URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

10. April 2008 *

In der Rechtssache C-393/06

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österreich) mit Entscheidung vom 17. August 2006, beim Gerichtshof eingegangen am 22. September 2006, in dem Verfahren

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

gegen

Fernwärme Wien GmbH

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten K. Lenaerts sowie der Richter G. Arestis, E. Juhász (Berichterstatter), J. Malenovský und T. von Danwitz,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2007,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte S. Sieghartsleitner und M. Pichlmair,

— der Fernwärme Wien GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt P. Madl,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann und C. Mayr als Bevollmächtigte,

— der ungarischen Regierung, vertreten durch J. Fazekas als Bevollmächtigte,

— der finnischen Regierung, vertreten durch A. Guimaraes-Purokoski als Bevollmächtigte,

— der schwedischen Regierung, vertreten durch A. Falk als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt M. Núñez-Müller,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 22. November 2007

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1) und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (im Folgenden: Ing. Aigner) und der Fernwärme Wien GmbH (im Folgenden: Fernwärme Wien) über die Rechtmäßigkeit eines von Letzterer eingeleiteten Vergabeverfahrens.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Die Richtlinie 2004/17 sieht in besonderen Sektoren, und zwar denen der Wasser-, der Energie- und der Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, eine Koordinierung der Vergabeverfahren vor. Sie ist an die Stelle der mit ihr aufgehobenen 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) getreten, die denselben Gegenstand betraf.

4 Die Besonderheit der von der Richtlinie 2004/17 erfassten Sektoren wird im dritten Erwägungsgrund der Richtlinie hervorgehoben, wonach eine Koordinierung in diesen Sektoren wegen der Abschottung der Märkte, in denen die betreffenden Auftraggeber tätig sind, notwendig ist und diese Abschottung darauf zurückzuführen ist, dass die Mitgliedstaaten für die Versorgung, die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen, mit denen die betreffenden Dienstleistungen erbracht werden, besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.

5 Nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 bezeichnet der Ausdruck „öffentlicher Auftraggeber“ u. a. die „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“, und zwar

„… jede Einrichtung, die

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

— Rechtspersönlichkeit besitzt und

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

6 Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 lautet:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

…

b) ‚öffentliches Unternehmen' jedes Unternehmen, auf das der Auftraggeber aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann."

7 Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

a) öffentliche Auftraggeber oder öffentliche Unternehmen sind und eine Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 ausüben, oder,

b) wenn sie keine öffentlichen Auftraggeber oder keine öffentlichen Unternehmen sind, eine Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 oder mehrere dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden."

8 In den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17 sind die Tätigkeitsbereiche genannt, die unter die Richtlinie fallen. Es handelt sich um die Sektoren Gas, Wärme und Elektrizität (Art. 3), Wasser (Art. 4), Verkehrsleistungen (Art. 5), Postdienste (Art. 6), Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen sowie Häfen und Flughäfen (Art. 7).

9 Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie sieht vor:

„Im Bereich von Gas und Wärme fallen unter diese Richtlinie:

a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme,

b) die Einspeisung von Gas oder Wärme in diese Netze."

10 Art. 9 der Richtlinie lautet:

„(1) Für einen Auftrag zur Durchführung mehrerer Tätigkeiten gelten die Vorschriften für die Tätigkeit, die den Hauptgegenstand darstellt.

Die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrags und der Vergabe mehrerer getrennter Aufträge darf jedoch nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie oder gegebenenfalls der Richtlinie 2004/18/EG zu umgehen.

(2) Unterliegt eine der Tätigkeiten, die der Auftrag umfasst, der vorliegenden Richtlinie, die andere Tätigkeit jedoch der genannten Richtlinie 2004/18/EG und ist es objektiv nicht möglich, festzustellen, welche Tätigkeit den Hauptgegenstand des Auftrags darstellt, so ist der Auftrag gemäß den Bestimmungen der genannten Richtlinie 2004/18/EG zu vergeben.

