SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 11. Mai 2000 *

I — Einführung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren befaßt der High Court of Justice (England und Wales) den Gerichtshof mit Fragen zur Auslegung des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers. Es geht dabei insbesondere um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Einrichtung als vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts „überwiegend finanziert" wird, mit der Folge, daß sie als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinien zu betrachten ist.

2. Diese Frage stellt sich im Rahmen eines Verfahrens, das die Universität Cambridge (im folgenden: Klägerin) gegen das Schatzamt des Vereinigten Königreichs angestrengt hat. Die Klägerin wendet sich gegen den Vorschlag des Schatzamtes, die Eintragung von Universitäten in Anhang I der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [1] (im folgenden: Richtlinie 93/37), der Einrichtungen des öffentlichen Rechts aufzählt, für das Vereinigte Königreich beizubehalten, wobei die Eintragung mit dem Zusatz „die überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert werden" versehen werden sollte.

II — Rechtliche Grundlagen

1. *Gemeinschaftsrecht*

3. In Artikel 1 der Richtlinie 93/37 wird der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wie folgt definiert:

„Im Sinne dieser Richtlinie

...

1 — ABl. L 199, S. 54; 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. L 328, S. 1).

* Originalsprache: Deutsch.

b) gelten als *öffentlicher Auftraggeber*: der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Die Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang I enthalten. (...)

c) - h) ..."

4. Diese Bestimmung ist weitestgehend identisch mit Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge[2] und 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge[3] (im folgenden: Richtlinien 92/50 und 93/36).

5. In bezug auf das Vereinigte Königreich enthält die Anhangsliste der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien solcher Einrichtungen „universities and polytechnics, maintained schools and colleges" (Universitäten und polytechnische Schulen, staatlich unterhaltene Schulen und Colleges).

2 — ABl. L 209, S. 1.

3 — ABl. L 199, S. 1. Beide Richtlinien ebenfalls geändert durch die (in Fußnote 1 genannte) Richtlinie 97/52.

6. Das Verfahren zur Änderung der Verzeichnisse im Anhang I sieht Artikel 35 der Richtlinie 93/37 vor. Danach ändert die Kommission den Anhang I, damit er soweit wie möglich in Einklang mit den realen Gegebenheiten steht.

2. *Nationale Vorschriften*

7. Die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wurden durch folgende Vorschriften in nationales Recht umgesetzt:

— die Richtlinie 92/50 durch: The Public Services Contracts Regulations 1993 (S. I. 1993/3228),

— die Richtlinie 93/36 durch: Public Supply Contracts Regulations 1995 (S. I. 1995/201),

— die Richtlinie 93/37 durch: The Public Works Contracts Regulations 1991 (S. I. 1991/2680).

8. Diese Vorschriften geben den Anhang der Richtlinie 93/37 nicht wieder, enthalten aber eine Definition der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die auf der gemeinschaftsrechtlichen Definition gründet.

III — Sachverhalt

9. Das „Committee of Vice-Chancellors and Principals of the Universities" im Vereinigten Königreich vertrat gegenüber dem Schatzamt in den Jahren 1995 und 1996 die Auffassung, die Vergaberichtlinien fänden auf Universitäten keine generelle Anwendung. Daher habe die Eintragung „universities" (Universitäten) in bezug auf das Vereinigte Königreich im Anhang I zur Richtlinie 93/37, auf die die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 verweisen, zu entfallen.

10. Am 17. Januar 1997 schlug das Schatzamt daher der Kommission im Hinblick auf Universitäten folgende Änderung vor: „universities ... financed for the most part by other contracting authorities" (Universitäten ..., die überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert werden). Die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien auf Universitäten sollte dadurch relativiert werden. Der Vorschlag ist von der Kommission noch nicht umgesetzt worden.

11. Die vom Schatzamt vorgeschlagene Änderung stellte die Klägerin nicht zufrieden. Mit Antrag auf Klagezulassung vom 7. November 1996 beantragte sie daher beim High Court of Justice, Klage ge-

gen die Haltung des Schatzamtes erheben zu dürfen. Die Klage wurde auf der Grundlage zugelassen, daß es darin um die richtige Auslegung des Ausdrucks „überwiegend (durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber) finanziert" gehe.

12. Im Ausgangsverfahren waren sich die Parteien darüber einig, daß die meisten Universitäten im Vereinigten Königreich, namentlich die Universität Cambridge, zwar zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und daß sie Rechtspersönlichkeit besitzen. Andererseits aber würden sie weder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch öffentliche Auftraggeber unterliegen, noch würden derartige Auftraggeber die Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Universitäten mehrheitlich besetzen. Somit komme es im vorliegenden Fall allein darauf an, ob die Universitäten, „überwiegend von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern finanziert" würden.

13. In seinem Vorabentscheidungsersuchen weist das vorlegende Gericht u. a. darauf hin, daß die Universitäten im Vereinigten Königreich unterschiedlich finanziert würden, und daß sie nicht alle Mittel von öffentlichen Auftraggebern bezögen. Die Mittel stammten aus verschiedenen Quellen, würden zu unterschiedlichen Zwecken und aus unterschiedlichen Gründen geleistet; im übrigen sei die Mittelbeschaffung auch variabel.

14. Die vom vorlegenden Gericht erwähnten Finanzierungsquellen der Universitäten im Vereinigten Königreich und auch der Klägerin umfassen:

1. a) Mittel der „Higher Education Funding Councils" und der „Teacher Training Agency", die selbst als öffentliche Auftraggeber anerkannt sind, für Lehr-, Forschungs- und verwandte Tätigkeiten. Was die Forschungsmittel anbelangt, so würden sie zu über 90 % auf der Grundlage der Qualität der Forschungstätigkeiten, die periodisch bewertet wird, zugewiesen. Die Universität bestimme selbst über die Verwendung der Mittel.

b) Mittel der „Research Councils", die ebenfalls als öffentliche Auftraggeber anerkannt sind, die der Universität auf Antrag spezifischer Antragsteller, die ein Forschungsprojekt durchführen wollten, an dem die „Research Councils" kein Eigeninteresse hätten, gewährt würden und der Universität zu-

flössen. Die Leistungen würden einzelnen Antragstellern auf der Grundlage einer Würdigkeitsprüfung zugewiesen. Wechsle der Antragsteller die Universität, so würden auch die Mittel der neuen Universität zufließen.

2. Zahlungen als Gegenleistungen für Forschungsarbeiten und für Dienstleistungen im Auftrag und zugunsten von wohltätigen Verbänden, dem Handel, Ministerien und anderen Einrichtungen.

