unter diese Richtlinie fallenden Vertragsbestandteilen getrennt werden können, und die Frage der Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Lieferverträgen.

I — Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Die achte Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 lautet:

„Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst."

* Originalsprache: Englisch.

1 — ABl. 1992, L 209, S. 1. Die Richtlinie 92/50 wurde seither geändert durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1997, L 328, S. 1).

2 — ABl. 1993, L 199, S. 84. Die Richtlinie 93/38 wurde seither geändert durch die Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1998, L 101, S. 1).

Artikel 1 dieser Richtlinie bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *‚öffentliche Dienstleistungsaufträge'* die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen

...

v) Fernsprechdienstleistungen, Telexdienste, der bewegliche Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation ..."

3. Die 24. Begründungserwägung der Richtlinie 93/38 lautet:

„Diese Richtlinie regelt lediglich Dienstleistungen, die aufgrund einer Auftragsvergabe erbracht werden. Andere Dienstleistungen, die z. B. aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder von Arbeitsverträgen erbracht werden, werden demnach nicht erfasst."

Nach Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie sind:

„Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge: die zwischen einem der in Artikel 2 aufgeführten Auftraggeber und einem Lieferanten, Unternehmer oder Dienstleistungserbringer geschlossenen entgeltlichen schriftlichen Verträge, die folgenden Gegenstand haben:

...

c) im Fall von Dienstleistungsaufträgen alle anderen als die unter den Buchstaben a) und b) genannten Gegenstände, ausgenommen:

...

iii) Aufträge über Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen;

iv) Verträge über finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Ankauf, Verkauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten;

...

vi) ... Aufträge, die Dienstleistungen und Lieferungen umfassen, gelten als Lieferaufträge, wenn der Gesamtwert der Waren höher ist als der Wert der von dem Auftrag erfassten Dienstleistungen ...“

Nach Artikel 2 Absatz 1 gilt diese Richtlinie „für Auftraggeber, die

a) staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben ...“.

Nach Artikel 2 Absatz 2, soweit einschlägig, sind „[u]nter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten ...

d) die Bereitstellung oder das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten“.

B — *Österreichische Rechtsvorschriften und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens*

4. Die Post & Telekom Austria AG (nachstehend: PTA) ist — mit Wirkung vom 1. Januar 1997 — Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Post & Telegraphenverwaltung. Die Post & Telegraphenverwaltung war mit der Wahrnehmung des österreichischen Post- und Fernmeldemonopols betraut, das die gesetzliche Verpflichtung zur Herausgabe eines Teilnehmerverzeichnisses umfasste[3]. Aus wirtschaftlichen Gründen hatte sie jedoch 1992 beschlossen, zur Unterstützung bei der Erstellung des Amtlichen Telephonbuchs (heute „Weiße Seiten“ genannt) einen Partner zu suchen. 1992 wurde ein Vertrag (allerdings offenbar nicht in der Form einer Konzession) geschlossen, der Ende 1997 auslief. Im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsablauf bekundete die PTA in einer Anzeige, die am 15. Mai 1997 im *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* und

3 — Artikel 31 des früheren Fernmeldegesetzes.

verschiedenen Zeitungen erschien, ihre Absicht, eine Konzession für die Herstellung von Teilnehmerverzeichnissen in gedruckter und in elektronischer Form zu vergeben. Der Konzessionär würde für die Übernahme dieser Verpflichtung im Gegenzug das Recht erhalten, die Konzession wirtschaftlich zu verwerten, während die PTA sich an der vom Konzessionär zu diesem Zweck zu errichtenden Gesellschaft zu 40 % beteiligen würde. Den Zuschlag für die Konzession erhielt bald darauf die Herold Business Data AG (nachstehend: HBD), die anscheinend Rechtsnachfolgerin der Gesellschaft ist, mit der 1992 der ursprüngliche Vertrag geschlossen worden war[4]. Der Konzessionsvertrag wurde am 15. Dezember 1997 geschlossen.

5. Am 1. August 1997 trat das Telekommunikationsgesetz (TKG) in Kraft[5]. Gemäß § 19 TKG hat jeder Erbringer eines öffentlichen Sprachtelefoniedienstes u. a. ein auf dem aktuellen Stand zu haltendes Teilnehmerverzeichnis zu führen, einen Auskunftsdienst über Teilnehmeranschlüsse zu unterhalten und der nach dem TKG errichteten Regulierungsbehörde auf Anforderung ein Teilnehmerverzeichnis zumindest wöchentlich in elektronisch lesbarer Form zur Verfügung zu stellen. Nutzer müssen zu diesen Daten nach § 24 Absätze 1 und 2 TKG zu einem erschwinglichen Preis im Rahmen des Universaltelefondienstes in Österreich Zugang haben. Die Regulierungsbehörde hat nach § 26 Absatz 1 sicherzustellen, dass ein einheitliches Gesamtverzeichnis, in dem die in den verschiedenen Einzelverzeichnissen enthaltenen Daten zusammengefasst sind, verfügbar ist[6]. Überdies hat jeder Betreiber nach § 96 Absatz 1 TKG ein Teilnehmerverzeichnis u. a. in gedruckter oder in elektronischer Form zu erstellen.

6. Nach Auffassung der Antragsteller des Ausgangsverfahrens Telaustria und Telefonadress hätten auf den fraglichen Vertrag die von der Gemeinschaft vorgeschriebenen Vergabeverfahren und die österreichischen Rechtsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge angewendet werden müssen. Ihren getrennten, später miteinander verbundenen Anträgen auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens gemäß § 109 Bundesvergabegesetz (BVergG)[7] entsprechend erließ die Bundes-Vergabekontrollkommission am 20. Juni 1997 eine Empfehlung, in der die Anwendbarkeit des BVergG bejaht wurde.

7. Die PTA folgte dieser Empfehlung nicht, sondern setzte die Verhandlungen über den

4 — Die HBD befindet sich im gemeinsamen Besitz des Unternehmens GTE (74 %) und der PTA (26 %).

5 — BGBl I 1997/100.

6 — Bis zum 31. Juli 1997 ergab sich die Verpflichtung der PTA zur Veröffentlichung von Teilnehmerverzeichnissen aus § 2 des Poststrukturgesetzes (BGBl I 1996/201).

7 — BGBl I 1997/56.

in der Anzeige beschriebenen Vertrag fort. Nach ihrer Auffassung fiel der fragliche Vertrag unter die ausdrückliche Ausnahme von „Dienstleistungskonzessionen" vom Anwendungsbereich des BVergG gemäß § 3 Absatz 1 Unterabsatz 8 BVergG. Am 24. Juni 1997 stellte die Telaustria beim BVA einen Antrag auf die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verbunden mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung; die Telefonadress schloss sich diesem Verfahren später an. Nachdem das BVA zunächst eine einstweilige Verfügung zugunsten der Antragsteller erlassen hatte, gestattete es dann in einer einstweiligen Verfügung vom 10. Juli 1997 den Abschluss des Vertrages unter der Auflage, dass er für den Fall, dass er den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vergabevorschriften unterliege, beendet werden könne.

8. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, gilt das TKG für den zwischen der PTA und der HBD geschlossenen Vertrag. Bei ihrer Errichtung als Gesellschaft ging die PTA zu 100 % in den Besitz der öffentlichen Hand über. Sie steht unter der Aufsicht der österreichischen Behörden und wird vom BVA als öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/38 eingestuft, das Auftraggeber im Sinne der Richtlinie sein könne.

