URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

7. Dezember 2000 *

In der Rechtssache C-324/98

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom Bundesvergabeamt (Österreich) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

gegen

Telekom Austria AG, früher Post & Telekom Austria AG,

Beteiligte:

Herold Business Data AG,

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84)

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Richters V. Skouris (Berichterstatter), Präsident der Zweiten Kammer, in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Sechsten Kammer, des Richters J.-P. Puissochet und der Richterin F. Macken,

Generalanwalt: N. Fennelly
Kanzler: L. Hewlett, Verwaltungsrätin

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen:

— der Telaustria Verlags GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt F. J. Heidinger, Wien,

— der Telekom Austria AG, vertreten durch Rechtsanwälte C. Kerres und G. Diwok, Wien,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch Wolf Okresek, Sektionschef im Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten,

— der dänischen Regierung, vertreten durch Abteilungsleiter J. Molde, Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten,

— der französischen Regierung, vertreten durch K. Rispal-Bellanger, Abteilungsleiterin in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten, und A. Bréville-Viéville, Chargé de mission in derselben Direktion, als Bevollmächtigte,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch M. A. Fierstra, beigeordneter Rechtsberater im Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin und J. Schieferer, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte, im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger, Brüssel,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Telaustria Verlags GmbH, vertreten durch F. J. Heidinger, der Telekom Austria AG, vertreten durch die Rechtsanwälte C. Kerres und P. Asenbauer und durch M. Gregory, Director of commercial law im Büro Rechtsdienste der Telekom Austria AG, als Bevollmächtigte, der Herold Business Data AG, vertreten durch Rechtsanwalt T. Schirmer, Wien, der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann, Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten, der französischen Regierung, vertreten durch S. Pailler, Chargé de mission in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten, und der Kommission, vertreten durch M. Nolin im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger, in der Sitzung vom 23. März 2000,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 18. Mai 2000,

folgendes

Urteil

1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluss vom 23. April 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 26. August 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) sieben Fragen nach der Auslegung der Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit der Telaustria Verlags GmbH (nachstehend: Telaustria) und der Telefonadress GmbH (nachstehend: Telefonadress) gegen die Telekom Austria AG (nachstehend: Telekom Austria), in dem es um einen von der Telekom Austria mit der Herold Business Data AG (nachstehend: Herold) geschlossenen Konzessionsvertrag über die Herstellung und die Herausgabe gedruckter und elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) geht.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

Richtlinie 92/50

3 Artikel 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

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

..."

4 In der achten Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 heißt es:

„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."

5 In der 17. Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 heißt es:

„Diese Richtlinie berührt nicht die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasserversorgung, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [ABl. L 297 vom 29. Oktober 1990, S. 1]."

Richtlinie 93/38

6 Gemäß Artikel 45 Absatz 3 der Richtlinie 93/38 endet die Wirkung der Richtlinie 90/531 mit dem Beginn der Anwendung der Richtlinie 93/38. Nach Artikel 45 Absatz 4 gelten die Bezugnahmen auf die Richtlinie 90/531 als Bezugnahmen auf die Richtlinie 93/38.

7 In der 24. Begründungserwägung der Richtlinie 93/38 ist ausgeführt:

„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."

8 Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 93/38 definiert als „*öffentliches Unternehmen:* jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben

können. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar

— die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen oder

...“

9 Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 definiert als „*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:

a) im Fall von Lieferaufträgen ...

b) im Fall von Bauaufträgen ...

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

...“

10 Der letzte Absatz von Artikel 1 Nummer 4 lautet:

„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 ...“

11 Ferner sind „Öffentliche Telekommunikationsdienste“ und „Telekommunikationsdienste“ in Artikel 1 Nummer 15 der Richtlinie 93/38 wie folgt definiert:

„*öffentliche Telekommunikationsdienste*: die Telekommunikationsdienste, mit deren Erbringung die Mitgliedstaaten insbesondere eine oder mehrere Fernmeldeorganisationen ausdrücklich betraut haben;

Telekommunikationsdienste: die Dienste, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem Telekommunikationsnetz durch Telekommunikationsverfahren bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk und Fernsehen ...“

12 Artikel 2 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/38 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

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

...