3. Hörgelder, die von örtlichen Erziehungsbehörden, die als öffentliche Auftraggeber anerkannt sind, direkt an die Universitäten ausbezahlt werden. Diese Mittel seien den Studierenden gewährte Stipendien für die von diesen zu entrichtenden Hörgelder. Viele Studierende hätten einen Anspruch auf Pflichtförderung oder zumindest auf eine Ermessensentscheidung der auszahlenden Behörde; andere müßten die Mittel selbst aufbringen oder würden von nichtbritischen Stellen gefördert.

4. Unterschiedliche andere Mittel, wie für die Bereitstellung von Unterkünften und Verpflegung, sowie Spenden und Vermächtnisse.

15. Der High Court of Justice legte dem Vorabentscheidungsersuchen folgende Zusammenfassung der Einkommensquellen nach der Rechnung der Universität (Cambridge) für 1997 in Prozent des Gesamteinkommens bei:

Fördermittel von Funding Council und Teacher Training Agency	30
Hörgelder und Unterstützungsmittel	14
Davon:	
Einheimische und EG-Studenten (einige zahlen selbst)	9
Nicht-EG-Studenten	5
Forschungsmittel und Verträge	33
Davon:	
Forschungsmittel	14
Mittel und Verträge von anderen öffentlichen und privaten Stellen	19
Andere Betriebseinkommen	12
Davon:	
Catering	1
Zahlungen des Local Examinations Syndicate	3
Gesundheitsbehörden	2
Mehrwertsteuerrabatt	1
Andere	5
Einkommen aus Vermächtnissen und Zinsen	11
INSGESAMT	100

16. Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, daß das richtige Verständnis des Begriffes der „überwiegenden Finanzierung" ausschlaggebend für die Qualifikation einer Universität als öffentlichem Auftraggeber sei. Es legt deshalb dem Gerichtshof folgende vier Fragen zur Vorabentscheidung vor.

IV — Vorlagefragen

1. Artikel 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates, der Richtlinie 93/37/EWG des Rates und der Richtlinie 93/36/EWG des Rates (Richtlinien) verweist auf jede Einrichtung, „die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird". Welche Mittel fallen unter den Ausdruck „von [einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern] finanziert"? Schließt dieser Ausdruck insbesondere folgende Zahlungen an eine Einrichtung wie die Universität Cambridge ein:

   a) Fördermittel, die ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber zur Unterstützung der Forschung gewähren;

   b) die Gegenleistung, die ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber für Dienstleistungen einschließlich Forschung gewähren;

   c) die Gegenleistung, die ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber für andere Dienstleistungen, etwa Beratung oder die Veranstaltung von Konferenzen, gewähren;

   d) Hörgelder, die örtliche Erziehungsbehörden den Universitäten im Hinblick auf die Ausbildung namentlich benannter Studenten gewähren?

2. Welchen Prozentsatz bedeutet oder welche andere Bedeutung hat der Ausdruck „überwiegend" in Artikel 1 der Richtlinien?

3. Falls der Ausdruck überwiegend einen Prozentsatz bedeutet, beschränkt sich die Berechnung auf Mittel, die für akademische und verwandte Zwecke gewährt werden, oder schließt sie Mittel ein, die für gewerbliche Tätigkeiten gezahlt werden?

4. Auf welchen Zeitraum sollte sich die Berechnung beziehen, nach der sich entscheidet, ob eine Universität hinsichtlich eines bestimmten Auftrags ein „öffentlicher Auftraggeber" ist? Wie sollten vorhersehbare und künftige Änderungen berücksichtigt werden?

17. Am schriftlichen Verfahren haben sich die Klägerin, die Regierungen des Vereinigten Königreichs, der Niederlande und Österreichs sowie die Kommission beteiligt. Die französische Regierung ist in der mündlichen Verhandlung aufgetreten. Auf das Vorbringen der Beteiligten wird zurückzukommen sein.

V — Würdigung

1. *Vorüberlegung*

18. Zunächst ist zu untersuchen, ob die derzeitige Eintragung der Universitäten im Anhang I der Richtlinie 93/37 in bezug auf das Vereinigte Königreich oder der diesbezügliche Änderungsvorschlag Rechtswirkungen auf das vorliegende Verfahren zeitigt.

a) Vorbringen der Beteiligten

19. Nach Auffassung der niederländischen Regierung und der in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Auffassung des Vereinigten Königreichs kommt dem Anhang I lediglich deklaratorische Wirkung zu. Dies ergebe sich, so die niederländische Regierung, zum einen aus Artikel 35 der Richtlinie 93/37, der das Verfahren zur Änderung des Verzeichnisses vorsieht, zum anderen aus der Antwort der Kommission vom 16. Juni 1992 auf die schriftliche Anfrage Nr. 1443/92 [4].

b) Stellungnahme

20. Wie die niederländische Regierung zu Recht vorträgt, ist die maßgebliche Definition der „öffentlichen Auftraggeber" in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien enthalten. Ob eine Einrichtung hierunter fällt, ist nur anhand der dort niedergelegten Kriterien zu ermitteln. Die Eintragung im Verzeichnis hat keinen verbindlichen Charakter. Schon aus Artikel 1 b, der festlegt, daß das Verzeichnis so vollständig wie möglich sein muß, und aus Artikel 35 der Richtlinie 93/37, der das Verfahren zur Änderung der Verzeichnisse regelt, ergibt sich, daß Änderungen möglich und gegebenenfalls erforderlich sind, wenn die darin enthaltenen Einrichtungen den Kriterien des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie nicht mehr entsprechen. Die Liste ist auch

4 — ABl. 1992, C 309, S. 43.

nicht abschließend, sondern erforderlichenfalls zu erweitern.

21. Die Auslegung von Artikel 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich der Richtlinien ist daher nicht durch Anhang I der Richtlinie 93/37 präjudiziert.

2. *Zur ersten Frage*

a) Vorbringen der Beteiligten

22. Die *Klägerin* ist der Auffassung, Sinn und Zweck der Richtlinien 93/36, 93/37 und 92/50 sei es, diejenigen Einrichtungen besonderen Erfordernissen zu unterwerfen, bei denen der Staat in der Lage sei, über das Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge eine tatsächliche oder potentielle Kontrolle auszuüben. Sie beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes. [5] Schutzzweck der Richtlinien sei es, eine Störung des Gemeinsamen Marktes zu verhindern. Unterliege eine Einrichtung jedoch keiner solchen Kontrolle oder sei diese nur theoretischer Natur, dürften die Richtlinien keine Anwendung finden.