9. Nach Darstellung des BVA umfasst der beanstandete Vertrag „mehrere — zum Teil ineinander greifende — Verträge unterschiedlichen Gegenstands, aber zwischen denselben Partnern". Gegenstand des Druckauftrags „ist das Herstellen von gedruckten Telefonverzeichnissen". Zu den von der HBD zu erbringenden Dienstleistungen gehörten erstens „das Sammeln, Bearbeiten und Strukturieren von Teilnehmerdaten sowie deren technische Nutzbarmachung, somit Leistungen mit den CPC[8] — Nr. 841b, ‚Entwicklung von Softwarepaketen', Nr. 8431, ‚Dienstleistung bei der Verarbeitung und Tabellierung von Daten', Nr. 8432, ‚Dienstleistungen bei der Datenerfassung' und Nr. 8439, ‚Dienstleistungen bei der sonstigen Datenverarbeitung', allenfalls noch Nr. 844, ‚Dienstleistungen von Datenbanken'". Dies seien Leistungen der „Kategorie 7, Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten im Sinne des Anhanges XVI Teil A der Richtlinie 93/38/EWG".

10. Ein zweiter Vertragsteil sei das Erstellen gedruckter Telefonverzeichnisse; dabei handele es sich um Leistungen der „Kategorie 15, ‚Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage', im Sinne des Anhanges XVI Teil A, der Richtlinie 93/38/EWG". Dritter Vertragsteil seien „Dienstleistungen mit der CPC Nr. 871, ‚Dienstleistungen im Rahmen der Werbung', somit Leistungen im Sinne der Kategorie 13 des Anhanges XVI Teil A der Richtlinie 93/38/EWG". Der Anteil von Leistungen des Anhangs XVI Teil A überwiege jene des Teils B bei weitem, weswe-

8 — CPC steht für die zentrale Gütersystematik (Central Product Classification) der Vereinten Nationen. Zur Bedeutung der CPC vgl. Nummern 10 und 32 meiner Schlussanträge sowie Randnrn. 38 und 39 des Urteils in der Rechtssache C-76/97 (Tögel/ Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Slg. 1998, I-5357).

gen die Richtlinie auf den Vertrag insgesamt Anwendung finde.

11. Das BVA hält es nicht für zwingend, die Ausnahme der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen vom Geltungsbereich der Richtlinie 92/50 als Beleg für die Behauptung der PTA anzusehen, dass solche Verträge auch vom Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen seien, und hat Zweifel, welches der Gegenstand solcher Verträge ist; es hat dem Gerichtshof daher folgende sieben Fragen vorgelegt:

Hauptfrage:

Lässt sich aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 92/50/EWG, insbesondere aus dem Vorschlag der Kommission (KOM[90] 372, ABl. C 23 vom 31. Januar 1991, S. 1), oder aus der Bestimmung des Begriffes „öffentlicher Dienstleistungsauftrag" in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50/EWG ableiten, dass bestimmte Kategorien von Verträgen, die von Auftraggebern, die dieser Richtlinie unterliegen, mit Unternehmen, die Dienstleistungen erbringen, geschlossen werden, allein aufgrund bestimmter gemeinsamer Merkmale, wie sie in dem Vorschlag der Kommission KOM(90) 372 genannt sind, und ohne dass die Artikel 1 Buchstabe a Ziffern i bis viii oder Artikel 4 bis 6 der Richtlinie 92/50/EWG anzuwenden wären, von vornherein vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind?

Für den Fall der Bejahung der Hauptfrage:

Bestehen derartige Kategorien von Verträgen, insbesondere unter Beachtung des 24. Erwägungsgrundes der Richtlinie 93/38/EWG, auch im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG?

Für den Fall der Bejahung der zweiten Frage:

Lassen sich diese Kategorien von vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG ausgeschlossenen Verträgen analog zum Vorschlag KOM(90) 372 in der Art und Weise ausreichend umschreiben, dass ihr Wesen darin besteht, dass ein Auftraggeber, der in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG fällt, eine seiner Zuständigkeit unterliegende Dienstleistung einem Unternehmen seiner Wahl überträgt und diesem im Gegenzug das Recht einräumt, die betreffende Dienstleistung wirtschaftlich zu nutzen?

Ergänzend zu den ersten drei Fragen:

Ist ein Auftraggeber, der dem persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG

unterliegt, in dem Fall, dass ein von ihm geschlossener Vertrag Elemente eines Dienstleistungsauftrags im Sinne des Artikels 1 Nummer 4 Buchstabe a der Richtlinie 93/38/EWG gemeinsam mit Elementen anderer vertraglicher Natur aufweist, die nicht dem Geltungsbereich dieser Richtlinie unterliegen, verpflichtet, den der Richtlinie 93/38/EWG unterliegenden Teil des Gesamtvertrags aus diesem herauszulösen, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, und einem Vergabeverfahren im Sinne des Artikels 1 Nummer 7 dieser Richtlinie zu unterziehen, wie dies der Gerichtshof in der Rechtssache C-3/88 [9] vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 92/50/EWG bei einem als Ganzes nicht der Richtlinie 77/62/EWG unterliegenden Auftrag angeordnet hat?

Für den Fall der Bejahung dieser Frage:

Ist die vertragliche Einräumung des Rechts zur ausschließlichen wirtschaftlichen Verwertung des Ergebnisses einer Dienstleistung, die dem Erbringer der Dienstleistung einen zwar nicht bestimmbaren, aber nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht unbeträchtlichen und die Kosten der Dienstleistung erwartbar übersteigenden Ertrag erbringt, als Entgelt für die Erbringung der Dienstleistung anzusehen, wie dies der Gerichtshof in Zusammenhang mit einem Lieferauftrag und einem an Entgelts statt hoheitlich zuerkannten Recht in der Rechtssache C-272/91 [10] ausgesprochen hat?

9 — Urteil vom 5. Dezember 1988, Kommission/Italien, Slg. 1989, 4035 (nachstehend: Urteil Datenverarbeitung).

10 — Urteil vom 26. April 1994, Kommission/Italien, Slg. 1994, I-1409 (nachstehend: Urteil Lottomatica).

Ergänzend zu den bisherigen Fragen:

Sind die Bestimmungen des Artikels 1 Nummer 4 Buchstaben a und c der Richtlinie 93/38/EWG dahin gehend auszulegen, dass ein Auftrag, der die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XVI Teil A Kategorie 15 vorsieht, seinen Charakter als Dienstleistungsauftrag verliert und zum Lieferauftrag wird, wenn die Dienstleistung die Herstellung einer großen Anzahl gleichartiger körperlicher Sachen, die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen und somit Waren im Sinne der Artikel 9 und 30 EG-Vertrag darstellen, zum Ergebnis hat?

Für den Fall der Bejahung dieser Frage:

Ist das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache C-3/88 dahin gehend auszulegen, dass ein derartiger Lieferauftrag von den übrigen Bestandteilen des Leistungsvertrags abzutrennen und einem Vergabeverfahren im Sinne des Artikels 1 Nummer 7 der Richtlinie 93/38/EWG zu unterwerfen ist, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist?

II — Erklärungen

12. Die Telaustria, die PTA, das Königreich Dänemark, das Königreich der Niederlande, die Französische Republik, die Republik Österreich und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und mit Ausnahme von Dänemark und der Niederlande auch mündliche Erklärungen abgegeben.

III — Beurteilung

13. Meines Erachtens lassen sich die verschiedenen Fragen des vorlegenden Gerichts wie folgt zusammenfassen:

i) Gilt für den Vertrag in der vorliegenden Rechtssache unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit des Vergaberechts der Gemeinschaft die Richtlinie 93/38?

ii) Sind öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgeschlossen?

iii) Was fällt unter einen Vertrag über eine öffentliche Dienstleistungskonzession nach dem Gemeinschaftsrecht und wie sind solche Konzessionen definiert?

iv) Falls die einschlägigen Veröffentlichungsvorschriften der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft unanwendbar sind, welche Veröffentlichungserfordernisse ergeben sich dann gegebenenfalls aus der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages?

v) Hat im Fall der Unanwendbarkeit der Richtlinie 93/38 die Tatsache, dass mit der Konzession die Herstellung (gedruckter) Teilnehmerverzeichnisse in großer Zahl erreicht werden soll, zur Folge, dass sie ganz oder teilweise als Lieferauftrag anzusehen ist und damit den Vergabevorschriften der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge unterliegt [11]?

