

BESCHLUSS DES GERICHTSHOFES (Zweite Kammer)
30. Mai 2002 *

In der Rechtssache C-358/00

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Oberlandesgericht
Düsseldorf (Deutschland) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Buchhändler-Vereinigung GmbH

gegen

Saur Verlag GmbH & Co. KG,

Die Deutsche Bibliothek

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 1
und 8 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koor-

* Verfahrenssprache: Deutsch.

dinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Abl. L 209, S. 1) in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (Abl. L 328, S. 1) geänderten Fassung

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Kammerpräsidentin N. Colneric sowie der Richter R. Schintgen und V. Skouris (Berichterstatter),

Generalanwältin: C. Stix-Hackl
Kanzler: R. Grass

nachdem das vorliegende Gericht davon unterrichtet worden ist, dass der Gerichtshof beabsichtigt, gemäß Artikel 104 § 3 seiner Verfahrensordnung durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden,

nachdem den in Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes bezeichneten Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist,

nach Anhörung des Generalanwalts,

folgenden

I - 4688

Beschluss

- 1 Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 2. August 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 27. September 2000, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Artikel 1 und 8 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) in der Fassung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- 2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit, den die Buchhändler-Vereinigung GmbH (nachstehend: Buchhändler-Vereinigung) gegen die Saur Verlag GmbH & Co. KG (nachstehend: Saur Verlag) und die Deutsche Bibliothek führt wegen der von letzterer beabsichtigten Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession über die Vervielfältigung und Verbreitung der Deutschen Nationalbibliographie in gedruckter Form und auf CD-ROM.

Gemeinschaftsrecht

- 3 Die achte Begründungserwägung der Richtlinie 92/50 lautet:

„Die Erbringung von Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienst-

leistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst.“

4 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

...“

5 Artikel 8 dieser Richtlinie lautet:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben.“

6 In Anhang IA der Richtlinie 92/50 ist in Kategorie 15 das „Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage“ angeführt.

Ausgangsrechtsstreit und Vorabentscheidungsfrage

- 7 Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass die Deutsche Bibliothek, eine rechtsfähige bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts, nach dem Gesetz über die Deutsche Bibliothek insbesondere die Aufgabe hat, die Deutsche Nationalbibliographie, d. h. ein bücherkundliches Verzeichnis des deutschsprachigen Schrifttums, zu erstellen, das jährlich fortgeschrieben wird. Außerdem ist sie verpflichtet, die von ihr zu erstellenden bibliographischen Verzeichnisse zu vervielfältigen und zu verkaufen.

- 8 Am 3. März 2000 schrieb die Deutsche Bibliothek in einem nicht offenen Verfahren einen Vertrag über die Vervielfältigung und Verbreitung der Deutschen Nationalbibliographie in gedruckter Form und auf CD-ROM aus. Der Text der Ausschreibung sieht zu den wesentlichen Vertragspflichten vor, dass die Deutsche Bibliothek die bibliographischen Verzeichnisse erstellt und dem ausgewählten Unternehmen, dem das ausschließliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung der Deutschen Nationalbibliographie eingeräumt wird, in gedruckter Form und auf CD-ROM zur Verfügung stellt. Dieses Unternehmen hat diese Bibliographie auf eigene Rechnung zu vervielfältigen und zu vertreiben und hat außerdem an die Deutsche Bibliothek für jedes verkaufte Exemplar eine Vergütung auf der Basis des Verlagserslöses zu zahlen. Die Deutsche Bibliothek behält hinsichtlich der Vervielfältigung und des Vertriebs Kontroll- und Mitspracherechte.

- 9 Die Deutsche Bibliothek bekundete ihre Absicht, den Auftrag an die Buchhändler-Vereinigung zu vergeben. Die Saur Verlag wandte sich dagegen mit einem Nachprüfungsantrag gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und rügte die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften.

- 10 Auf den Nachprüfungsantrag der Saur Verlag untersagte die 2. Vergabekammer des Bundes durch Beschluss vom 26. Mai 2000 der Deutschen Bibliothek, den

Zuschlag auf der Grundlage ihrer bisherigen Wertung an die Buchhändler-Vereinigung zu erteilen, und gab ihr auf, die Angebote der beiden Bieter unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer neu zu werten und die beiden Bieter spätestens zehn Arbeitstage vor der Erteilung des Zuschlags davon in Kenntnis zu setzen, wer den Auftrag erhalten soll.

- 11 Die Buchhändler-Vereinigung legte gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde ein und machte geltend, der Nachprüfungsantrag der Saur Verlag sei unzulässig, da der ausgeschriebene Auftrag nicht von den vergaberechtlichen Vorschriften erfasst werde, sondern eine Dienstleistungskonzession betreffe.

- 12 Das nationale Gericht führt in seinem Vorlagebeschluss aus, die Antwort auf die Frage, ob ein Verlagsvertrag der hier fraglichen Art zu den Beschaffungsverträgen im Sinne des deutschen Vergaberechts (§§ 97 bis 129 GWB) zähle, werde maßgebend davon bestimmt, ob ein solches Vertragsverhältnis in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle.