…“

11 Art. 20 Abs. 1. der Richtlinie („Aufträge, die zu anderen Zwecken als der Durchführung einer unter die Richtlinie fallenden Tätigkeit oder zur Durchführung einer unter die Richtlinie fallenden Tätigkeit in einem Drittland vergeben werden“) bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt nicht für Aufträge, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als der Durchführung ihrer in den Artikeln 3 bis 7 beschriebenen Tätigkeiten oder zur Durchführung derartiger Tätigkeiten in einem Drittland in einer Weise vergeben, die nicht mit der physischen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Gemeinschaft verbunden ist.“

12 Schließlich bestimmt Art. 30 der Richtlinie 2004/17 („Verfahren zur Feststellung, ob eine bestimmte Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist“):

„(1) Aufträge, die die Ausübung einer Tätigkeit im Sinne der Artikel 3 bis 7 ermöglichen sollen, fallen nicht unter diese Richtlinie, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

(2) Ob eine Tätigkeit im Sinne von Absatz 1 unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wird nach Kriterien festgestellt, die mit den Wettbewerbsbestimmungen des Vertrags in Einklang stehen, wie den Merkmalen der betreffenden Waren und Dienstleistungen, dem Vorhandensein alternativer Waren und Dienstleistungen, den Preisen und dem tatsächlichen oder möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter der betreffenden Waren und Dienstleistungen.

…“

13 In Titel II Kapitel II Abschnitt 3 der Richtlinie 2004/18 sind die Aufträge genannt, die nicht unter diese Richtlinie fallen. Dazu gehören Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste. Art. 12, der diese Aufträge betrifft, sieht vor:

„Diese Richtlinie gilt [nicht] für öffentliche Aufträge im Bereich der Richtlinie 2004/17/EG, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß Artikel 3 bis 7 der genannten Richtlinie ausüben, und die der Durchführung dieser Tätigkeiten dienen …

…“

14 Die Umsetzung des dargestellten Gemeinschaftsrechts in österreichisches Recht erfolgte durch das Bundesvergabegesetz 2006.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

15 Fernwärme Wien wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 22. Januar 1969 gegründet, um Wohnungen, öffentliche Einrichtungen, Büros und Unternehmen im Bereich der Stadt Wien mit Fernwärme zu versorgen. Dazu nutzt sie Energie aus der Abfallentsorgung anstelle von Energie aus nicht erneuerbaren Energiequellen.

16 Fernwärme Wien, die Rechtspersönlichkeit besitzt, steht zu 100 % im Eigentum der Stadt Wien, die die Geschäftsführer der Gesellschaft und die Mitglieder ihres Aufsichtsrats bestellt und abberuft und sie entlastet. Außerdem ist die Gemeinde über das Kontrollamt der Stadt Wien berechtigt, die wirtschaftliche und finanzielle Gebarung des Unternehmens zu prüfen.

17 Neben der Versorgung mit Fernwärme befasst sich Fernwärme Wien auch mit der Generalplanung von Kälteanlagen für größere Immobilienprojekte. Im Rahmen dieser Tätigkeit steht sie mit anderen Unternehmen im Wettbewerb.

18 Fernwärme Wien schrieb am 1. März 2006 die Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt eines Büro- und Geschäftszentrums in Wien aus und hielt in der Ausschreibung fest, dass das österreichische Vergaberecht auf den gegenständlichen Vergabevorgang keine Anwendung finde. Ing. Aigner beteiligte sich an diesem Verfahren mit einem Angebot. Nachdem ihr am 18. Mai 2006 mitgeteilt worden war, dass ihr Angebot aufgrund von Negativreferenzen nicht weiter verhandelt werde, focht sie diese Entscheidung beim vorlegenden Gericht an und machte geltend, dass die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen anzuwenden seien.