23. Ob eine solche Kontrolle ausgeübt werde oder nicht, müsse nach Ansicht der Klägerin anhand quantitativer und qualitativer Kriterien ermittelt werden. Eine Einrichtung werde nicht schon allein dadurch zur öffentlichen Einrichtung, daß ein anderer öffentlicher Auftraggeber an sie eine Anzahl von Vermögensleistungen erbringe, da nicht jede Leistung dem öffentlichen Auftraggeber eben diese Kontrollmöglichkeit eröffne. Es müsse vielmehr auch der Verwendungszweck der zur Verfügung gestellten Mittel untersucht werden. Nur solche Leistungen dürften als Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber gelten, die zur Ermöglichung der Grundfunktionen der Einrichtung erbracht würden — bei einer Universität also Lehre und Forschung —, und die zusätzlich hierzu auch dem leistenden öffentlichen Auftraggeber eine direkte oder indirekte Kontrolle über die öffentliche Auftragsvergabe vermittelten. Dabei stützte sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung auch auf die Überlegung, daß bei einer anderen, weitergehenden Auslegung ansonsten auch beispielsweise Kirchen oder religiöse Organisationen, Parteien, staatlich unterstützte Wohltätigkeitseinrichtungen oder staatlich verwaltete Lotterien ebenfalls als Einrichtungen öffentlichen Rechts gelten könnten, wenn sie ihre Einnahmen aus öffentlichen Mitteln bezögen. Jedenfalls meine der Begriff der „Finanzierung" Zahlungen, die zugunsten der Erfüllung der Grundfunktionen der Universität erbracht werden. Daher fielen die Finanzierung bestimmter Forschungsprojekte oder andere Arten von Zuwendungen wie Vermächtnisse aus der Definition. Da im übrigen durch die in Frage 1 unter a bis d des Vor-

5 — Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-306/97 (Connemara Machine Turf, Slg. 1998, I-8761); Schlußanträge des Generalanwalts Lenz vom 13. März 1991 in der Rechtssache C-247/89 (Kommission/Portugal, Slg. 1991, I-3659, I-3670); Urteile vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria, Slg. 1998, I-73, Randnr. 18 — gemeint ist wohl Randnr. 28), vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 8) und Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster, Slg. 1990, I-3313, I-3326, Randnrn. 13 und 16).

abentscheidungsersuchens genannten Geldquellen keine Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über die öffentliche Auftragsvergabe begründet werde, seien sie nicht als Finanzierung im Sinne der Vorschrift zu betrachten.

24. Nach Ansicht der *Regierung des Vereinigten Königreichs* sollten alle Mittel von öffentlichen Auftraggebern, die der Erfüllung der Aufgaben im Erziehungsbereich und damit der Erfüllung allgemeiner Interessen dienen, unter den Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber fallen. Davon abzugrenzen seien kommerzielle Leistungen eines öffentlichen Auftraggebers, die in dieser Hinsicht außer Betracht bleiben müßten. Für die Frage, ob eine Leistung erzieherischen oder kommerziellen Zwecken zugute komme, könne die im Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache Belgischer Staat/Humbel [6] getroffene Unterscheidung herangezogen werden.

25. Daneben hält es die Regierung des Vereinigten Königreichs gemäß ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung letztlich für ausschlaggebend, ob eine Leistung unentgeltlich, also ohne Anspruch auf eine Gegenleistung, beziehungsweise infolge von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen oder aber aufgrund einer speziellen vertraglichen Verpflichtung erfolge. Sie beruft sich auf das in der Entscheidung in der Rechtssache Mannesmann [7] entwickelte Kriterium der „engen Verbundenheit" zwischen Einrichtung und öffentlichem Auftraggeber, welches bei solchen Leistungen, die sich die Einrichtung gewissermaßen selbst verdient hat, fehle. Diese Leistungen könnten daher nicht unter den Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber fallen.

26. Aus diesen Gründen, so die Regierung des Vereinigten Königreichs, seien Leistungen im Sinne der Frage 1 b) und c) als rein kommerzielle Zahlungen vom Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber auszunehmen. Zahlungen an die Universität im Sinne der Frage 1 a) würden hingegen davon erfaßt, selbst wenn sie an den Antrag spezifischer Antragsteller gekoppelt seien. Schließlich seien sie dazu bestimmt, den Universitäten die Mittel zukommen zu lassen, erzieherische und akademische Ziele zu verwirklichen. Auch Zahlungen von öffentlichen Auftraggebern an eine Universität als Beitrag zu den von Studierenden zu entrichtenden Hörgeldern im Sinne der Frage 1 d) stellten eine solche Finanzierung dar, da sie der Einrichtung die Mittel zur Verfügung stellten, ihrer Allgemeinwohlaufgabe nachzukommen, selbst wenn sie für namentlich bestimmte Studierende erfolgten.

27. Nach Ansicht der *niederländischen Regierung* sind die drei Kriterien des Artikels 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich der Richtlinien, nämlich die überwiegende staatliche Finanzierung, die staatliche Auf-

6 — Rechtssache 263/86 (Slg. 1988, 5365, Randnrn. 15 bis 29).

7 — Urteil in der Rechtssache C-44/96 (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 20).

sicht und die personelle Einflußnahme gemäß dem Urteil Mannesmann[8] als „enge Verbundenheit" mit dem Staat oder den öffentlichen Auftraggebern auszulegen.

28. Nach dieser Auffassung muß daher für die Beantwortung der Frage, ob eine Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber oder eine andere Leistung vorliegt, eine Unterscheidung zwischen Finanzierungshilfe und echter Gegenleistung getroffen werden. Nur bei einer Finanzierungshilfe sei das Kriterium der „engen Verbundenheit" erfüllt. Das gleiche Kriterium werde in Artikel 1 Buchstabe a ix der Richtlinie 92/50 verwendet, wonach die Richtlinie nur anwendbar sei, wenn die Geldleistung keine Gegenleistung darstelle. Es sei daher hinsichtlich der Frage 1 b) und c) zu untersuchen, ob es sich um eine auf dem Markt verdiente Gegenleistung oder um eine Finanzierungshilfe handele. In der Regel fielen also Leistungen aus dem Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber heraus, die im Zusammenhang mit kommerziellen Aktivitäten erfolgten.

29. Die *österreichische Regierung* beruft sich für ihren Interpretationsvorschlag auf die Entstehungsgeschichte des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers. Die drei genannten Kriterien des Artikels 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich stellten die Beschreibung von Einrichtungen dar, die am Wirtschaftsleben teilnähmen, ohne der Macht des Marktes ausgesetzt zu sein.[9] Daher unterliege der Begriff der überwiegenden Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber einer weiten Auslegung. Er erfasse sämtliche von einem öffentlichen Auftraggeber stammenden geldwerten Leistungen an eine Einrichtung, die ein Beihilfeelement beinhalteten. Ein anderes gelte nur, wenn die Einrichtung eine Gegenleistung für eine auf dem Markt im Wettbewerb mit anderen Einrichtungen oder Unternehmen angebotene Dienstleistung erhalte, deren Höhe vom Markt bestimmt werde.

30. Die *französische Regierung* will gemäß ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung für den Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber ebenfalls zwischen Leistungen im Allgemeininteresse und Leistungen mit dem Charakter einer Gegenleistung für von der Einrichtung erbrachte Dienstleistungen unterscheiden. Daher müßten von den in der Frage 1 umfaßten Leistungen diejenigen mit dem Charakter einer solchen Gegenleistung aus dem Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber ausscheiden.