Obwohl sich diese Punkte in bestimmtem Umfang überschneiden, schlage ich vor, sie einfachheitshalber der Reihe nach zu behandeln.

11 — ABl. 1993, L 199, S. 1.

A — *Richtlinie 92/50/EWG oder Richtlinie 93/38/EWG*

14. Würde die Richtlinie 93/38 für einen Vertrag wie den zwischen der PTA und der HBD gelten, so bedürfte die erste Vorlagefrage des BVA keiner spezifischen Antwort. Daher ist meines Erachtens zuerst zu prüfen, ob etwa die Sektorenrichtlinie anwendbar ist, bevor weitere allgemeinere Richtlinien geprüft werden. Aber auch wenn nur die Richtlinie 93/38 auf den vorliegenden Fall anwendbar wäre, so würde dies die Berücksichtigung anderer Vergabevorschriften der Gemeinschaft als Auslegungshilfe für diese Richtlinie nicht ausschließen.

15. Wie aus dem Vorlagebeschluss eindeutig hervorgeht, ist die PTA als öffentliches Unternehmen, das Telekommunikationsdienstleistungen erbringt, grundsätzlich als Auftraggeber im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 anzusehen. Für diese Auffassung spricht auch die 13. Begründungserwägung dieser Richtlinie, wonach sie „keine Anwendung auf solche Tätigkeiten der Auftraggeber [findet], die nicht die Sektoren ... Telekommunikation betreffen". Die Richtlinie 93/38/EWG gilt nach Artikel 2 Absatz 1 nur für Auftraggeber, die „eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben", etwa „die Bereitstellung oder das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten" [12]. Die PTA mag zwar nicht mehr der einzige Anbieter solcher Dienstleistungen auf dem österreichischen Markt sein, doch gehören zu ihren „Aufgaben", wie sie das BVA beschreibt, „die Bereitstellung und das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und das Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten". Die PTA ist, wie die Kommission vorträgt, eindeutig ein Auftraggeber in einem der fraglichen Sektoren. Im Allgemeinen hängt die Herstellung gedruckter und elektronischer Teilnehmerverzeichnisse unmittelbar mit der Erbringung solcher Dienste zusammen.

16. Das BVA selbst vertritt zunächst den Standpunkt, dass die Dienstleistungen, um die es in dem Vertrag zwischen der PTA und der HBD geht, insgesamt gesehen in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fielen und dass dieser Vertrag als „Liefer"-Vertrag im Sinne des Artikels 15 dieser Richtlinie anzusehen sei. Hinsichtlich der Einordnung dieses Vertrages in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 enthalten die dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen — abgesehen von einem etwaigen Ausschluss als Konzession — nichts, was gegen die Beurteilung des BVA sprechen könnte, dass er in den Geltungsbereich dieser Richtlinie falle. Meines Erachtens braucht zur Beantwortung der vorgelegten Fragen nicht untersucht zu werden, ob es sich um einen „Liefer-" oder um einen „Dienstleistungsauftrag" handeln würde. Könnte ein Vertrag wie der, um den es im Ausgangsverfahren geht, als Liefer- oder als Dienstleistungsauftrag im Sinne von Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 angesehen werden, wären nämlich die Veröffentlichungsvorschriften der Artikel 15 oder 16 dieser Richtlinie anzuwenden.

12 — Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe d ist oben in Nummer 3 zitiert.

17. Ich teile nicht die Auffassung der PTA, in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fielen nur solche Dienstleistungen, die am Ende einer langen Kette von Dienstleistungen und, soweit der vorliegende Fall betroffen ist, in unmittelbarem Bezug zur tatsächlichen Erbringung von Fernsprechdienstleistungen stünden. Aus der 17. Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 geht eindeutig hervor, dass deren Vorschriften nicht die Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 93/38 berühren sollten; mit anderen Worten, sobald ein Vertrag in den Geltungsbereich der Sektorenrichtlinie fällt, sind die allgemeineren Vorschriften der Richtlinie 92/50 unanwendbar. Die in deren Geltungsbereich fallenden Dienstleistungen sind u. a. in Anhang I A der Richtlinie aufgezählt und umfassen das „Fernmeldewesen" (Kategorie 5), doch sind nach der Fußnote zu dieser Kategorie Fernsprechdienstleistungen eindeutig ausgenommen. Nur bei einer sehr engen Auslegung des Geltungsbereichs der Richtlinie 93/38 ließe sich die Auffassung der PTA rechtfertigen, dass ein Auftrag zur Herstellung von Teilnehmerverzeichnissen keinen für die Anwendbarkeit dieser Richtlinie ausreichenden Bezug zur Erbringung von Fernsprechdienstleistungen aufweise. Ich halte eine derart enge Auslegung für falsch. Von Bedeutung ist insbesondere, dass, wie im Vorlagebeschluss ausgeführt, die Kategorie 15 des Anhangs XVI der Richtlinie 93/38 ausdrücklich „Verlegen und Drucken" als eine der Dienstleistungen einschließt, die unter die nach Artikel 15 erforderlichen Veröffentlichungsverfahren fallen.

18. Überdies sind in Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 unter anderem die von dieser Richtlinie erfassten Dienstleistungsaufträge beschrieben als „die zwischen einem der in Artikel 2 aufgeführten Auftraggeber und einem Lieferanten, Unternehmer oder Dienstleistungserbringer geschlossenen entgeltlichen schriftlichen Verträge", die als Gegenstand „Fernsprechdienstleistungen" (Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe c Ziffer ii) haben. Meines Erachtens ist daher das BVA zutreffend davon ausgegangen, dass die Richtlinie 93/38 auf den vorliegenden Fall grundsätzlich anwendbar ist. Mit der zweiten, der dritten und der fünften Frage (und mittelbar der ersten Frage) wird daher das Problem aufgeworfen, ob die Natur des Vertrages zwischen der PTA und der HBD als Konzession die Anwendung der Richtlinie 93/38 ausschließt. Dies ist der eigentliche Kern dieses Falles.

B — *Die Ausnahme von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen*

19. Die Antragsteller tragen vor, Dienstleistungskonzessionen seien nicht als von den Vergabevorschriften der Gemeinschaft ausgenommen anzusehen, weil eine solche Auslegung die Anwendung dieser Vorschriften davon abhängig machen würde, welche Tätigkeiten nach den verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften jeweils als öffentliche Tätigkeiten eingestuft würden. Das Gebot einer engen Auslegung von Ausnahmen vom Geltungsbereich der öffentlichen Vergabevorschriften lasse eine solche Ausnahme nicht zu. Sollten jedoch Konzessionen ausgenommen sein, müsse es sich um eine echte Übertragung einer im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit handeln, damit eine öffentliche Dienstleistungskonzession erfasst werde. Dies sei bei der Herstellung von Teilnehmerverzeich-

nissen nicht der Fall. Es gebe keinen ausdrücklichen Vorschlag der Kommission, öffentliche Dienstleistungskonzessionen in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 aufzunehmen, und es sei daher nicht gerechtfertigt, aus dem Schweigen der Richtlinie zu dieser Frage abzuleiten, dass solche Verträge ausgenommen seien.

20. Die PTA, unterstützt von den Mitgliedstaaten und der Kommission, die Erklärungen eingereicht haben, trägt im Wesentlichen vor, aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 92/50 und unter Berücksichtigung des gesamten Geltungsbereichs der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft ergebe sich, dass der Rat Konzessionen nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie oder der Richtlinie 93/38 habe aufnehmen wollen. Der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 beschränke sich auf die in sie aufgenommenen Arten von Verträgen, zu denen Konzessionen nicht gehörten.