(2) Unter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten sind

...

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

Nationales Recht

13 Das österreichische Telekommunikationsgesetz (BGBl I 1997/100; nachstehend: TKG), das am 1. August 1997 in Kraft getreten ist, legt u. a. die Verpflichtungen der Auftragnehmer, Konzessionäre und Betreiber eines Sprachtelefondienstes fest.

14 Gemäß § 19 TKG hat jeder Erbringer eines öffentlichen Sprachtelefondienstes ein auf dem aktuellen Stand zu haltendes Teilnehmerverzeichnis zu führen, einen Auskunftsdienst über Teilnehmeranschlüsse zu unterhalten, die kostenlose Inanspruchnahme zu Notrufdiensten bereitzustellen und das Teilnehmerverzeichnis auf Anforderung der Regulierungsbehörde unentgeltlich und anderen Erbringern gegen angemessenes Entgelt zumindest wöchentlich in elektronisch lesbarer Form

zum Zweck der Auskunftserteilung oder der Herausgabe von Verzeichnissen zur Verfügung zu stellen.

15 Gemäß § 26 Absatz 1 TKG hat die Regulierungsbehörde sicherzustellen, dass ein einheitliches Gesamtverzeichnis aller Teilnehmer an öffentlichen Sprachtelefondiensten verfügbar ist. Konzessionsinhaber, die öffentlichen Sprachtelefondienst über ein festes Netz oder ein Mobilnetz anbieten, sind verpflichtet, der Regulierungsbehörde zur Erfüllung dieser Aufgabe Teilnehmerdaten entgeltlich zu übermitteln.

16 Gemäß § 96 Absatz 1 TKG hat der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes ein Teilnehmerverzeichnis zu erstellen. Dieses kann in gedruckter Form, als telefonischer Auskunftsdienst, als Bildschirmtext, als elektronischer Datenträger oder in einer anderen technischen Kommunikationsform gestaltet sein. Außerdem regelt § 96 dieses Gesetzes die Mindestanforderungen an die Daten und Strukturen in diesen Verzeichnissen sowie die Voraussetzung der Übermittlung der Teilnehmerdaten an die Regulierungsbehörde oder Dritte.

Ausgangsrechtsstreit und Vorabentscheidungsfragen

17 Die durch das Telekommunikationsgesetz gegründete Telekom Austria ist eine Aktiengesellschaft, deren sämtliche Anteile von der Republik Österreich gehalten werden. Als Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Post & Telegraphenverwaltung übernahm sie deren frühere Aufgaben, darunter die Verpflichtung, sicherzustellen, dass ein Verzeichnis aller Teilnehmer an öffentlichen Sprachtelefondiensten verfügbar ist.

18 Bis 1992 kam die Post & Telegraphenverwaltung ihrer Verpflichtung zur Herausgabe von Telefonbüchern, u. a. des Amtlichen Telefonbuches, den sogenannten „Weißen Seiten", selbst nach. Wegen der hohen Gesamtkosten für Druck und Verteilung dieses Telefonverzeichnisses beschloss sie im Jahr 1992, einen Partner zu suchen, und übertrug die Herausgabe dieses Telefonverzeichnisses einem privaten Unternehmen.

19 Dieses Vertragsverhältnis lief am 31. Dezember 1997 aus, weshalb die Telekom Austria als Rechtsnachfolgerin der Post & Telegraphenverwaltung im *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* vom 15. Mai 1997 eine Einladung veröffentlichte, an sie „Angebote ... zu richten, die auf den Erwerb einer öffentlichen Dienstleistungskonzession für die Herstellung und Herausgabe gedruckter und elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher), geltend ab der zu erscheinenden Ausgabe 1998/1999 und dann auf unbestimmte Zeit", gerichtet waren.