31. Auch die *Kommission* ruft Sinn und Zweck der Richtlinien in Erinnerung, die in der Verhinderung von Störungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs lägen. Zweck der Vorschrift sei die Erfassung von Einrichtungen, die sich wegen ihrer engen Verbundenheit mit dem Staat oder mit öf-

8 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 20.

9 — Sie beruft sich hierfür auf die Schlußanträge des Generalanwalts Léger vom 16. September 1997 in der Rechtssache Mannesmann (Slg. 1998, I-77, Urteil zitiert in Fußnote 5) sowie auf das Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96 (BFI Holding BV, Slg. 1998, I-6821, Randnr. 62).

fentlichen Auftraggebern nicht wie andere dem Markt unterordnen müßten.[10] Die Entscheidung Mannesmann[11] habe klargestellt, daß es sich bei den alternativen Voraussetzungen des Artikels 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich um eine „enge Verbundenheit" mit dem öffentlichen Auftraggeber handele. Eine solche Verbundenheit bestehe, wenngleich auch indirekt, im Fall der überwiegenden Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber. In ihrem mündlichen Vortrag hebt die Kommission hervor, daß auch im Fall einer kommerziellen Verbindung eine „enge Verbundenheit" bestehen könne. Dies sei durchaus vom Zweck der Richtlinien umfaßt, da ein öffentlicher Auftraggeber auch als Vertragspartner eine durchaus starke Machtposition innehabe.

32. Die Kommission ist daher der Auffassung, daß bei der Beurteilung, die sich am Kriterium der „engen Verbundenheit" zu orientieren habe, grundsätzlich alle Zahlungen durch einen öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt werden müßten. Es solle nicht nach Aktivitäten, zu deren Zweck eine Leistung erfolge, unterschieden werden, da eine Unterscheidung zwischen Aktivitäten im Allgemeininteresse und anderen Tätigkeiten nicht Zweck der Richtlinie sei. Nach Ansicht der Kommission wirken sich auch Forschungsstipendien an bestimmte Personen als universitäre Einkünfte aus und seien für einen universitären Zweck bestimmt. Ebenso seien die Zahlungen zum Zweck eines Beitrags für die von Studierenden zu entrichtenden Hörgelder als Geldmittel für die Universität bestimmt. Eine Unterscheidung zwischen den in Frage 1 a) bis d) genannten Vermögensleistungen sei nicht mit dem Ziel der Richtlinien vereinbar und führe auch zu übergroßen Abgrenzungsschwierigkeiten.

b) Stellungnahme

33. Es stellt sich zunächst die Frage, welche Erwägungen Artikel 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich der Richtlinien zugrunde liegen, und welche Anforderungen sich hieraus für die Auslegung des Begriffes der „Finanzierung vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts" (im folgenden der Einfachheit halber auch: „öffentliche Finanzierung") ergeben.

34. Zweck von Richtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist es, die Gefahr auszuschließen, daß Einrichtungen sich bei der Auftragsvergabe von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen. Einrichtungen, die nicht den Marktgesetzen unterliegen, sollen durch die Richtlinien die Möglichkeit einer Bevorzugung eines ihnen genehmeren Bieters oder Bewerbers bei der Auftragsvergabe genommen werden. Dies entschied der Gerichtshof im Hinblick auf

10 — Zitiert in Fußnote 9, Randnrn. 40 bis 43.
11 — Zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 20 und 34.

die hier betroffenen Richtlinien 92/50 in der Rechtssache BFI Holding [12] und der Richtlinie 93/37 in der Rechtssache Mannesmann [13]; in diesem Sinne auch die Schlußanträge des Generalanwalts Léger in dieser Sache [14], sowie im Hinblick auf die ältere Richtlinie 71/305/EWG in der Rechtssache 31/87 [15].

35. Daß der Begriff des öffentlichen Auftraggebers infolgedessen im weiten und funktionalen Sinn zu verstehen ist, um die praktische Wirksamkeit der Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs zu sichern, hat der Gerichtshof mehrmals im Zusammenhang mit der Rechtsform der Einrichtung oder der zugrundeliegenden Bestimmungen entschieden. [16]

36. Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts hatte der Gerichtshof in der Rechtssache Mannesmann [17] die drei alternativen Voraussetzungen in Artikel 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich der Richtlinien, zu denen auch das Merkmal der überwiegenden öffentlichen Finanzierung gehört, als „enge Verbundenheit" [18] der Einrichtung mit dem Staat, einer Gebietskörperschaft oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts umschrieben. Die Bestimmung definiert also nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die drei Erscheinungsformen einer öffentlichen Einrichtung als drei Varianten einer „engen Verbundenheit" mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber.

37. Zwar hatte der Gerichtshof in den Urteilen Connemara Machine Turf [19] und Kommission/Irland [20] für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber in Irland verlangt, daß eine Kontrolle über die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge stattfindet (wobei es im übrigen als ausreichend erachtet wurde, daß diese Kontrolle mittelbar, also ohne ausdrückliche Bestimmung, stattfindet). Nur dies will die Klägerin auch im Hinblick auf diesen Fall gelten lassen. Diese Grundsätze sind jedoch auf das vorliegende Verfahren deshalb nicht anwendbar, weil die dort betroffene Richtlinie 77/62/EWG selbst durch einen Verweis auf den Anhang im Hinblick auf den betroffenen Mitgliedstaat, im damaligen Fall Irland, die Voraussetzung einer staatlichen Kontrolle über die öffentlichen Lieferaufträge statuierte [21].

12 — Zitiert in Fußnote 9, Randnrn. 41 bis 43.

13 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 33.

14 — Zitiert in Fußnote 9, Nr. 69.

15 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 11.

16 — Rechtssache Beentjes (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 11); Rechtssache BFI Holding (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 62); Rechtssache Connemara Machine Turf (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 31).

17 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 20.

18 — Vgl. hierzu die französische und englische Fassung, die, etwas enger, von „dépendant étroitement" beziehungsweise von „closely dependant" sprechen.

19 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 29.

20 — Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-353/96 (Slg. 1998, I-8565, Randnrn. 34 f.).

21 — Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 13, S. 1). In Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 77/62 wurde der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wie folgt definiert: „Im Sinne dieser Richtlinie (...) gelten als ‚öffentliche Auftraggeber' (...) die in Anhang I (...) aufgeführten gleichwertigen Einrichtungen." Nach Anhang I Nummer VI der Richtlinie 77/62 handelte es sich bei gleichwertigen Einrichtungen in Irland um „andere Behörden, deren öffentliche Lieferaufträge staatlicher Kontrolle unterliegen".