21. Meines Erachtens hat der Rat den Vorschlag der Kommission, Konzessionen in den Geltungsbereich der Richtlinie 92/50 aufzunehmen, eindeutig abgelehnt. In ihrem ursprünglichen Vorschlag vom 13. Dezember 1990 waren „öffentliche Dienstleistungskonzessionen" von „öffentlichen Dienstleistungsaufträgen" in Artikel 1 Buchstabe a Ziffer vi unterschieden, in Artikel 1 Buchstabe h definiert und den Veröffentlichungsvorschriften von Artikel 2 des Richtlinienvorschlags unterworfen worden [13]. Abgesehen von einer weiter ausgearbeiteten Definition einer „öffentlichen Dienstleistungskonzession" enthält der geänderte Vorschlag vom 28. August 1991 [14] im Wesentlichen ähnliche Vorschriften. Als Grund für ihre Aufnahme führte die Kommission in der 10. Begründungserwägung des Vorschlags zunächst aus: „Um kohärente Vergabeverfahren einzuführen, müssen öffentliche Dienstleistungskonzessionen von dieser Richtlinie in der gleichen Weise erfasst werden wie öffentliche Baukonzessionen von der Richtlinie 71/305/EWG." In der 10. Begründungserwägung des geänderten Vorschlags wurde die Bezugnahme auf die letztgenannte Richtlinie fallen gelassen, und es hieß nur noch, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen erfasst werden müssten, „um kohärente Vergabeverfahren einzuführen". Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens strich der Rat sämtliche Hinweise auf Dienstleistungskonzessionen aus dem Vorschlag. Seine Begründung dafür ergibt sich aus dem in den Erklärungen der Französischen Republik angeführten Gemeinsamen Standpunkt [15]. Die Entscheidung des Rates kann, wie von Frankreich vorgetragen, nur als ausdrückliche Weigerung verstanden werden, solche Konzessionen in den Geltungsbereich der Richtlinie 92/50 aufzunehmen.

13 — Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge KOM(90) 372 endg. (ABl. 1991, C 23, S. 1). Der Fall, dass der Konzessionär öffentlicher Auftraggeber ist, war in Artikel 3 des Vorschlags besonders geregelt.

14 — Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge KOM(91) 322 endg. (ABl. 1991, C 250, S. 4).

15 — Dokument Nr. 4444-92-ADD-1 vom 25. Februar 1992. Der Rat war im Wesentlichen der Auffassung, solche Konzessionen seien in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt, so dass eine Annahme des Vorschlags nicht in allen Mitgliedstaaten dieselbe Wirkung entfaltet hätte. Die österreichische Regierung weist in ihren schriftlichen Erklärungen darauf hin, der Grund für die Ablehnung habe darin gelegen, dass in einigen Mitgliedstaaten die Konzessionen nur durch hoheitlichen (Verwaltungs-)Akt vergeben würden, und deshalb von der Definition, wie sie die Kommission vorgeschlagen habe, nicht erfasst worden wären, in der auf die Konzessionsvergabe durch zweiseitige privatrechtliche Verträge abgestellt worden sei. Dies wurde von der Kommission, wenn auch mit Bedauern, in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament betreffend den Gemeinsamen Standpunkt anerkannt (vgl. SEK[92] 406 endg. vom 5. März 1992).

22. Vor diesem Hintergrund wird meines Erachtens verständlich, warum die Kommission nicht einmal vorschlug, die öffentlichen Dienstleistungskonzessionen in ihren Vorschlag vom 27. September 1991 für die spätere Richtlinie 93/38 des Rates aufzunehmen [16]. Noch bezeichnender ist jedoch, dass die Kommission in ihren geänderten Vorschlag für die spätere Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 93/38 — nämlich die Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [17], die erste Vergaberichtlinie für den öffentlichen Sektor — einige Vorschriften über öffentliche Dienstleistungskonzessionen aufgenommen hatte [18]. Dieser Vorschlag war vom Rat abgelehnt worden, weil es solche Konzessionen nur in einem Mitgliedstaat gab und der Rat es nicht für angebracht hielt, sie ohne eine genaue Untersuchung der verschiedenen Konzessionsregelungen in den Mitgliedstaaten für den Bereich der Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung zu regeln [19]. Diese Beurteilung der Entstehungsgeschichte zeigt eindeutig, dass das Schweigen der Richtlinie 93/38 zu Konzessionen beabsichtigt war und diese dadurch ausgeschlossen werden sollten. Sie stellt daher im vorliegenden Fall ein klares Hilfsmittel für die Auslegung der Richtlinie in ihrer schließlich vom Rat verabschiedeten Fassung dar.

23. Für diese Auffassung sprechen ferner die Richtlinien über öffentliche Bauaufträge. In der ersten Vergaberichtlinie, der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, waren Konzessionsverträge in Artikel 3 Absatz 1 ausdrücklich vom Begriff „öffentliche Bauaufträge" ausgenommen, der in Artikel 1 Buchstabe a definiert war als „entgeltliche schriftliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer ... einerseits und einem ... [der Richtlinie unterliegenden] öffentlichen Auftraggeber andererseits geschlossen werden" [20]. 1989 erließ der Rat mit der Richtlinie 89/440/EWG vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [21] eine Definition der „öffentlichen Baukonzessionen" (vgl. den neuen Artikel 1 Buchstabe d, aufgenommen durch Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/440) und schrieb für die Vergabe solcher Konzessionen die Anwendung von „Veröffentlichungsvorschriften" vor (vgl. den neuen Artikel 1b, aufgenommen durch Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 89/440). Dies ist sehr wichtig, weil es die erste ausdrückliche Regelung von Konzessionen in den Vergabevorschriften der Gemeinschaft darstellt. Im Zeitpunkt des Abschlusses des im Ausgangsverfahren fraglichen Vertrages waren die anwendbaren Vorschriften die der konsolidierten Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinie-

16 — Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(91) 347 endg. (ABl. 1991, C 337, S. 1).

17 — ABl. 1990, L 297, S. 1.

18 — Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor KOM(89) 380 endg. (ABl. 1989, C 264, S. 22).

19 — Vgl. Nummer 10 des Ratsdokuments Nr. 5250/90 vom 22. März 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, das den schriftlichen Erklärungen der Kommission als Kopie beiliegt.

20 — ABl. 1971, L 185, S. 5.

21 — ABl. 1989, L 210, S. 1.

rung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [22], die die Richtlinie 71/305 ersetzt hatte. Diese Richtlinie wurde am selben Tag wie die Richtlinie 93/38 erlassen. Es ist daher meines Erachtens offensichtlich, dass der Rat, hätte er öffentliche Dienstleistungskonzessionen in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 aufnehmen wollen, dies wie bei der Richtlinie 93/37 ausdrücklich getan hätte. Die einzige vernünftige Folgerung daraus, dass er dies nicht tat, hat Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BFI Holding gezogen: Die Richtlinie 93/38 betrifft „nur die Dienstleistungs*aufträge*“ [23].

24. Der in den Vergabevorschriften der Gemeinschaft verwendete Begriff *„schriftliche entgeltliche Verträge“* (Hervorhebung nur hier), der sich in allen Richtlinien — von der ersten, Richtlinie 71/305, bis zur Richtlinie 93/38 — findet, erfasste demnach zu keiner Zeit Konzessionen. Es kann nicht argumentiert werden, wie die Antragsteller dies implizit tun, dass bei einer wörtlichen Auslegung dieses Begriffes, wie er jetzt in Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 93/38 enthalten ist, schriftliche konzessionsartige Vereinbarungen in ihren Geltungsbereich fallen könnten, wenn das Entgelt ganz durch Verwertung oder teils durch Verwertung, teils durch Zahlung des Auftraggebers erlangt wird. Mit anderen Worten, selbst wenn die Entstehungsgeschichte unbeachtet zu bleiben hätte, würde der Begriff „entgeltlich“, der mangels Definition in der Richtlinie 93/38 nach seinem Zusammenhang auszulegen wäre, Konzessionen ausschließen.