19 Das vorlegende Gericht bemerkt, dass die Tätigkeiten von Fernwärme Wien hinsichtlich des Betreibens eines festen Fernwärmenetzes unzweifelhaft in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fielen. Im Gegensatz dazu fielen ihre Tätigkeiten in Bezug auf Kälteanlagen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Das Gericht stellt sich daher die Frage, ob diese Tätigkeiten nicht bei entsprechender Heranziehung der Grundsätze, die im Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. (C-44/96, Slg. 1998, I-73, insbesondere Randnrn. 25 und 26), entwickelt wurden und in der Lehre gemeinhin als „Infektionstheorie" bezeichnet werden, doch unter die Richtlinie fallen. Das vorlegende Gericht versteht dieses Urteil so, dass dann, wenn eine der Tätigkeiten einer Einrichtung in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt, alle ihre anderen Tätigkeiten unabhängig davon, ob sie gewerblicher Art sind oder nicht, ebenfalls den einschlägigen Richtlinien unterliegen.

20 Für den Fall, dass das Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. nur auf öffentliche Auftraggeber und speziell den Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts" in dem Sinne abzielen sollte, dass eine Einrichtung, wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt, als „Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne des Gemeinschaftsrechts unabhängig davon zu sehen ist, ob sie daneben andere Tätigkeiten gewerblicher Art ausübt, stellt sich das vorlegende Gericht die Frage, ob Fernwärme Wien eine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist, d. h. ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinien 2004/17 oder 2004/18.

21 Schließlich stellt sich das vorlegende Gericht die Frage, ob es dann, wenn eine Einrichtung neben Tätigkeiten nicht gewerblicher Art Tätigkeiten ausübt, die dem Wettbewerb unterliegen, möglich ist, diese Tätigkeiten zu unterscheiden und die Letztgenannten nicht in den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen einzubeziehen, wenn nachgewiesen werden kann, dass die beiden Arten von Tätigkeiten getrennt sind und somit keine wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen ihnen bestehen. Das vorlegende Gericht bezieht sich dabei auf Nr. 68 der Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 21. April 2005 in der

mit Beschluss vom 23. März 2006 wegen der Rücknahme des Vorabentscheidungsersuchens gestrichenen Rechtssache Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), wo vorgeschlagen wird, den Grundsatz des Urteils Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. in diesem Sinne abzuschwächen.

22 Aufgrund dieser Erwägungen hat der Vergabekontrollsenat des Landes Wien das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Richtlinie 2004/17/EG so auszulegen, dass ein Auftraggeber, der eine Sektorentätigkeit im Sinne des Art. 3 dieser Richtlinie ausübt, auch hinsichtlich einer daneben im Rahmen des Wettbewerbs ausgeübten Tätigkeit in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt?

2. Für den Fall, dass dies nur für öffentliche Auftraggeber gelten sollte: Ist ein Unternehmen wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18/EG zu qualifizieren, wenn sie die Fernwärmeversorgung in einem bestimmten Gebiet ohne echte Konkurrenz ausübt, oder ist auf den Markt für Raumwärme, der auch Energieträger wie Gas, Öl, Kohle, etc., umfasst, abzustellen?

3. Ist eine im Wettbewerb ausgeübte Tätigkeit durch eine Gesellschaft, die auch nicht gewerblich tätig ist, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18 einzubeziehen, wenn durch wirksame Vorkehrungen wie bilanzmäßig und buchhalterisch getrennte Rechnungskreise eine Querfinanzierung der im Wettbewerb ausgeübten Tätigkeiten ausgeschlossen werden kann?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

23 Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17, der Tätigkeiten ausübt, die unter einen der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren fallen, das in der Richtlinie vorgesehene Verfahren für die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit Tätigkeiten anwenden muss, die er daneben unter Wettbewerbsbedingungen in Sektoren ausübt, die nicht von den genannten Bestimmungen erfasst werden.

24 Im Rahmen der Beantwortung dieser Frage ist festzustellen, dass sich die Richtlinien 2004/17 und 2004/18 sowohl bezüglich der von ihren Bestimmungen betroffenen Einrichtungen als auch hinsichtlich ihres Wesens und ihres Anwendungsbereichs erheblich unterscheiden.