20 Da Telaustria und Telefonadress der Auffassung waren, dass auf einen Vertrag, der auf diese Einladung zur Abgabe von Angeboten zustande kommen würde, die gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vergaberegelungen anzuwenden seien, stellten sie am 12. bzw. 17. Juni 1997 bei der Bundes-Vergabekontrollkommission einen Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens gemäß § 109 des Bundesvergabegesetzes 1997 (BGBl I 1997/56; nachstehend: BVergG).

21 Die Bundes-Vergabekontrollkommission verband beide Verfahren und erließ am 20. Juni 1997 eine begründete Empfehlung zugunsten der Antragsteller, in der sie die Anwendbarkeit des BVergG auf den beabsichtigten Vertrag bejahte.

22 Da die Telekom Austria die Verhandlungen über den Abschluss eines solchen Vertrages fortsetzte, stellte Telaustria am 24. Juni 1997 beim Bundesvergabeamt einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, verbunden mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Telefonadress schloss sich diesem Verfahren mit Antrag vom 4. Juli 1997 an. Am 8. Juli 1997 trat Herold, mit der die Telekom Austria in Verhandlung stand, dem Verfahren zur Unterstützung der Anträge der Telekom Austria bei.

23 Im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt trug die Telekom Austria vor, der Vertrag falle deshalb nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, weil er unentgeltlicher Natur sei und es sich hier um eine „öffentliche Dienstleistungskonzession" handele, die nicht den Richtlinien 92/50 und 93/38 unterliege.

24 Das Bundesvergabeamt erließ zunächst eine einstweilige Verfügung zugunsten der Antragsteller, ersetzte diese aber am 10. Juli 1997 durch eine einstweilige Verfügung des Inhalts, dass der Telekom Austria der Abschluss des Vertrages mit Herold unter der Auflage gestattet wurde, dass der Vertrag, sollte er den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vergaberegelungen unterliegen, beendet werden könne, damit dann noch ein angemessenes Vergabeverfahren durchgeführt werden könne.

25 Am 1. Dezember 1997 ging Herold, an die die Konzession kurz danach erteilt werden sollte, in das Eigentum des Unternehmens GTE über, welches seinerseits der Telekom Austria am 3. Dezember 1997 einen Anteil von 26 % an Herold einräumte, die damit eine gemeinsame Tochter der GTE und der Telekom Austria wurde. Der im Ausgangsverfahren streitige Vertrag zwischen Herold und ihrer Minderheitseigentümerin, der Telekom Austria, wurde am 15. Dezember 1997 formell geschlossen.

26 Nach Darstellung des Bundesvergabeamts in der Begründung des Vorlagebeschlusses besteht dieser Vertrag aus mehreren zum Teil ineinandergreifenden Verträgen. Sein Gegenstand ist das Herstellen gedruckter Telefonverzeichnisse, und er sieht u. a. die Erbringung folgender Leistungen durch Herold vor: das Sammeln, Bearbeiten und Strukturieren von Teilnehmerdaten, das Erstellen von Teilnehmerverzeichnissen sowie bestimmte Dienstleistungen im Rahmen der Werbung. Was die Vergütung des Vertragspartners angeht, sieht der Vertrag für Herold kein direktes Entgelt für die Erbringung dieser Leistungen vor; vielmehr wird ihr gestattet, diese kommerziell zu verwerten.

27 Angesichts all dieser Umstände, insbesondere der Art der Vergütung des Dienstleistungserbringers, derentwegen der Vertrag als „Dienstleistungskonzession" eingestuft werden könnte, hat das Bundesvergabeamt Zweifel in Bezug auf die Auslegung der Richtlinien 92/50 und 93/38, und hat deshalb dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung 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. Jänner 1991), 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 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 ausgesprochen hat?

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?