25. Der Gerichtshof sollte daher meines Erachtens entscheiden, dass „öffentliche Dienstleistungskonzessionen“ nicht von der Richtlinie 93/38 erfasst werden.

C — *Umfang des Begriffes der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen*

26. Da öffentliche Dienstleistungskonzessionen nach meiner Auffassung nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fallen, muss zur Beantwortung der dritten und der vierten Frage des vorlegenden Gerichts untersucht werden, welcher Art die etwa als Konzession anzusehende und ggf. von den Veröffentlichungsvorschriften dieser Richtlinie ausgeschlossene Vereinbarung ist. Dabei bin ich mir bewusst, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber, soweit Konzessionen nicht ausdrücklich aufgenommen wurden, es nicht für erforderlich gehalten hat, den Begriff „öffentliche Dienstleistungskonzessionen“ zu definieren. Daher stimme ich mit den Mitgliedstaaten, die in dieser Rechtssache Erklärungen abgegeben haben, und der Kommission überein, dass mangels einer Legaldefinition die Kriterien, die eine Konzession kennzeichnen, vom Gerichtshof festgelegt werden müssen, um das BVA bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits zu unterstützen.

22 — ABl. 1993, L 199, S. 54. Die Richtlinien des Rates 89/440 und 93/37 bezeichne ich nachstehend der Einfachheit halber als Richtlinien über öffentliche Bauaufträge.

23 — Rechtssache C-360/96 (Urteil vom 10. November 1998, Slg. 1998, I-6821, Nr. 26; Hervorhebung im Original).

27. Die Antragsteller tragen vor, charakteristisch für eine Konzession sei, dass der Konzessionsgeber dem Konzessionär kein Entgelt zahle. Der Konzessionär müsse daher lediglich das Recht zur wirtschaftlichen Verwertung der Konzession erhalten, auch wenn dieses Recht mit einer Verpflichtung einhergehen könne, dem Konzessionsgeber eine Vergütung zu zahlen. Außerdem müsse der Gegenstand der Konzession eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse sein, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt zusammenhänge. Dies sei hier nicht der Fall, weil nach § 96 Absatz 1 TKG jeder Betreiber von Telekommunikationsdiensten ein Teilnehmerverzeichnis zu veröffentlichen habe.

28. Die anderen Parteien und Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, sind sich hinsichtlich der Hauptmerkmale einer Konzession weitgehend einig. Die Einstufung als Konzession erfolge anhand von drei Wesensmerkmalen. Erstens müsse der Dienstleistungsempfänger ein vom Konzessionsgeber verschiedener Dritter sein. Zweitens müsse der Gegenstand der Dienstleistung im öffentlichen Interesse liegen. Drittens müsse der Konzessionär das mit der fraglichen Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko tragen.

29. Zunächst ist zu beachten, dass „öffentliche Dienstleistungskonzessionen" nicht von der Richtlinie 93/38 erfasst werden. Ich stimme daher den Antragstellern nicht zu, dass es geboten sei, sie eng auszulegen. Sie sind keine Ausnahme von den Veröffentlichungsvorschriften der Richtlinie, sondern eine Art von Vereinbarung, die von der Richtlinie nicht erfasst ist und damit außerhalb des Geltungsbereichs dieser Vorschriften liegt.

30. Ein geeigneter Ausgangspunkt scheint mir die Definition zu sein, die in den Richtlinien über öffentliche Bauaufträge enthalten ist, weil sie bisher die einzige ist, die vom Gemeinschaftsgesetzgeber normiert wurde. In Artikel 1 Buchstabe d der Richtlinie 89/440 wurden „öffentliche Baukonzessionen" ursprünglich definiert 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" [24]. Die Aufnahme solcher Konzessionen in den Geltungsbereich der Richtlinie war in der 11. Begründungserwägung mit „der zunehmenden Bedeutung und den Besonderheiten der Konzessionen bei öffentlichen Bauaufträgen" gerechtfertigt worden [25]. Eine gleich lautende Definition von „öffentlichen Baukonzessionen" mit gleich lautender Rechtfertigung wurde später in der Richtlinie 93/37 beibehalten [26]. Meines Erachtens hat der Gemeinschaftsgesetzgeber das Wesensmerkmal einer Konzession darin gesehen, dass kein, jedenfalls kein volles, Entgelt vom Konzessionsgeber an den Konzessionär fließt. Ich stimme zu, dass dies ein grundlegendes Merkmal einer

24 — Diese Definition entspricht weitgehend der früheren Definition dessen, was gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 71/305 vom Begriff der „entgeltlichen schriftlichen Verträge" ausgenommen war.

25 — Die Veröffentlichungsvorschriften für solche „Verträge" waren in dem neuen Artikel 1b aufgeführt, der in die Richtlinie 71/305 durch Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 89/440 eingefügt worden war.

26 — Vgl. Artikel 1 Buchstabe d und fünfte Begründungserwägung der Richtlinie.

Konzession ist, dessen Bedeutung sich nicht auf Konzessionen im Bereich öffentlicher Bauten beschränkt. Dieses Merkmal kommt für mich darin zum Ausdruck, dass der Konzessionär selbst das hauptsächliche oder zumindest wesentliche wirtschaftliche Risiko im Zusammenhang mit der Dienstleistung trägt. Ist das vorlegende Gericht davon überzeugt, dass die wirtschaftliche Belastung oder das wirtschaftliche Risiko tatsächlich vom Konzessionsgeber auf den Konzessionär übergegangen ist, so spricht sehr viel dafür, dass die zwischen ihnen geschlossene „Vereinbarung" Konzessions- und nicht Auftragscharakter hat.

31. Für mich ergibt sich das wichtigste Einzelindiz dafür, ob das wirtschaftliche Risiko vom Konzessionär getragen wird, aus einer Prüfung der Art der Verwertung, zu der ihn die angebliche Konzession zwingt. Das Urteil BFI Holding spricht sehr dafür, dass der Gerichtshof die Notwendigkeit einer Verwertung des übertragenen Rechts als Voraussetzung für eine Vergütung als Kern dessen ansieht, was eine echte Konzession ausmacht. Auf das von Frankreich in seinen Erklärungen vorgetragene Argument, die in dieser Rechtssache (sie betraf ein Joint Venture zwischen zwei niederländischen Gemeinden, bei dem die Müllabfuhr und die Straßenreinigung dem ausdrücklich zu diesem Zweck gegründeten Unternehmen ARA übertragen wurde) streitigen Aufträge könnten als öffentliche Dienstleistungskonzession angesehen werden, befand der Gerichtshof, eine Auslegung dieses Begriffes sei nicht erforderlich und aus der zugrunde liegenden Vereinbarung ergebe sich, „dass die ARA als Entgelt *ausschließlich einen Preis, nicht aber das Recht zur Gebührenerhebung* erhält" [27]

32. In der mündlichen Verhandlung ist auf einen Entwurf für eine Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht Bezug genommen worden [28]. In dieser Mitteilung, auf die in der mündlichen Verhandlung mehrfach Bezug genommen worden ist, führt die Kommission als Beispiele eine Reihe von Fällen an, mit denen sie befasst war, bei denen sie aber das Erfordernis, dass das Risiko vom Konzessionär getragen wird, nicht als erfüllt ansah. [29] So konnte nach Auffassung der Kommission die fragliche „Vereinbarung" keine Konzession darstellen, wenn z. B. die öffentliche Hand tatsächlich für eine Entschädigung des Konzessionärs für künftige Verluste bürgt oder wenn der Konzessionär die übertragene Dienstleistung nicht effektiv verwertet.