38. Auch die Übertragung der Folgerungen des Generalanwalts Lenz in der Sache Portugal/Kommission [22], die die Klägerin zur Stütze ihrer Argumentation anführt, ist zumindest im Hinblick auf den vorliegenden Fall abzulehnen. Denn auch hier setzte der Anhang I der relevanten Richtlinie 77/62 in bezug auf Portugal voraus, daß eine staatliche Kontrolle über die Lieferaufträge stattfand.

39. Es ist festzustellen, daß den Richtlinien eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde liegt, die nach einer weiten Auslegung verlangt. In besonderen Fällen kann aber, wie es auch die niederländische und die österreichische Regierung sowie die des Vereinigten Königreichs im Ergebnis ebenfalls annehmen, eine teleologische Betrachtungsweise gerechtfertigt sein. Kann durch die zu beurteilende Vermögensleistung eines öffentlichen Auftraggebers eine besondere Verbundenheit weder verursacht oder vertieft werden, ist eine Subsumtion dieser Leistung unter den Begriff der öffentlichen Finanzierung, der ja nur die Fälle einer besonderen Verbindung zwischen Einrichtung und Auftraggeber erfassen will, nicht mehr vom Zweck der Richtlinien gerechtfertigt.

40. Es bedarf daher auch einer Klärung des Begriffes der Finanzierung, um daraus eine enge Verbundenheit des Zahlungsempfängers mit dem Leistenden ableiten zu können. Wie auch die Kommission zu Recht vorträgt, besteht eine solche Verbundenheit im Fall einer öffentlichen Finanzierung nur indirekt. Als öffentliche Finanzierung kann daher nicht automatisch jede öffentliche Zahlung angesehen werden, sondern nur solche Leistungen, die nicht ein Entgelt für eine besondere Gegenleistung darstellen, die also im Sinne einer Finanzierungshilfe die allgemeine Tätigkeit der Einrichtung finanzieren oder unterstützen.

41. Als öffentliche Finanzierung müssen daher Leistungen im Sinne der Frage 1 a) gelten, bei denen Fördermittel zur Unterstützung der Forschung gewährt werden. Selbst wenn der konkrete Leistungsempfänger nicht die Einrichtung selbst sein sollte, sondern eine Person, die als Leistungserbringer Teil des universitären Betriebes ist, handelt es sich doch um eine Finanzierungsleistung, die der Einrichtung als Ganzem zugute kommt. Hierbei kommt es gerade zu einer von der Richtlinie definierten Beziehung [23] im Sinne einer engen Verbundenheit zwischen Universität und unterstützendem öffentlichen Auftraggeber. [24]

22 — Rechtssache C-247/89 (zitiert in Fußnote 5).

23 — Vgl. Artikel 1 Buchstabe b dritter Gedankenstrich der Richtlinie 93/37.

24 — Ob Kirchen oder religiöse Organisationen, die auch öffentliche Gelder beziehen, staatlich unterstützte Wohltätigkeitseinrichtungen oder staatlich verwaltete Lotterien, als Einrichtungen öffentlichen Rechts angesehen werden müßten, kann dahinstehen, da dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

42. Fraglich ist jedoch, ob dies in Übereinstimmung mit den oben dargelegten Grundsätzen auch im Fall von Leistungen im Sinne der Fragen 1 b) und c) gilt. Für die Frage, ob die Gegenleistung eines öffentlichen Auftraggebers für vertraglich vereinbarte Leistungen der Universität auch unter den Begriff der öffentlichen Finanzierung fällt, ist der Zweck der bezahlten Leistung, wie es die Regierung des Vereinigten Königreichs u. a. vorschlägt, kein allein geeignetes Kriterium. In der Sache Humbel [25] hatte der Gerichtshof zwar entschieden, daß schulische Leistungen nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungen im Sinne von Artikel 59 und 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 49 und 50 EG) fallen. Der Gerichtshof differenzierte danach, ob es sich um die wirtschaftliche Gegenleistung für eine Dienstleistung handelt, oder ob eine Zahlung dafür erbracht wird, daß der Staat eine ihm eigene Aufgabe im sozialen, kulturellen und Erziehungsbereich erfüllt [26]. Zur Begründung führte der Gerichtshof aus, daß der Schutzzweck der Dienstleistungsfreiheit sich nicht auf diesen letzteren Bereich erstrecke. Die Frage, ob eine Leistung im vorliegenden Fall unter den Begriff der öffentlichen Finanzierung fällt, kann hiermit jedoch nicht beantwortet werden, da der oben beschriebene Schutzzweck der Richtlinien ein völlig anderer ist als derjenige der Dienstleistungsfreiheit. Denn der Charakter der Zahlung als Gegenleistung macht es gerade fraglich, ob hierdurch eine enge Verbundenheit entstehen kann, selbst wenn die von der Einrichtung erbrachten Leistung gleichwohl auf im Allgemeininteresse liegende Zwecke abstellt. Dieses Kriterium erschwert überdies die Abgrenzung, da sich Tätigkeiten von allgemeinem Interesse, bei einer Universität also Erziehungs- oder Forschungsleistungen, mit Tätigkeiten kommerziellen Charakters überschneiden können, wie es auch die Frage 1 b) zeigt.

43. Ebenso verbietet sich eine analoge Anwendung der in der Sache BFI Holding [27] vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze. In diesem Fall hatte der Gerichtshof mit Blick auf Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Spiegelstrich der Richtlinie 92/50 entschieden, daß die Tatsache, daß Leistungen auch von privaten Unternehmen erbracht werden oder erbracht werden können, den Charakter einer Aufgabe als im Allgemeininteresse liegend nicht entfallen ließe. Auf den ersten Blick könnte das Urteil dazu anhalten, auch für den Begriff der öffentlichen Finanzierung im dritten Spiegelstrich einer Unterscheidung zwischen kommerziellen und anderen Leistungen im Wege zu stehen. Bei den drei kumulativen Kriterien zur Definition einer öffentlichen Einrichtung handelt es sich jedoch um einen völlig anderen Problemkreis. Vorliegend geht es um den selbständigen Fragenkreis, ob bestimmte Leistungen an eine Einrichtung, die unstreitig zum Zweck der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurde, als öffentliche Finanzierung gelten sollen.

44. Orientiert man sich am Ziel der Richtlinien und an der Frage, ob eine enge Verbundenheit zwischen Universität und öffentlichem Auftraggeber hergestellt bzw. vertieft wird, muß eine öffentliche Finanzierung abgelehnt werden, wenn sich aus dem Zusammenspiel von Leistung und Gegenleistung ergibt, daß der öffentliche

25 — Zitiert in Fußnote 6.

26 — Rechtssache Humbel (zitiert in Fußnote 6, Randnrn. 15 f.).

27 — Zitiert in Fußnote 9, Randnr. 47.