Zur ersten und zur zweiten Frage

28 Mit der ersten und der zweiten Frage, die zusammen zu prüfen sind, wirft das vorlegende Gericht zwei Probleme auf.

29 Erstens geht es darum, ob ein entgeltlicher schriftlicher Vertrag, mit dem ein Unternehmen, das durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats spezifisch mit dem Betrieb eines Telekommunikationsdienstes betraut ist und dessen sämtliche Anteile von der öffentlichen Hand in diesem Mitgliedstaat gehalten werden, die Herstellung gedruckter und elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) und ihre Herausgabe zur allgemeinen Verbreitung einem privaten Unternehmen überträgt, wegen der beteiligten Vertragsparteien und wegen seines spezifischen Gegenstands von den Richtlinien 92/50 oder 93/38 erfasst wird.

30 Zweitens geht es darum, ob ein solcher Vertrag mit den in der vorstehenden Randnummer genannten Leistungen als spezifischem Gegenstand, obwohl er von einer dieser Richtlinien erfasst wird, beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der betreffenden Richtlinie insbesondere deshalb ausgenommen ist, weil die Gegenleistung, die das erstgenannte Unternehmen dem

zweitgenannten erbringt, darin besteht, dass Letzteres als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält.

31 Zum ersten Problem ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 92/50, wie sich aus ihrer 17. Begründungserwägung ergibt, nicht die Vorschriften der Richtlinie 90/531 berührt, die der Richtlinie 93/38 vorausging und wie diese für die Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor galt.

32 Da die Richtlinie 93/38, wie sich aus ihrem Artikel 45 Absatz 3 ergibt, die Richtlinie 90/531 ersetzt hat und da nach Absatz 4 dieser Bestimmung die Bezugnahmen auf die Richtlinie 90/531 als Bezugnahmen auf die Richtlinie 93/38 gelten, wird die Richtlinie 93/38 ebenso wie während ihrer Geltung die Sektorenrichtlinie 90/531 durch die Richtlinie 92/50 nicht berührt.

33 Wird ein Auftrag von der Richtlinie 93/38 erfasst, die für einen spezifischen Dienstleistungssektor gilt, so ist folglich die Richtlinie 92/50, die bestimmungsgemäß für Dienstleistungen im Allgemeinen gilt, nicht anwendbar.

34 Daher ist lediglich zu prüfen, ob der Vertrag, um den es in der vorliegenden Rechtssache geht, wegen der beteiligten Vertragsparteien und wegen seines spezifischen Gegenstands von der Richtlinie 93/38 erfasst wird.

35 Insoweit ist zu prüfen, ob der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ein Unternehmen wie die Telekom Austria und ihr sachlicher Anwendungsbereich einen Vertrag erfasst, dessen Gegenstand die in Randnummer 26 dieses Urteils genannten Leistungen sind.

36 Was den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 angeht, so steht nach dem Vorlagebeschluss fest, dass die Telekom Austria, deren sämtliche Anteile im Besitz der Republik Österreich sind, ein öffentliches Unternehmen ist, auf das die österreichischen staatlichen Behörden wegen dieser Eigentumsverhältnisse einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Folglich ist die Telekom Austria als öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 1 Nummer 2 der Richtlinie 93/38 anzusehen.

37 Im Übrigen steht fest, dass die Tätigkeit dieses öffentlichen Unternehmens kraft des Telekommunikationsgesetzes, durch das es geschaffen wurde, im Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten besteht. Folglich ist die Telekom Austria ein Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie 93/38.

38 Da außerdem feststeht, dass der genannte Vertrag die Erbringung von Leistungen vorsieht, die nach dem Telekommunikationsgesetz der Telekom Austria obliegen und im Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten bestehen, ist zur Feststellung, ob dieser Vertrag in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 fällt, lediglich zu prüfen, ob sein spezifischer Gegenstand von der Richtlinie 93/38 erfasst wird.