33. Ich schließe mich den Erklärungen Frankreichs jedoch insoweit an, als es für

27 — Randnr. 25 (Hervorhebung nur hier). Der Gerichtshof folgte damit implizit der Auffassung von Generalanwalt La Pergola, es sei ein „wichtiger Aspekt der Konzession für Dienstleistungen im Gemeinschaftsbereich ..., dass der Konzessionsnehmer das wirtschaftliche Risiko, das sich aus *der Erbringung und der Bewirtschaftung der Dienstleistungen ergibt, die Gegenstand der Konzession waren*, selbst übernimmt" (Nr. 26 der Schlussanträge; Hervorhebung nur hier).

28 — Zur Zeit der Sitzung (23. März 2000) war im Internet nur ein Entwurf veröffentlicht; vgl. „Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics", GD XV XV/B — 24. Februar 1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf.), der offenbar nur in französischer Sprache vorlag. Er wurde inzwischen als Mitteilung zu Auslegungsfragen im Amtsblatt veröffentlicht (ABl. 2000, C 121, S. 2).

29 — Vgl. insbesondere Fußnote 10 der Mitteilung.

eine öffentliche „Dienstleistungskonzession" keine letztgültige Definition gibt. Wie die Rechtssachen Lottomatica und BFI Holding zeigen, steht lediglich fest, dass eine Vereinbarung dann, wenn ein Entgelt bestimmt wurde oder sich bestimmen lässt, als Auftrag einzustufen ist und prima facie in den Geltungsbereich der einschlägigen Vergaberichtlinie fällt. In der Rechtssache Lottomatica hatte der italienische Staat eine so genannte „Konzession" für ein automatisiertes System des italienischen Lottospiels öffentlich ausgeschrieben. Italien berief sich darauf, dass eine öffentliche Dienstleistungskonzession nicht unter die Richtlinie 77/62/EWG [30] falle. Der Gerichtshof wies dieses Vorbringen zurück. Er befand, dass „die Einführung des streitigen automatisierten Systems keine Übertragung von Verantwortlichkeiten für die verschiedenen mit dem Lottospiel verbundenen Operationen auf den Konzessionär [bewirkt]. Auch steht fest, dass Gegenstand der fraglichen Ausschreibung die Lieferung eines integrierten automatisierten Systems ist, wozu namentlich die Lieferung bestimmter Waren an die Verwaltung gehört" [31]. Dass das fragliche System erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Zuschlagsempfänger in das Eigentum der Verwaltung übergehen sollte, spiele „keine Rolle", da der „‚Preis' für diese Lieferung in einer jährlichen Vergütung besteht, die sich proportional zum Volumen der Einnahmen verhält" [32]. Daher muss in jedem Fall eine Reihe von Faktoren gewürdigt werden, die Aufschluss geben, ob die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung wirklich einen entgeltlichen schriftlichen Vertrag über Dienstleistungen darstellt. In den Erklärungen wird einhellig von der Relevanz des anderen von Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BFI Holding angeführten Kriteriums ausgegangen, dass „bei der Konzession Empfänger der Dienstleistung ein Dritter ist, der außerhalb der Vertragsbeziehung steht" [33]. Zwar halte ich es nicht für völlig ausgeschlossen, dass dieser Faktor in bestimmten Grenzfällen hilfreich sein kann, doch dürfte er meines Erachtens kaum zusätzliche Bedeutung haben neben dem Erfordernis, dass der Konzessionär sein Entgelt tatsächlich zumindest zu einem erheblichen Teil nicht vom Konzessionsgeber, sondern aus der Verwertung der Dienstleistung erlangt. Falls tatsächlich sein einziger Kunde von vornherein der Konzessionsgeber und niemand sonst sein sollte, ist es schwer vorstellbar, wie die „Vereinbarung" zwischen ihnen anders denn als „entgeltlicher Vertrag" eingestuft werden könnte. Ein solcher Sachverhalt käme nämlich dem der Rechtssache Lottomatica nahe, wo die für den Betrieb des Lotteriespiels in Italien zuständige Behörde eindeutig der einzige Kunde des angeblichen Konzessionärs war.

34. Weniger Einhelligkeit besteht in den eingereichten Erklärungen hinsichtlich der Relevanz des Kriteriums, dass die übertragene Dienstleistung im öffentlichen Interesse liegen müsse. Generalanwalt La Pergola vertrat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BFI Holding die Auffassung: „Eine Dienstleistungskonzession erfordert nach Gemeinschaftsrecht weiter, dass die betreffende Dienstleistung im allgemeinen Interesse liegt in dem Sinne, dass die Erbringung der betreffenden Leistung institutionell einer öffentlichen Einrichtung obliegt." [34] Er fuhr fort: „Der Umstand, dass die Leistung von

30 — Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1).

31 — Randnr. 24.

32 — Randnr. 25.

33 — Nr. 26.

34 — Nr. 26.

einem Dritten erbracht wird, bewirkt daher, dass bei den Pflichten, die dem Konzessionsgeber auferlegt sind, um die Erbringung der Dienstleistung an die Allgemeinheit sicherzustellen, an dessen Stelle der Konzessionsempfänger tritt." [35] Im Gegensatz zu den Antragstellern kann ich nicht erkennen, dass das Urteil Datenverarbeitung diese Auffassung stützt. In dieser Rechtssache hing der Bezug zum „öffentlichen Dienstleistungsbereich" damit zusammen, dass der Gerichtshof das von Italien vorgetragene Argument zurückwies, bereits die Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen für die Erbringung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen sei eine Tätigkeit des öffentlichen Bereichs, die vom Geltungsbereich der Richtlinie 77/62 [36] ausgenommen sei. Der Gerichtshof befand, dass die erforderlichen Lieferungen von Anlagen und die Planung des Systems es der Verwaltung zwar „ermöglichen ..., die ihr übertragenen Aufgaben zu erfüllen, ... jedoch selbst keine öffentliche Dienstleistung dar[stellen]" [37].

Ich habe Zweifel, ob der Begriff „Tätigkeit zugunsten der Öffentlichkeit", will man ihn nicht im weitesten Wortsinne verstehen, so auszulegen ist, dass die Tätigkeit im „allgemeinen" Interesse liegen muss. Mit diesem Begriff soll meines Erachtens im Gegenteil nur auf den Umstand hingewiesen werden, dass die Dienstleistungsempfänger, auf die eine „öffentliche Dienstleistungskonzession" typischerweise abzielt, Dritte sind, die zur allgemeinen Öffentlichkeit oder zu einer besonderen Gruppe dieser allgemeinen Öffentlichkeit gehören. Keinesfalls scheint mir dies erforderlich zu sein, um die fragliche Dienstleistung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in dem Sinne einstufen zu können, der diesem Begriff im Rahmen der Anwendung von Artikel 90 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 EG) beigelegt wurde [39]. Mit anderen Worten, es sollte keine qualitative Einschränkung nach der Art der Dienstleistung geben, die ein Konzessionsgeber im Wege der Konzession übertragen will, auch wenn an den meisten so übertragenen Dienstleistungen wahrscheinlich ein öffentliches Interesse bestehen wird.

35. Anscheinend beruht die angebliche Relevanz des Kriteriums, dass die übertragene Dienstleistung im allgemeinen Interesse liegen müsse, auf der Definition, die im ursprünglichen und im geänderten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge enthalten war, wo die Kommission jeweils in Artikel 1 Buchstabe h darauf abstellt, dass der öffentliche Auftraggeber die „Ausführung einer Tätigkeit zugunsten der Öffentlichkeit, die seiner Verantwortung untersteht" [38], überträgt.

36. Jedenfalls ist für mich nicht ersichtlich, wie der Gerichtshof Kriterien dafür finden könnte, was sachgerecht als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen ist und was nicht. Meines Erachtens wäre die Festlegung, dass nur Dienstleistungen, die im öffentlichen Interesse liegen, Gegenstand einer „öffentlichen Dienstleistungskonzession" sein können, und damit die erforderliche Definition solcher Interessen schlechthin Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers, wenn er im Interesse des Binnenmarkts beschließt, die Vorschriften über

35 — Ebd.