25 Was erstens die Einrichtungen angeht, auf die die Regelungen dieser Richtlinien anwendbar sind, werden im Gegensatz zur Richtlinie 2004/18, die nach ihrem Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 1 für „öffentliche Auftraggeber“ gilt, die von der Richtlinie 2004/17 erfassten Einrichtungen in Art. 2 dieser Richtlinie als „Auftraggeber“ bezeichnet. Nach ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b gilt die Richtlinie 2004/17 nicht nur für Auftraggeber, die öffentliche Auftraggeber sind, sondern auch für solche, die „öffentliche Unternehmen“ oder Unternehmen sind, die „auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten [handeln], die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden“, sofern alle diese Einrichtungen eine Tätigkeit im Sinne der Art. 3 bis 7 der Richtlinie ausüben.

26 Zweitens ergibt sich aus den Art. 2 bis 7 der Richtlinie 2004/17, dass sich die durch diese Richtlinie geschaffene Koordinierung nicht auf alle Bereiche wirtschaftlicher Tätigkeiten erstreckt, sondern speziell festgelegte Sektoren betrifft, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass diese Richtlinie gemeinhin „Sektorenrichtlinie" genannt wird. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 umfasst dagegen nahezu alle Sektoren des wirtschaftlichen Lebens, was ihre übliche Bezeichnung als „allgemeine Richtlinie" rechtfertigt.

27 Vor diesem Hintergrund ist bereits festzustellen, dass die allgemeine Geltung der Richtlinie 2004/18 und die eingeschränkte Geltung der Richtlinie 2004/17 eine enge Auslegung der Bestimmungen der letztgenannten Richtlinie erforderlich machen.

28 Die Grenzen zwischen den Anwendungsbereichen dieser beiden Richtlinien werden auch durch ausdrückliche Bestimmungen gezogen. So gilt die Richtlinie 2004/17 nach ihrem Art. 20 Abs. 1 nicht für Aufträge, die die Auftraggeber zu anderen Zwecken als der Durchführung der Tätigkeiten vergeben, die sie in den in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie beschriebenen Sektoren ausüben. Das Pendant dieser Bestimmung in der Richtlinie 2004/18 ist Art. 12 Abs. 1, wonach diese Richtlinie nur für diejenigen öffentlichen Aufträge nicht gilt, die von öffentlichen Auftraggebern, die eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17 ausüben, vergeben werden und die der Durchführung dieser Tätigkeiten dienen.

29 Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 ist somit eng begrenzt, was ausschließt, dass die dort festgelegten Verfahren über diesen Anwendungsbereich hinaus erstreckt werden.

30 Die genannten Bestimmungen lassen folglich keinen Raum dafür, im Rahmen der Richtlinie 2004/17 den als „Infektionstheorie" bezeichneten Ansatz anzuwenden, der

in der Folge des Urteils Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. entwickelt wurde. Dieses Urteil wurde vom Gerichtshof im Rahmen der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) erlassen, d. h. in einem Bereich, der gegenwärtig in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt.

31 Wie u. a. die österreichische, die ungarische und die finnische Regierung sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zutreffend bemerken, fallen deshalb nur solche Aufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17, die eine Einrichtung, die die Eigenschaft des „Auftraggebers" im Sinne dieser Richtlinie besitzt, im Zusammenhang mit und zum Zweck der Durchführung von Tätigkeiten in den in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren vergibt.

32 Diese Schlussfolgerung ergibt sich im Übrigen auch aus dem Urteil vom 16. Juni 2005, Strabag und Kostmann (C-462/03 und C-463/03, Slg. 2005, I-5397, Randnr. 37). In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass für einen Auftrag, der nicht unter die Ausübung einer der in der Sektorenrichtlinie geregelten Tätigkeiten fällt, die Bestimmungen gelten, die jeweils in den Richtlinien über die Vergabe von Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferaufträgen vorgesehen sind.

33 Demnach ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass ein Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17 das in dieser Richtlinie vorgesehene Verfahren nur für die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit Tätigkeiten anwenden muss, die er in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren ausübt.

Zur zweiten Frage

34 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine Einrichtung wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18 zu qualifizieren ist.

35 Wie aus Randnr. 5 des vorliegenden Urteils hervorgeht, wird der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 gleich definiert.