39 Nach dem Vorlagebeschluss hat Herold im wesentlichen folgende Leistungen zu erbringen:

— das Sammeln, Bearbeiten und Strukturieren von Teilnehmerdaten sowie deren technische Nutzbarmachung, was die Erfassung und Verarbeitung von Daten sowie Datenbankdienstleistungen erfordert, somit Leistungen der Kategorie 7 „Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" des Anhangs XVI Teil A der Richtlinie 93/38;

— das Erstellen gedruckter Telefonverzeichnisse, somit Leistungen im Sinne der Kategorie 15 „Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage" des Anhangs XVI Teil A der Richtlinie 93/38;

— Dienstleistungen im Rahmen der Werbung, somit Leistungen im Sinne der Kategorie 13 des Anhangs XVI Teil A der Richtlinie 93/38.

40 Da diese Leistungen unmittelbar mit einer Tätigkeit zusammenhängen, die das Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten betrifft, wird der fragliche Vertrag, dessen spezifischer Gegenstand die in der vorstehenden Randnummer genannten Leistungen sind, von der Richtlinie 93/38 erfasst.

41 Zum zweiten vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Problem ist zunächst festzustellen, dass sich das Gericht in seinen Fragen auf den am 13. Dezember 1990 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung

der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (91/C 23/01, ABl. 1991, C 23, S. 1; nachstehend: Vorschlag vom 13. Dezember 1990) bezieht und sich die von der Kommission darin vorgeschlagene Definition der öffentlichen Dienstleistungskonzession zu Eigen macht.

42 Zu diesem Problem kann sich der Gerichtshof äußern, ohne die Definition der öffentlichen Dienstleistungskonzession in Artikel 1 Buchstabe h des Vorschlags vom 13. Dezember 1990 übernehmen zu müssen.

43 Artikel 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 bezieht sich nämlich auf entgeltliche schriftliche Verträge und enthält nur Angaben zu den Vertragsparteien und zum Vertragsgegenstand, ohne dass dort Dienstleistungskonzessionen, definiert insbesondere nach der Art des Entgelts des Dienstleistungserbringers, ausdrücklich genannt wären und ohne dass zwischen Verträgen mit fester Gegenleistung und solchen mit einem Verwertungsrecht als Gegenleistung unterschieden würde.

44 Telaustria schlägt vor, die Richtlinie 93/38 dahin auszulegen, dass ein Vertrag, bei dem die Gegenleistung in einem Verwertungsrecht besteht, ebenfalls in ihren Anwendungsbereich fällt. Ein solcher Vertrag werde schon dann von der Richtlinie 93/38 erfasst, wenn er entsprechend deren Artikel 1 Absatz 4 entgeltlich und schriftlich geschlossen worden sei. Solche Verträge seien also nicht deswegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgeschlossen, weil dort die Art der Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht geregelt sei. Dass die Kommission nicht vorgeschlagen habe, Bestimmungen über diese Art von Verträgen in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen, bedeute, dass sie der Auffassung gewesen sei, diese erfasse jeden Vertrag über eine Dienstleistung, unabhängig davon, wie das Entgelt des Erbringers geregelt sei.

45 Die Telekom Austria, die Mitgliedstaaten, die Erklärungen abgegeben haben, und die Kommission widersprechen dieser Auslegung. Ob sie begründet ist, ist anhand der Entstehungsgeschichte der einschlägigen Richtlinien, namentlich derjenigen über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, zu prüfen.

46 Die Kommission hatte sich sowohl in ihrem Vorschlag vom 13. Dezember 1990 als auch in dem von ihr am 28. August 1991 vorgelegten geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (91/C 250/05, ABl. 1991, C 250, S. 4; nachstehend: Vorschlag vom 28. August 1991), die zum Erlass der Richtlinie 92/50, die für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Allgemeinen gilt, führten, ausdrücklich dafür ausgesprochen, in deren Anwendungsbereich die „öffentliche Dienstleistungskonzession" einzubeziehen.