36 — Oben, Fußnote 30.

37 — Urteil Datenverarbeitung, Randnr. 26.

38 — ABl. 1991, C 23, S. 1, und ABl. 1991, C 250, S. 4; oben bereits angeführt in Fußnoten 13 und 14.

39 — Vgl. z. B. das kürzlich ergangene Urteil vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-67/96 (Albany International, Slg. 1999, I-5751, Randnrn. 102 bis 107).

solche Konzessionen zu harmonisieren. Dafür spricht, dass es, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, im österreichischen Recht keine eindeutige Definition des öffentlichen Interesses gibt und die Bestimmung dieses Begriffes den nationalen Gerichten überlassen werden muss. Mit der Anerkennung eines solchen Grundsatzes würde natürlich einer uneinheitlichen Anwendung der Richtlinie 92/50 Tür und Tor geöffnet, da einige nationale Gerichte die Auffassung vertreten würden, die Richtlinie gelte für Konzessionen, weil der Gegenstand der übertragenen Dienstleistung nicht als im öffentlichen Interesse des betreffenden Mitgliedstaats liegend eingestuft werden könnte. Dies ist zu vermeiden. Jedenfalls muss diese Frage im vorliegenden Fall nicht endgültig entschieden werden, denn ich stimme mit der PTA überein, die in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung — wie sie sich im vorliegenden Fall aus §§ 26 Absatz 1 und 96 Absatz 1 TKG ergibt — könne als im öffentlichen Interesse des betreffenden Mitgliedstaats liegend angesehen werden. Unerheblich dürfte ferner sein, ob der Konzessionsgeber die einzige oder nur eine von mehreren Stellen ist, die der fraglichen Verpflichtung unterliegen, und ob für die Erfüllung der Verpflichtung eine Regulierungsbehörde umfassend verantwortlich ist.

37. Zusammenfassend meine ich daher, dass die Frage, ob ein Vertrag eine Konzession oder einen Dienstleistungsauftrag darstellt, eine Lösung von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Indizien erfordert; wichtigstes Indiz wird dabei sein, ob die angebliche Konzession eine Übertragung eines Rechts zur Verwertung einer bestimmten Dienstleistung umfasst und ob gleichzeitig das mit einer solchen Übertragung verbundene Risiko zu einem erheblichen Teil auf den Konzessionär übergeht.

38. Die Antragsteller versuchen, mit einer Reihe von Argumenten darzutun, dass die PTA in Wirklichkeit an die HBD eine Vergütung leistet. Im Rahmen einer Vorabentscheidungsvorlage ist der Gerichtshof nicht berufen, insoweit Feststellungen zu treffen; diese sind ausschließlich dem vorlegenden Gericht vorbehalten. Da jedoch insbesondere aus der fünften Frage eindeutig hervorgeht, dass das BVA Zweifel hegt, wie hoch das vom Konzessionär zu tragende wirtschaftliche Risiko sein muss, wird es für das BVA vielleicht nützlich sein, kurz auf einige der Argumente der Antragsteller einzugehen. Sie behaupten, dass die Einräumung des Rechts an die HBD, das PTA-Logo zu nutzen, einen erheblichen wirtschaftlichen Wert darstelle. Dies sowie die Tatsachen, dass sich sämtliche für die HBD anfallenden Kostenelemente relativ leicht vorab bestimmen ließen und dass die Möglichkeit zum Verkauf von Werbeflächen in den Teilnehmerverzeichnissen, wie in der mündlichen Verhandlung behauptet wurde, „eine wahre Goldmine" darstelle, widerlege die Behauptung, dass die HBD ein tatsächliches wirtschaftliches Risiko eingegangen sei.

39. Natürlich widerspricht die PTA dieser Einschätzung mit Nachdruck. Sie weist

darauf hin, dass nach Punkt 16 des Vertrages die Verantwortung für die Herstellung des Verzeichnisses ausdrücklich der HBD übertragen werde. Sie habe der HBD gegen Bezahlung das Recht eingeräumt, ihre Daten für die Herstellung dieses Verzeichnisses zu nutzen. Diese Lizenz unterscheide sich aber nicht von derjenigen, die sie jedem anderen Wirtschaftsteilnehmer gewähren würde, der diese Information verwerten wolle. Was das Logo anbelange, so habe sie der HBD nicht das Recht eingeräumt, ihre Marke zu verwenden, sondern sie in Wirklichkeit dazu verpflichtet. Diese Vereinbarung sei für sie günstig, weil sie in dem Verzeichnis in bestimmtem Umfang kostenlos und an vorteilhaften Stellen Werbung platzieren könne. Überdies könne die Tatsache, dass die PTA für den Erwerb von Anteilen an der HBD gezahlt habe — ein Vorgang, der mit der Konzession nichts zu tun habe — nicht als an die HBD für die Konzession gezahlte Gegenleistung angesehen werden.

40. Meines Erachtens reicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, dass es dem Konzessionär möglich sein wird, die Konzession gewinnbringend zu verwerten, nicht aus, um ein nationales Gericht zu der Folgerung zu berechtigen, dass kein wirtschaftliches Risiko bestehe. Ein nationales Gericht wird überzeugt sein müssen, dass ein Verlustrisiko mit hoher Wahrscheinlichkeit minimal oder gar ausgeschlossen sei. Auch wenn es im vorliegenden Fall Sache des BVA ist, diese Feststellung zu treffen, bin ich nicht sicher, dass Behauptungen, wie sie die Antragsteller vortragen, dem Kriterium des Fehlens eines tatsächlichen oder wirklichen Risikos genügen. Die HBD muss für die Nutzung der Daten zahlen, die andere Wirtschaftsteilnehmer zu denselben Bedingungen erlangen können. Die der HBD gemachte Auflage, das PTA-Logo zu verwenden, bietet der PTA eindeutig einen wirtschaftlichem Vorteil. Die bloße Möglichkeit, dass daraus auch die HBD einen Vorteil ziehen kann, macht die Konzession nicht zu einem Auftrag, da dieser Vorteil nicht vorab quantifizierbar ist.

D — *Allgemeine Erfordernisse aus dem EG-Vertrag*

41. In den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen wird einhellig die Auffassung vertreten, dass die öffentlichen Auftraggeber auch dann, wenn die Vergabe „öffentlicher Dienstleistungskonzessionen" nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien 92/50 und 93/38 fiele, dennoch den EG-Vertrag einzuhalten hätten. Einvernehmen besteht auch darin, dass durch die Artikel 52 und 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 43 EG und 49 EG) insbesondere jede unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten sei. Mit anderen Worten, die öffentlichen Auftraggeber haben den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zu beachten. Außerdem müssen sie sicherstellen, dass den Bietern keine Auflagen gemacht werden, die als solche z. B. gegen Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) verstoßen würden. Im vorliegenden Fall wird kein oder zumindest kein unmittelbarer Verstoß gegen eine dieser Vertragsvorschriften geltend gemacht.

42. Die Kommission behauptet jedoch, dass Stellen, die „öffentliche Dienstleis-

tungskonzessionen" vergeben, außerdem einer allgemeineren, aus den Zielsetzungen der Artikel 30, 52 und 59 EG-Vertrag abzuleitenden Verpflichtung unterworfen seien, die Transparenz der Vergabeverfahren zu gewährleisten. In der mündlichen Verhandlung hat sie sich hierzu auf das Urteil Unitrans Scandinavia gestützt [40]. In dieser Rechtssache ging es um die Verpflichtungen, die einer Einrichtung, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, der aber von einem solchen besondere bzw. ausschließliche Rechte zum Betreiben eines Dienstes eingeräumt wurden, obliegen, wenn diese Einrichtung öffentliche Lieferaufträge an Dritte vergibt. Der Gerichtshof befand, dass „das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht eng ausgelegt werden darf [und] insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein[schließt], damit der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob es beachtet wird" [41]. Die Kommission wollte in ihrer Antwort auf entsprechende Fragen in der mündlichen Verhandlung diese Verpflichtung nicht auf das Erfordernis erstreckt wissen, „öffentliche Dienstleistungskonzessionen" öffentlich auszuschreiben.