36 Nach diesen Bestimmungen bezeichnet der Ausdruck „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ jede Einrichtung, die erstens zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, zweitens Rechtspersönlichkeit besitzt und drittens überwiegend vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder hinsichtlich ihrer Leistung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen diese drei Tatbestandsmerkmale gleichzeitig vorliegen (Urteil vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich, C-237/99, Slg. 2001, I-939, Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

37 Da der Zweck der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge u. a. darin besteht, die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, ist der Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ überdies funktionell zu verstehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2007, Bayerischer Rundfunk u. a., C-337/06, Slg. 2007, I-11173, Randnrn. 36 und 37 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

38 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die letzten beiden Kriterien der in Randnr. 36 des vorliegenden Urteils dargestellten Regelung erfüllt sind, da Fernwärme Wien Rechtspersönlichkeit besitzt und da die Stadt Wien das gesamte Kapital dieser Einrichtung hält und deren wirtschaftliche und finanzielle Gebarung prüft. Zu prüfen bleibt somit, ob diese Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

39 Erstens ist zu dem mit der Gründung der fraglichen Einrichtung verfolgten Ziel und der Art der erfüllten Aufgaben festzustellen, dass Fernwärme Wien nach den beim Gerichtshof eingereichten Akten zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme zu versorgen. In der Sitzung vor dem Gerichtshof ist vorgetragen worden, dass dieses Heizsystem gegenwärtig ungefähr 250 000 Wohnungen, zahlreiche Büros und gewerbliche Anlagen sowie praktisch alle öffentlichen Gebäude versorgt. Die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens zu sichern, ist ein Ziel, das unzweifelhaft im Allgemeininteresse liegt. Es lässt sich daher nicht bestreiten, dass Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.

40 Dabei ist unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können. Entscheidend ist, dass es sich um Aufgaben handelt, die der Staat oder eine Gebietskörperschaft aus Gründen des Allgemeininteresses im Allgemeinen selbst erfüllen oder bei denen er oder sie einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. November 1998, BFI Holding, C-360/96, Slg. 1998, I-6821, Randnrn. 44, 47, 51 und 53, sowie vom 10. Mai 2001, Agorà und Excelsior, C-223/99 und C-260/99, Slg. 2001, I-3605, Randnrn. 37, 38 und 41).

41 Zweitens sind zur Klärung der Frage, ob die Aufgaben, die von der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Einrichtung erfüllt werden, nichtgewerblicher Art sind, alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wie etwa die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt (vgl. Urteil vom 22. Mai 2003, Korhonen u. a., C-18/01, Slg. 2003, I-5321, Randnrn. 48 und 49 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

42 Wie in Randnr. 39 des vorliegenden Urteils erläutert, wurde Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet, den Bereich der Stadt Wien mit Wärme zu

versorgen. Es steht fest, dass die Gründung dieser Einrichtung nicht vorrangig zur Erzielung von Gewinnen erfolgte. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass diese Tätigkeit zu Gewinnen in Form von Dividendenzahlungen an die Anteilseigner der Einrichtung führen kann, doch ist Erzielung solcher Gewinne nicht der Hauptzweck der Einrichtung (vgl. in diesem Sinne Urteil Korhonen u. a., Randnr. 54).

43 Was sodann das relevante wirtschaftliche Umfeld oder, anders ausgedrückt, den Referenzmarkt angeht, der zu berücksichtigen ist, um festzustellen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausübt, ist entsprechend dem Vorschlag des Generalanwalts in den Nrn. 53 und 54 seiner Schlussanträge angesichts der funktionellen Auslegung des Begriffs der „Einrichtung des öffentlichen Rechts" auf den Sektor abzustellen, für den Fernwärme Wien gegründet wurde, d. h. den Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung.

44 Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass Fernwärme Wien in diesem Sektor quasi ein Monopol hat, da die beiden anderen Gesellschaften, die dort tätig sind, sehr klein sind und daher keine echte Konkurrenz darstellen können. Außerdem verfügt dieser Sektor über beträchtliche Autonomie, denn das Fernwärmesystem ließe sich nur schlecht durch andere Energien ersetzen, weil dies umfangreiche Umwandlungsarbeiten voraussetzen würde. Schließlich misst die Stadt Wien diesem Heizsystem auch aus Umwelterwägungen erhebliche Bedeutung bei. In Anbetracht des Drucks der öffentlichen Meinung würde sie deshalb die Abschaffung dieses Systems selbst dann nicht zulassen, wenn es mit Verlust arbeiten sollte.