Auftraggeber ein wirtschaftliches Interesse an der Erbringung der Leistung hat, das über die Unterstützung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben hinausgeht. Eine enge Verbundenheit kann nur dann entstehen, wenn die Leistung zum Ziel hat, die Aufgaben einer Einrichtung zu unterstützen und ihr dazu Hilfe zu leisten. Dies gilt selbst dann, wenn eine vertragliche Leistung der Einrichtung gleichzeitig eine Tätigkeit ist, die im Allgemeininteresse liegt oder akademische Zwecke erfüllt.

45. Regelmäßig entsteht eine solche Verbundenheit gerade nicht, wenn eine Einrichtung die Zahlung als Gegenleistung für eine Tätigkeit erhält, die sie wie ein auf dem Markt tätiges Unternehmen selbständig im Wettbewerb mit privaten Unternehmen anbietet und aufgrund eines konkreten Dienstleistungsauftrags erbringt. Denn hier verdient sich die Einrichtung ihren Zahlungsanspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis. Diese Leistungen werden antragsgemäß im Interesse der Einrichtung erbracht, wie zielgerichtete Forschungsarbeit, Beratung oder Veranstaltung von Konferenzen. Dabei gründet der Leistungsanspruch nicht auf der grundsätzlichen Entscheidung zur Unterstützung der Aufgaben der Einrichtung. Vielmehr besteht dann ein vertraglicher Leistungsanspruch.

46. Zwar kann auch durch eine solche Geschäftsverbindung eine Verbundenheit entstehen. Doch ist diese Verbindung von anderer Qualität als diejenige, die durch eine reine Unterstützungsleistung entsteht. Die Verbindung zwischen Geschäftspartnern, sei einer davon auch ein formal öffentlicher Auftraggeber, ist keine „enge Verbundenheit" im Sinne der Richtlinien, da sich bei frei ausgehandelten Verträgen die Leistungen der Vertragspartner im Sinne eines do ut des gegenüberstehen. Wollte man zu dieser Frage eine andere Haltung einnehmen, käme man zu dem paradoxen Ergebnis, daß selbst ein privates Unternehmen, das den Großteil seiner Geschäfte mit öffentlichen Auftraggebern abwickelt, zum öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergaberichtlinien würde.

47. Da die in Frage 1 b) und c) erwähnten Leistungen wegen des auf einer eigenständigen vertraglichen Grundlage beruhenden Anspruchs eine enge Verbundenheit mit einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Richtlinie nicht herstellen, fallen sie nicht unter den Begriff der öffentlichen Finanzierung.

48. Schließlich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch Hörgelder im Sinne der Vorlagefrage 1 d), die öffentliche Auftraggeber für namentlich bestimmte Studierende an eine Universität ausbezahlen, als öffentliche Finanzierung gelten können.

49. Zwar stellen diese Zahlungen auch eine Sozialmaßnahme zugunsten einzelner Studierenden dar, denen dadurch ein Sti-

pendium für die teilweise sehr hohen Studiengebühren zukommt. Dennoch handelt es sich um eine verläßliche Einnahme der Einrichtung aus öffentlichen Mitteln, die der Universität zufließen. Maßgeblich für die Frage der Herstellung einer „Verbundenheit" ist dabei, daß die Einrichtung durch einen öffentlichen Auftraggeber eine Unterstützungsleistung erhält, die darüber hinaus ohne vertragliche Gegenleistung erfolgt. Mithin fällt eine Leistung im Sinne der Frage 1 d) unter den Begriff der öffentlichen Finanzierung.

50. Davon auszunehmen sind selbstverständlich Hörgelder, die die Studierenden aus privaten Mitteln selbst aufbringen, für die also kein öffentlicher Auftraggeber aufkommt. Ebenso können solche Mittel nicht unter den Begriff fallen, die von ausländischen Stellen als Stipendien oder andere Unterstützungsleistungen für die Studierenden gezahlt werden.

3. *Zur zweiten Frage*

51. Mit der zweiten Frage will das vorlegende Gericht wissen, wie der Ausdruck „überwiegend" in Artikel 1 der Richtlinien zu verstehen ist.

a) Vorbringen der Beteiligten

52. Die *Klägerin* hält in Anbetracht ihrer zur ersten Frage eingenommenen Haltung eine Beantwortung der zweiten Frage nicht für erforderlich. Nur hilfsweise trägt sie vor, der Begriff „überwiegend" dürfe nicht rein quantitativ, sondern müsse qualitativ ausgelegt werden in dem Sinne, daß nur Leistungen berücksichtigt werden könnten, die dem Zahlenden die Kontrolle über die Vergabe von Aufträgen geben. Jedenfalls könne es sich, was das quantitative Element betrifft, nicht um ein rein mathematisches Überwiegen handeln, sondern es müsse ein Dominieren dieser Mittel sein, was nach Ansicht der Klägerin nur bei mindestens drei Viertel der Gesamtfinanzierung der Fall ist.

53. Die *niederländische Regierung*, die *österreichische Regierung* und die des *Vereinigten Königreichs* sowie die *Kommission* sind hingegen der Auffassung, „überwiegend" müsse gemäß dem natürlichen Wortsinn als „mehr als 50 %" verstanden werden. Dem hat sich die französische Regierung in ihrem mündlichen Vortrag angeschlossen.

54. Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* meint hierzu, wenn die Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber 50 % überschreite, sei die Kontrolle über die

Verwendung der erlangten Mittel durch die finanzierende Einrichtung auch gerechtfertigt. Die gleiche Wertung sei auch in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 vorgenommen worden, nachdem die Richtlinie auch für einen öffentlichen Auftraggeber gelten soll, der über 50 % eines nicht von ihm vergebenen Auftrags subventioniert.

55. Nach Auffassung der *niederländischen Regierung* ergibt sich dies schon aus systematischen Gründen, da auch in einem weiteren Fall im Rahmen von Artikel 1 Buchstabe b dritter Spiegelstrich der Richtlinien die Mehrheit ausschlaggebend sei: Bei einer mehrheitlichen Mitgliederbesetzung des Leitungs-, Verwaltungs- oder Aufsichtsrats, werde von einer Verbundenheit ausgegangen. Außerdem könne die Wertung der Definition des öffentlichen Unternehmens in Artikel 1 Nummer 2 der Richtlinie 93/38/EWG [28] sowie der Definition des verbundenen Unternehmens in Artikel 3 Absatz 4 dritter Unterabsatz der Richtlinie 93/37 [29] und in Artikel 1 Nummer 3 der Richtlinie 93/38 [30] zum Vergleich herangezogen werden, bei denen jeweils das Kriterium „mehr als die Hälfte" ausschlaggebend sei.