47 Sie rechtfertigte diese Aufnahme mit der Absicht, „kohärente Vergabeverfahren einzuführen", und führte in der zehnten Begründungserwägung des Vorschlags vom 13. Dezember 1990 aus, „öffentliche Dienstleistungskonzessionen [müssten] von dieser Richtlinie in der gleichen Weise erfasst werden wie öffentliche Baukonzessionen von der Richtlinie 71/305/EWG". Zwar war die Bezugnahme auf die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) in der zehnten Begründungserwägung des Vorschlags vom 28. August 1991 nicht mehr enthalten, doch wurde auch dort die Zielsetzung, „kohärente Vergabeverfahren einzuführen", ausdrücklich weiter erwähnt.

48 Im Gesetzgebungsverfahren strich jedoch der Rat sämtliche Bezugnahmen auf Dienstleistungskonzessionen, insbesondere weil aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Übertragung von Befugnissen bei der Verwaltung von öffentlichen Dienstleistungen sowie hin-

sichtlich der Einzelheiten dieser Befugnisübertragung eine große Unausgewogenheit hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten zu diesen Konzessionsaufträgen entstehen würde (Dokument Nr. 4444/92 ADD 1 vom 25. Februar 1992 „Begründung des Rates", Nr. 6, das dem Gemeinsamen Standpunkt vom selben Tag beiliegt).

49 In ähnlicher Weise hatte der Rat bereits den Standpunkt verworfen, den die Kommission in dem am 18. Juli 1989 vorgelegten geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (89/C 264/02, ABl. 1989, C 264, S. 22), der zum Erlass der Richtlinie 90/531, der ersten Vergaberichtlinie für diesen Sektor und Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 93/38, führte, vertreten hatte; in diesen Vorschlag hatte die Kommission für die genannten Sektoren ebenfalls einige Vorschriften über öffentliche Dienstleistungskonzessionen aufgenommen.

50 Wie sich allerdings aus Nummer 10 des Dokuments Nr. 5250/90 ADD 1 vom 22. März 1990, „Begründung des Rates", das dessen Gemeinsamem Standpunkt vom selben Tag zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor beiliegt, ergibt, begründete der Rat die Zurückweisung dieses Vorschlags der Kommission, in die Richtlinie 90/531 Regelungen über öffentliche Dienstleistungskonzessionen aufzunehmen, damit, dass es solche Konzessionen nur in einem einzigen Mitgliedstaat gebe und dass es nicht angebracht sei, sie ohne eingehende Untersuchung der in den Mitgliedstaaten bestehenden verschiedenen Konzessionsregelungen für diese Bereiche zu regeln.

51 Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Kommission nicht vorgeschlagen hat, die Dienstleistungskonzessionen in ihren am 27. September 1991 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie

90/531 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (91/C 337/01, ABl. 1991, C 337, S. 1) aufzunehmen, die später zum Erlass der Richtlinie 93/38 führte.

52 Diese Feststellung wird auch bestätigt durch die Entwicklung des Anwendungsbereichs der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

53 In Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 71/305, der ersten Vergaberichtlinie für diesen Sektor, waren nämlich Konzessionsverträge ausdrücklich von deren Anwendungsbereich ausgenommen.

54 Durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305 (ABl. L 210, S. 1) wurde jedoch in die Richtlinie 71/305 der Artikel 1b eingefügt, durch den Baukonzessionsverträge ausdrücklich berücksichtigt wurden, indem auf sie die in Artikel 12 Absätze 3, 6, 7 und 9 bis 13 und in Artikel 15a enthaltenen Veröffentlichungsvorschriften für anwendbar erklärt wurden.

55 Die geänderte Richtlinie 71/305 wurde später durch die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) ersetzt, die unter den Verträgen, die in ihren Anwendungsbereich fielen, ausdrücklich die öffentliche Baukonzession erwähnt.

56 Dagegen enthält die am selben Tag wie die Richtlinie 93/37 erlassene Richtlinie 93/38 keine Vorschriften über öffentliche Dienstleistungsverträge. Somit hat der

Gemeinschaftsgesetzgeber beschlossen, diese nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 einzubeziehen. Andernfalls hätte er dies wie beim Erlass der Richtlinie 93/37 ausdrücklich getan.