45 Angesichts dieser verschiedenen Angaben des vorlegenden Gerichts erweist sich Fernwärme Wien, wie auch der Generalanwalt in Nr. 57 seiner Schlussanträge ausführt, gegenwärtig als das einzige Unternehmen, das in der Lage ist, derartige im Allgemeininteresse liegende Aufgaben im betreffenden Sektor zu erfüllen, so dass sie sich bei der Vergabe ihre Aufträge von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen könnte.

46 In den Urteilen BFI Holding (Randnr. 49) sowie Agorà und Excelsior (Randnr. 38) hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs darauf hinweisen kann, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt. Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen klar hervor, dass dieses Kriterium des Vorliegens eines entwickelten Wettbewerbs keineswegs erfüllt ist.

47 Zu ergänzen ist, dass dabei unbeachtlich ist, dass die betreffende Einrichtung nicht nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe hat, sondern — in Gewinnerzielungsabsicht — auch andere Tätigkeiten ausübt, solange sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich (vgl. in diesem Sinne Urteile Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Randnr. 25, vom 27. Februar 2003, Adolf Truley, C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 56, sowie Korhonen u. a., Randnrn. 57 und 58).

48 Demnach ist auf die zweite Frage zu antworten, dass eine Einrichtung wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 zu qualifizieren ist.

Zur dritten Frage

49 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob alle Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft einer Einrichtung des öffentlichen Rechts

im Sinne der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18 vergeben werden, den Bestimmungen der einen oder der anderen Richtlinie zu unterwerfen sind, obwohl aufgrund wirksamer Vorkehrungen eine klare Trennung zwischen den Tätigkeiten, die diese Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten möglich ist, die eine Querfinanzierung dieser beiden Arten von Tätigkeiten ausschließt.

50 Die Problematik, die dieser Frage zugrunde liegt, wurde vom Gerichtshof erstmals in der Rechtssache geprüft, in der das Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. ergangen ist, das die Auslegung der Richtlinie 93/37 über öffentliche Bauaufträge betrifft. Der Gerichtshof ist in Randnr. 35 des Urteils zu dem Schluss gelangt, dass alle Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers vergeben werden, unabhängig von ihrem Wesen den Bestimmungen dieser Richtlinie zu unterwerfen sind.

51 Der Gerichtshof hat diesen Standpunkt in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge in den Urteilen BFI Holding (Randnrn. 55 und 56) und Korhonen u. a. (Randnrn. 57 und 58) sowie in Bezug auf öffentliche Lieferaufträge im Urteil Adolf Truley (Randnr. 56) bestätigt. Dieser Ansatz lässt sich auch auf die Richtlinie 2004/18 anwenden, die eine Neufassung sämtlicher vorangegangener Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge darstellt, an deren Stelle sie getreten ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Bayerischer Rundfunk u. a., Randnr. 30).

52 Diese Feststellung hat auch für Einrichtungen mit einer Buchführung zu gelten, die auf eine klare interne Trennung zwischen den Tätigkeiten, die sie ausüben, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihnen unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten abzielt.

53 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 64 und 65 seiner Schlussanträge unterstreicht, lässt sich nämlich ernsthaft bezweifeln, dass es tatsächlich möglich ist, eine solche

Trennung zwischen den verschiedenen Tätigkeiten einer Einrichtung vorzunehmen, die eine einzige juristische Person bildet, eine einheitliche Vermögens- und Eigentumsordnung hat und deren Leitungs- und Verwaltungsentscheidungen einheitlich getroffen werden, ganz abgesehen von weiteren, praktischen Hindernissen im Zusammenhang mit der vorherigen oder nachträglichen Kontrolle der vollständigen Aufteilung der unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche der betreffenden Einrichtung und der Zugehörigkeit der fraglichen Tätigkeit zu dem einen oder dem anderen Bereich.