56. Die *Kommission* meint, die Festlegung auf über 50 % ermögliche eine einfache Berechnung und folge auch logisch aus der Tatsache, daß die Berechnung nur auf zwei Elementen gründe, der Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber und der übrigen Quellen.

b) Stellungnahme

57. Der Wortsinn des Begriffes „überwiegend" legt nahe, diesen als ein mengenmäßiges „Mehr", also als „über die Hälfte" oder „mehr als 50 %" auszulegen. Selbst wenn man den Wortlaut diesbezüg-

28 — Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84). Die Bestimmung lautet auszugsweise:
„Im Sinne dieser Richtlinien sind: (...)
2. *öffentliches Unternehmen:* jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden (...) 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
— über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügen oder
— mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können; (...)"

29 — Die Bestimmung lautet: „Ein verbundenes Unternehmen ist ein Unternehmen, auf das der Konzessionär unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann (...). Ein beherrschender Einfluß wird vermutet, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar
— die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder
— über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder
— mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder auf Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann."

30 — Die Bestimmung lautet auszugsweise: „Im Sinne dieser Richtlinie sind: (...)
3. *verbundenes Unternehmen:* (...) diejenigen, auf die der Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß im Sinne der Nummer 2 ausüben kann (...)."

lich nicht für eindeutig halten sollte, so wäre eine Interpretation im Sinne der Klägerin, beispielsweise auf Mittel einer bestimmten Qualität, nicht vom Zweck der Vorschrift gedeckt. Es ist zu bedenken, daß eine enge Verbundenheit mit der entsprechenden Möglichkeit der Einflußnahme in besonderen Fällen sogar schon bei einem Finanzierungsanteil von unter 50 % entstehen könnte, wenn dieser als Einzelbetrag einer ganzen Anzahl kleinerer Beträge entgegenstünde. Eine qualitative Einstellung ist deshalb wegen vieler Unwegbarkeiten zur Bestimmung des Begriffes „überwiegend" nicht geeignet. Die Möglichkeit soll jedoch hier dahinstehen, da es vorliegend allein um die Auslegung des Begriffes „überwiegend" geht. Für diesen ist eine praktikable Auslegung zu finden, der dem Zweck der Vorschrift gerecht wird.

58. Im übrigen kann auch die Wertung des Artikels 1 Nummer 2 der Richtlinie 93/38 herangezogen werden, in der der Begriff des „öffentlichen Unternehmens" u. a. als Unternehmen definiert wird, bei dem der Staat unmittelbar oder mittelbar mindestens die Hälfte des Kapitals besitzt. [31] Wenn diese quantitative Wertung ein Unternehmen zum öffentlichen Unternehmen macht, so muß dies erst recht für eine Einrichtung des öffentlichen Rechts gelten, wenn es um die Frage geht, unter welchen Voraussetzungen die öffentliche Finanzierung „überwiegt".

31 — Siehe Fußnote 28.

4. *Zur dritten Frage*

59. Der Problemkreis, welche Leistungen unter den Begriff der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber fallen, ist bereits im Rahmen der ersten Frage behandelt worden. Die dritte Frage des vorlegenden Gerichts, auf welche Mittel sich die Berechnung beziehen soll, darf daher nicht nur dahin gehend verstanden werden, welche Mittel bei der Berechnung der öffentlichen Finanzierung zu berücksichtigen sind, sondern als Frage nach der gesamten Berechnungsgrundlage. Es geht also darum, die Gesamteinnahmen zu definieren, von denen die Mittel aus öffentlicher Finanzierung einen „überwiegenden" Anteil ausmachen müssen.

a) Vorbringen der Beteiligten

60. Die Klägerin und die Regierung des Vereinigten Königreichs wollen die Gesamtheit der Einkünfte in die Berechnung einfließen lassen. Dem hat sich die französische Regierung in der mündlichen Verhandlung angeschlossen.

b) Stellungnahme

61. Indem in Artikel 1 Buchstabe b dritter Gedankenstrich von einer „überwiegenden" Finanzierung aus öffentlichen Mitteln die Rede ist, wird impliziert, daß eine Einrichtung sich auch aus anderen Mitteln, jedenfalls teilweise, finanzieren kann, ohne ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu verlieren. Um zu einer authentischen Einschätzung des Anteils der öffentlichen Finanzierung bei der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung der Einrichtung zu gelangen, sollten alle finanziellen Mittel bei der Bewertung der Einkünfte Berücksichtigung finden. Daher muß zur Berechnung der hundertprozentigen Gesamteinnahmen, von denen die „über 50 %" öffentlichen Finanzierungen zu ermitteln sind, jeder der Einrichtung zufließende Vermögenswert berücksichtigt werden.

5. Zur vierten Frage

62. Da die Finanzierung der Universitäten von Jahr zu Jahr variieren kann, möchte das vorlegende Gericht mit der vierten Frage wissen, welcher Zeitraum für die Einstufung einer Einrichtung als solche des öffentlichen Rechts zugrunde gelegt werden soll und wie vorhersehbare oder künftige Änderungen der Mittelzuflüsse berücksichtigt werden sollen.

a) Vorbringen der Beteiligten

63. Die *Klägerin* führt hierzu aus, es sei auf den Zeitpunkt der Auftragsvergabe abzustellen.

64. Gemäß der *Regierung des Vereinigten Königreichs* habe die Berechnung aus praktischen Gründen a priori zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe zu erfolgen. Sie weist auf die Möglichkeit des Ergreifens vorläufiger Maßnahmen im Rahmen der Richtlinie 89/665/EWG [32] hin, die leerliefen, wenn man den Status einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erst im Nachhinein ermittele. Dabei könne, so die Regierung in der mündlichen Verhandlung, eine jährliche Betrachtungsweise zugrunde gelegt werden. Einrichtungen, die einen Auftrag vergeben möchten, müßten die Situation mit den ihnen zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen beurteilen können, die auch frühere Berechnungsgrundlagen sowie eine vernünftige Prognose hinsichtlich der Vertragsdauer und die bereits investierten Mittel umfasse. Das Element der Prognose finde sich in den drei Richtlinien wieder.

32 — Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33), vgl. zu vorläufigen Maßnahmen Artikel 2 c Absatz 4 der Richtlinie.

65. Die *österreichische Regierung* vertritt die Auffassung, die Beurteilung müsse in fest bestimmten Zeiträumen erfolgen, und regt eine jährliche Betrachtungsweise an, da öffentliche Auftraggeber ihre Haushalte jährlich erstellten. Dabei könne an das Kalender-, das Finanz- oder das Haushaltsjahr angeknüpft werden. Im übrigen sei dies angemessen, da auch in anderen Fällen eine jährliche Betrachtungsweise gelte (Artikel 7 Absatz 6 und die Bekanntmachungsvorschriften in Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 92/50).

66. Die *Kommission* ist der Auffassung, aus Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 und Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 ergebe sich, daß ein öffentlicher Auftraggeber seinen Status während 12 Monaten behalte.[33] Die Beurteilung als öffentlicher Auftraggeber könne sich daher von einem Haushaltsjahr zum anderen verändern. Sie schlägt demzufolge vor, die Berechnung jährlich auf die zu erwartenden Finanzierungsquellen im kommenden Haushaltsjahr zu gründen.