57 Da Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen demnach nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 fallen, werden solche Verträge entgegen der von Telaustria vorgeschlagenen Auslegung nicht vom Begriff „entgeltliche schriftliche Verträge" des Artikels 1 Nummer 4 dieser Richtlinie erfasst.

58 Daher ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten:

— Ein entgeltlicher schriftlicher Vertrag, mit dem ein Unternehmen, das durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats spezifisch mit dem Betrieb eines Telekommunikationsdienstes betraut ist und dessen sämtliche Anteile von der öffentlichen Hand in diesem Mitgliedstaat gehalten werden, die Herstellung gedruckter und elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) und ihre Herausgabe zur allgemeinen Verbreitung einem privaten Unternehmen überträgt, wird von der Richtlinie 93/38 erfasst.

— Obwohl ein solcher Vertrag von der Richtlinie 93/38 erfasst wird, ist er beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie insbesondere deshalb ausgenommen, weil die Gegenleistung, die das erstgenannte Unternehmen dem zweitgenannten erbringt, darin besteht, dass letzteres als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält.

59 Dass ein solcher Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 fällt, hindert den Gerichtshof aber nicht daran, dem vorlegenden Gericht, das ihm eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine zweckdienliche Antwort zu erteilen. Dies kann dem Gerichtshof Anlass zu weiteren Auslegungshinweisen geben, die sich für die Beilegung des Ausgangsrechtsstreits als nützlich erweisen könnten.

60 Auch wenn solche Verträge beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen sind, so haben die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten.

61 Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31) entschieden hat, schließt dieses Verbot insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist.

62 Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.

63 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, darüber zu befinden, ob dieser Verpflichtung im Ausgangsverfahren genügt wurde, und das zu diesem Zweck vorgelegte Beweismaterial zu würdigen.

Zur dritten und zur fünften Frage

64 Angesichts der Antwort auf die erste und die zweite Frage erübrigt sich eine Beantwortung der dritten Frage, da diese dem Gerichtshof für den Fall der Bejahung der zweiten Frage gestellt wurde.

65 Da die fünfte Frage auf eine Klarstellung in Bezug auf die dritte Frage abzielt, erübrigt sich auch ihre Beantwortung.

Zur vierten, zur sechsten und zur siebten Frage

66 Angesichts der Antwort auf die erste und die zweite Frage erübrigt sich auch eine Antwort auf die vierte, die sechste und die siebte Frage, da diese für den Fall gestellt worden sind, dass der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38 auf den im Ausgangsverfahren streitigen Vertrag feststellt.

Kosten

67 Die Auslagen der österreichischen, der dänischen, der französischen und der niederländischen Regierung sowie der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabeamt mit Beschluss vom 23. April 1998 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. — Ein entgeltlicher schriftlicher Vertrag, mit dem ein Unternehmen, das durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats spezifisch mit dem Betrieb eines Telekommunikationsdienstes betraut ist und dessen sämtliche Anteile von der öffentlichen Hand in diesem Mitgliedstaat gehalten werden, die Herstellung gedruckter und elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) und ihre Herausgabe zur allgemeinen Verbreitung einem privaten Unternehmen überträgt, wird von der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor erfasst.

— Obwohl ein solcher Vertrag von der Richtlinie 93/38 erfasst wird, ist er beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie insbesondere deshalb ausgenommen, weil die Gegenleistung, die das erstgenannte Unternehmen dem zweitgenannten erbringt, darin besteht, dass letzteres als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält.

2. Auch wenn solche Verträge beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen sind, so haben

die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten, das insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist.

3. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.

4. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, darüber zu befinden, ob dieser Verpflichtung im Ausgangsverfahren genügt wurde, und das zu diesem Zweck vorgelegte Beweismaterial zu würdigen.

Skouris Puissochet Macken

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 7. Dezember 2000.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

C. Gulmann