54 Folglich ist aus Gründen der Rechtssicherheit, der Transparenz und der Vorhersehbarkeit, die für die Durchführung sämtlicher Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, die in den Randnrn. 50 und 51 des vorlegenden Urteils dargestellte Rechtsprechung des Gerichtshofs heranzuziehen.

55 Wie sich aus Randnr. 49 des vorlegenden Urteils ergibt, bezieht sich die Frage des vorlegenden Gerichts allerdings sowohl auf die Richtlinie 2004/17 als auch auf die Richtlinie 2004/18.

56 Hierzu ist zu bemerken, dass im Rahmen der Prüfung der zweiten Vorlagefrage festgestellt wurde, dass eine Einrichtung wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 anzusehen ist. Außerdem ist der Gerichtshof bei der Prüfung der ersten Vorlagefrage zu dem Schluss gelangt, dass ein Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17 das in dieser Richtlinie vorgesehene Verfahren nur für die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit Tätigkeiten anwenden muss, die er in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren ausübt.

57 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs werden von der Richtlinie 2004/17 sowohl die Aufträge erfasst, die im Bereich einer der in den Art. 3 bis 7 dieser Richtlinie ausdrücklich genannten Tätigkeiten vergeben werden, als auch die Aufträge, die, obwohl sie anderer Art sind und damit als solche eigentlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fallen könnten, der Ausübung der in der Richtlinie

2004/17 bezeichneten Tätigkeiten dienen (vgl. in diesem Sinne Urteil Strabag und Kostmann, Randnrn. 41 und 42).

58 Verträge, die von einer Einrichtung wie Fernwärme Wien vergeben werden, fallen folglich unter die in der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Verfahren, soweit sie einen Zusammenhang mit einer Tätigkeit aufweisen, die die Einrichtung in den in den Art. 3 bis 7 dieser Richtlinie genannten Sektoren ausübt. Dagegen fallen alle übrigen Aufträge, die von einer solchen Einrichtung im Zusammenhang mit der Ausübung anderer Tätigkeiten vergeben werden, unter die Verfahren der Richtlinie 2004/18.

59 Auf die dritte Frage ist somit zu antworten, dass Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 vergeben werden und die Zusammenhänge mit der Ausübung von Tätigkeiten dieser Einrichtung in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17 genannten Sektoren aufweisen, den Verfahren dieser Richtlinie zu unterwerfen sind. Dagegen unterliegen alle übrigen Aufträge, die von dieser Einrichtung im Zusammenhang mit der Ausübung anderer Tätigkeiten vergeben werden, den Verfahren der Richtlinie 2004/18. Jede dieser beiden Richtlinien gilt, ohne dass zwischen den Tätigkeiten, die die Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten zu unterscheiden ist und selbst im Fall einer Buchführung, die auf Trennung der Tätigkeitsbereiche dieser Einrichtung abzielt, um Querfinanzierungen der betreffenden Sektoren zu vermeiden.

Kosten

60 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. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Ein Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste muss das in dieser Richtlinie vorgesehene Verfahren nur für die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit Tätigkeiten anwenden, die er in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren ausübt.**

2. **Eine Einrichtung wie die Fernwärme Wien GmbH ist als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zu qualifizieren.**

3. **Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinien 2004/17 und 2004/18 vergeben werden und die Zusammenhänge mit der Ausübung von Tätigkeiten dieser Einrichtung in einem oder mehreren der in den Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17 genannten Sektoren aufweisen, sind den Verfahren dieser Richtlinie zu unterwerfen. Dagegen unterliegen alle übrigen Aufträge, die von dieser Einrichtung im Zusammenhang mit der Ausübung anderer Tätigkeiten vergeben werden, den Verfahren der Richtlinie 2004/18. Jede dieser beiden Richtlinien gilt, ohne dass zwischen den Tätigkeiten, die die Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten zu unterscheiden ist und selbst im Fall einer Buchführung, die auf Trennung der Tätigkeitsbereiche dieser Einrichtung abzielt, um Querfinanzierungen der betreffenden Sektoren zu vermeiden.**

Unterschriften