43. Um das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Wesentlichen zu befolgen, muss bei der Konzessionsvergabe ein Mindestmaß an Öffentlichkeit und Transparenz eingehalten werden. Ich stimme mit der Kommission überein, dass es gilt, um jeden Preis zu verhindern, dass es bei der Vergabe von Konzessionen geheim und undurchsichtig zugeht. Ferner stimme ich auch dem österreichischen Bevollmächtigten darin zu, dass Öffentlichkeit nicht stets mit Veröffentlichung gleichzusetzen ist. So würde meines Erachtens der Verpflichtung zur Transparenz genügt, wenn der Auftraggeber sich unmittelbar an eine Reihe potenzieller Bieter wendet, sofern diese nicht alle oder ganz überwiegend im gleichen Staat wie der Auftraggeber niedergelassen sind. Transparenz heißt in diesem Zusammenhang Wahrung der grundlegenden Fairness und Offenheit der Vergabeverfahren, insbesondere gegenüber potenziellen Bietern, die nicht im Mitgliedstaat des Auftraggebers niedergelassen sind. Sie verlangt aber meines Erachtens nicht, dass der Auftraggeber die Vorschriften der wichtigsten Vergaberichtlinien der Gemeinschaft einhält.

44. Jedenfalls kann im vorliegenden Fall kaum ein Zweifel bestehen, dass ein ausreichendes Maß an Transparenz gewahrt wurde. Das Angebot wurde im österreichischen Amtsblatt sowie einigen österreichischen und bestimmten Zeitungen mit internationaler Verbreitung veröffentlicht. Es wurde auch nicht vorgetragen, dass in den Erstgenannten andere Informationen als in den Letztgenannten veröffentlicht wurden. Ich neige zu der Folgerung, dass dieses Maß an Öffentlichkeit der Verpflichtung zur Transparenz prima facie genügt. Die Antragsteller tragen jedoch vor, mangels Veröffentlichung der Ergebnisse des Pilotprogramms, das auf der Grundlage des früheren Vertrages mit dem Vorgänger von HBD zwischen 1992 und 1997 durchgeführt worden sei, sei es jedem anderen Bieter als HBD unmöglich gewesen, für die ausgeschriebene Konzession mit Aussicht auf Erfolg zu bieten. Ob diese Behauptung zutrifft, kann der Gerichtshof nicht überprüfen. Meines Erachtens muss das BVA, sofern es nicht überzeugt ist, dass eine solche Veröffentlichung oder die Überlassung

40 — Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (Slg. 1999, I-8291).

41 — Randnr. 31.

der fraglichen Information an potenzielle ernsthaft interessierte Bieter für die Erfolgsaussicht ihrer Gebote entscheidend war, zu dem Ergebnis gelangen, dass das von der PTA gewählte und angewendete Verfahren nicht mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar war.

E — *Aufspaltung des Vertrages*

45. Die Frage der Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Lieferaufträgen, die das BVA in seiner vierten, fünften und sechsten Frage aufwirft, würde sich nur dann stellen, wenn der Gerichtshof entscheiden würde, dass die Richtlinie 93/38 trotz der Konzessionsgesichtspunkte, die ein Vertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche aufweist, grundsätzlich Anwendung findet. Da ich die Auffassung vertrete, dass eine Konzession wie die im Ausgangsverfahren fragliche als nicht von der Richtlinie erfasst einzustufen ist, sofern im Wesentlichen der Konzessionär die Last des mit der Verwertung der fraglichen Dienstleistung verbundenen Risikos trägt, werde ich diesen Punkt nur hilfsweise behandeln.

46. In Wirklichkeit möchte das BVA wissen, ob ein Vertrag, bei dem angenommen werden könnte, dass er einen Lieferbestandteil enthält, nämlich die Herstellung von Teilnehmerverzeichnissen für die PTA und in deren Namen, als in den Geltungsbereich der zeitlich anwendbaren Lieferrichtlinie 93/36[42] fallend anzusehen wäre. Diese Frage wird durch Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 (oben angeführt in Nr. 3) eindeutig beantwortet. Danach gelten Aufträge, die „Dienstleistungen und Lieferungen umfassen, ... als Lieferaufträge, wenn der Gesamtwert der Waren höher ist als der Wert der von dem Auftrag erfassten Dienstleistungen". Der Gerichtshof hat im Übrigen insbesondere im Urteil Gestión Hotelera Internacional die Bedeutung anerkannt, die der Bestimmung des vorherrschenden Vertragselements zukommt, wenn die Bestandteile des Vertrages in den Geltungsbereich von zwei verschiedenen Vergaberichtlinien der Gemeinschaft fallen[43]. Es ist jedoch „Sache des nationalen Gerichts, die Frage zu beurteilen, ob die Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand der Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind"[44]. Es ist daher Sache des nationalen Gerichts, bei der Anwendung von Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 zu beurteilen, ob der Wert dessen, was als Lieferung eingestuft werden kann, tatsächlich den Wert dessen übersteigt, was nur als Dienstleistung eingestuft werden kann. Sollte dies der Fall sein, so wären auf diesen Vertrag, sofern er keine öffentliche Dienstleistungskonzession darstellt, ausschließlich die Vergabevorschriften der Richtlinie 93/36 anwendbar.

42 — Oben, Fußnote 11.

43 — Urteil vom 19. April 1994 in der Rechtssache C-331/92 (Slg. 1994, I-1329; vgl. insbesondere die Randnrn. 25 bis 27).

44 — Ebd., Randnr. 28.

IV — Ergebnis

47. Nach alledem schlage ich vor, die vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Bereitstellung oder das Betreiben von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie 93/38/EWG des Rates schließt Verträge über die Herstellung von Teilnehmerverzeichnissen ein.

2. „Öffentliche Dienstleistungskonzessionen" werden nicht von der Richtlinie 93/38 erfasst.

3. Mangels einer Definition des Begriffes „öffentliche Dienstleistungskonzession" durch den Gemeinschaftsgesetzgeber hat das vorlegende Gericht im Einzelfall alle Faktoren zu würdigen, die ein Indiz dafür darstellen können, ob die Vereinbarung zwischen den Parteien wirklich einen entgeltlichen schriftlichen Vertrag über Dienstleistungen darstellt. Maßgebliches Wesensmerkmal einer solchen Konzession ist die Einräumung eines Rechts zur Verwertung einer bestimmten Dienstleistung mit gleichzeitigem Übergang des damit verbundenen wirtschaftlichen Risikos.

4. Um das im EG-Vertrag verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Wesentlichen zu befolgen, muss bei der Vergabe von „öffentlichen Dienstleistungskonzessionen" ein Mindestmaß an Öffentlichkeit und Transparenz eingehalten werden, um die grundlegende Fairness der Vergabeverfahren zu wahren und den Bietern, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Auftraggeber niedergelassen sind, eine angemessene Möglichkeit zum Bieten zu sichern.

5. In den Geltungsbereich der Richtlinie 93/38 fallende Verträge, die Bestandteile umfassen, die die Erbringung von Dienstleistungen und Lieferungen betreffen, gelten für die Zwecke der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft gemäß Artikel 1 Nummer 4 dieser Richtlinie als Lieferaufträge, wenn der Gesamtwert der Waren höher ist als der Wert der von dem Auftrag erfassten Dienstleistungen.