33 — Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 lautet auszugsweise:
„Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen so bald wie möglich nach Beginn ihres jeweiligen Haushaltsjahres eine nicht verbindliche (...) Bekanntmachung über alle Beschaffungen, die sie in den nächsten zwölf Monaten durchzuführen beabsichtigen (...)."
Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 lautet auszugsweise:
„Die Auftraggeber veröffentlichen so bald wie möglich nach Beginn ihres jeweiligen Haushaltsjahres eine nichtverbindliche Bekanntmachung über den vorgesehenen Gesamtwert der Aufträge (...), die in den nächsten zwölf Monaten vergeben werden sollen (...)."

67. Die *niederländische Regierung* hingegen meint, daß die Evaluierung auf struktureller Ebene erfolgen sollte, da jede andere Berechnungsgrundlage mit dem Prinzip der Rechtssicherheit unvereinbar sei.

68. Dem schließt sich die *französische Regierung* in ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung an. Die Anwendungsschwierigkeiten und erheblichen Unsicherheiten, die insbesondere im Fall eines länger andauernden Verfahrens zur Auftragsvergabe enstehen könnten, seien nur durch eine strukturelle Berechnungsgrundlage zu überwinden. Andernfalls könne die Qualität der Einrichtung schon wegen lediglich zeitweiliger und kurzfristiger Finanzierungsänderungen im Laufe des Verfahrens variieren.

b) Stellungnahme

69. Die Geltung des dem Gemeinschaftsrecht innewohnenden allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit hat der Gerichtshof im Urteil Mannesmann[34] im Hinblick auf die Bestimmung der Art der Finanzierung bestätigt. Dieser Grundsatz verlangt, daß eine Rechtsbestimmung klar und ihre Anwendung für alle Betroffenen

34 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 34.

vorhersehbar zu sein hat[35]. Demzufolge muß die Verwendung objektiver und transparenter Kriterien für die Einstufung einer Einrichtung als eine solche des öffentlichen Rechts entscheidend sein.

70. Eine Einstufung anhand struktureller Elemente hätte zwar den Vorteil der Rechtssicherheit und Klarheit; sie würde aber den gegebenenfalls tatsächlich vorhandenen Schwankungen der Beträge bzw. künftigen Änderungen nicht gerecht. Einmalige öffentliche Leistungen z. B. für Bauvorhaben würden dann entgegen dem Sinn der Richtlinie außer Betracht bleiben.

71. Auch der Zeitpunkt der Auftragsvergabe als Zeitpunkt der Einstufung der Einrichtung spiegelt nicht unbedingt die längerfristige und damit tatsächliche Finanzierung wider. Hierdurch würden sich zudem Möglichkeiten der Manipulation eröffnen.

72. Bei einer jährlichen Neubewertung der Einrichtung dagegen könnte die aus Gründen der Rechtssicherheit gebotene Vorhersehbarkeit in Frage gestellt sein, denn ihre Eigenschaft könnte sich von Jahr zu Jahr ändern, je nachdem, aus welchen Quellen sie ihre Mittel bezieht.

73. Andererseits muß aber die Grundlage für die im vorigen angegebenen Berechnungen bestimmt, richtig und transparent sein. Deshalb dürfte es sinnvoll sein, doch ein Jahr zugrunde zu legen, allerdings nicht ein vergangenes Jahr, berechnet ab dem Zeitpunkt der Auftragsvergabe, sondern das jeweilige Haushaltsjahr, in dem der Auftrag vergeben wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Bieterschutz müßte diese Betrachtungsweise jedoch insofern erweitert werden, als im Laufe eines Verfahrens der Auftragsvergabe die Einrichtung bis zur vollständigen Abwicklung des Auftrags die Eigenschaft behält, die sie zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe hatte, selbst wenn sich dieser Auftrag über einen längeren Zeitraum als ein Haushaltsjahr erstreckt, in dessen Verlauf sich die Finanzierung der Einrichtung ändern sollte.

74. Nur bei bereits eingetretenen wesentlichen Änderungen der Finanzierung bzw. vorhersehbaren künftigen Änderungen ist während eines Haushaltsjahres — auch um Manipulationen auszuschalten — gegebenenfalls eine Neubewertung der Finanzierung zum Zweck der Qualifizierung der Einrichtung vorzunehmen.

35 — Vgl. hierzu auch Urteile vom 13. Februar 1996 in der Rechtssache C-143/93 (Van Es Douane Agenten, Slg. 1996, I-431, Randnr. 27); vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-202/97 (Fitzwilliam, Randnr. 54, Slg. 2000, I-883) und vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99 (Scientology, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 22).

VI — Ergebnis

75. Aufgrund der vorangegangenen Überlegungen schlage ich folgende Beantwortung der Vorlagefragen vor:

1. Unter den Ausdruck „von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern finanziert" in Artikel 1 der Richtlinien 92/50/EWG, 93/37/EWG und 93/36/EWG des Rates fallen grundsätzlich alle vermögenswerten Leistungen, die vom Staat, einer Gebietskörperschaft oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts an eine Einrichtung gezahlt werden, die eine finanzielle Unterstützung der Einrichtung zum Ziel haben. Zahlungen, die ein öffentlicher Auftraggeber als Gegenleistung für eine von der Einrichtung unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt angebotene Leistung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages erbringt, sind keine öffentliche Finanzierung im Sinne der Richtlinien.

   a) Fördermittel, die ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber zur Unterstützung der Forschung gewähren, fallen unter den Begriff der „Finanzierung durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber".

   b) Zahlungen, die im Rahmen eines konkreten Dienstleistungsvertrags von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern als Gegenleistung für Dienstleistungen sowohl für Forschungstätigkeiten als auch

c) für andere Dienstleistungen, wie z. B. Beratung oder die Veranstaltung von Konferenzen gewährt werden, sind von dem Begriff der „Finanzierung durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber" ausgenommen.

d) Hörgelder, die inländischen Erziehungsbehörden den Universitäten im Hinblick auf die Ausbildung namentlich benannter Studenten gewähren, fallen unter den Begriff der „Finanzierung durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber".

2. Der Ausdruck „überwiegend" bedeutet „mehr als 50 %".

3. Grundlage zur anteilmäßigen Berechnung der „überwiegenden" Finanzierung ist die Gesamtheit aller der Einrichtung zufließenden Mittel.

4. Für die Qualifizierung einer Einrichtung als eine solche des öffentlichen Rechts ist das Haushaltsjahr der Auftragsvergabe zugrunde zu legen. Bei wesentlichen Änderungen in der Finanzierungsweise der Einrichtung während des Haushaltsjahres ist eine Neubewertung vorzunehmen.