- 13 Bei dem fraglichen Vertrag handle es sich um eine öffentliche Dienstleistungskonzession. Das vorlegende Gericht begründet dies damit, dass nach diesem Vertrag das Recht zur Verwertung einer bestimmten Leistung auf das private Unternehmen übertragen werde, das das Verwertungsrisiko trage; die Leistung dieses Unternehmens werde nicht von der Deutschen Bibliothek durch Zahlung eines bestimmten Preises vergütet, vielmehr müsse umgekehrt das Unternehmen selbst eine Vergütung an die Deutsche Bibliothek entrichten. Überdies liege die ausgeschriebene Dienstleistung im öffentlichen Interesse, da die Tätigkeit der Deutschen Bibliothek ihrer Natur, ihrem Gegenstand und den zugrunde liegenden Normen nach in den Verantwortungsbereich des Staates falle und insoweit unter dem Vorbehalt von Mitsprache- und Kontrollrechten des Auftraggebers einem privaten Unternehmen übertragen werde.

- 14 Die im Ausgangsverfahren anhängige Beschwerde könne nur dann Erfolg haben, wenn Dienstleistungskonzessionen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fielen. Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass der Gerichtshof zu dieser Frage in der Rechtssache C-324/98 um Vorabentscheidung ersucht worden sei; diese Rechtssache, in der am 7. Dezember 2000 das Urteil verkündet wurde (Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745), war im Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses noch anhängig.
- 15 Angesichts von Artikel 8 der Richtlinie 92/50 in Verbindung mit Kategorie 15 ihres Anhangs IA, in der das „Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage“ genannt sei, fragt sich das vorliegende Gericht, ob öffentliche Dienstleistungskonzessionen, selbst wenn sie im Allgemeinen nicht unter die Richtlinie 92/50 fallen sollten, jedenfalls dann dem Vergaberecht unterliegen, wenn sie das „Verlegen“ und „Drucken“ zum Gegenstand haben.
- 16 Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Findet die Dienstleistungsrichtlinie [92/50/EG in der durch die Richtlinie 97/52/EG geänderten Fassung] auch auf einen Vertrag Anwendung,

- a) durch den der öffentliche Auftraggeber dem Auftragnehmer das ausschließliche Verlagsrecht (Recht der Vervielfältigung und Verbreitung) an einer von ihm erarbeiteten Bibliographie — hier: Deutsche Nationalbibliographie — einräumt,

- b) der den Auftragnehmer verpflichtet, die Bibliographie auf eigene Rechnung zu vervielfältigen und zu vertreiben sowie dem öffentlichen Auftraggeber für jedes verkaufte Exemplar eine angemessene Vergütung auf der Basis des Verlagsserlöses zu zahlen, sowie

- c) in dem sich der öffentliche Auftraggeber bezüglich der Vervielfältigung und Verbreitung der Bibliographie Kontroll- und Mitspracherechte vorbehält?

Würdigung durch den Gerichtshof

- 17 Die Frage des vorlegenden Gerichts geht im Wesentlichen dahin, ob ein Konzessionsvertrag über öffentliche Verlagsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 ausgenommen ist, obwohl er seinem spezifischen Gegenstand nach vom Anhang IA dieser Richtlinie, auf den deren Artikel 8 verweist, erfasst wird.

- 18 Da die Antwort auf die Vorabentscheidungsfrage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann, hat der Gerichtshof das vorliegende Gericht nach Artikel 104 § 3 seiner Verfahrensordnung von seiner Absicht, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden, unterrichtet und den Mitgliedstaaten sowie den anderen in Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes bezeichneten Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung hierzu gegeben.

- 19 Die Buchhändler-Vereinigung, die Deutsche Bibliothek und die Kommission haben in ihren gemäß Artikel 104 § 3 der Verfahrensordnung abgegebenen Stellungnahmen keine Einwände dagegen erhoben, dass der Gerichtshof durch mit Gründen versehenen Beschluss entscheidet.

- 20 Erstens ist mit dem vorliegenden Gericht festzustellen, dass ein Vertrag mit den oben in Randnummer 8 genannten Leistungen als Gegenstand von der Richtlinie 92/50 erfasst sein kann.
- 21 Zweitens ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in den Randnummern 39 und 40 des erwähnten Urteils vom 7. Dezember 2000 (Telaustria und Telefonadress), in dem es um einen Konzessionsvertrag über die Herstellung und die Herausgabe von Telefonbüchern ging, zunächst feststellte, dass spezifischer Gegenstand dieses Vertrages Leistungen waren, die unter verschiedene Kategorien des Anhangs XVI Teil A 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 (ABl. L 199, S. 84) fielen, und dass er damit von der Richtlinie 93/38 erfasst wurde.
- 22 Sodann zeichnete der Gerichtshof die Entstehungsgeschichte der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, insbesondere der Richtlinie 92/50, nach, um zu prüfen, ob ein solcher Vertrag vom Begriff „entgeltliche schriftliche Verträge“ des Artikels 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38 erfasst wird.
- 23 Insbesondere hob der Gerichtshof in Randnummer 46 des Urteils Telaustria und Telefonadress hervor, dass sich die Kommission sowohl in ihrem Vorschlag vom 13. Dezember 1990 für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (91/C 23/01, ABl. 1991, C 23, S. 1) 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), die zum Erlass der Richtlinie 92/50, die für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Allgemeinen gilt, geführt hatten, ausdrücklich dafür ausgesprochen hatte, in deren Anwendungsbereich die „öffentliche Dienstleistungskonzession“ einzubeziehen.

- 24 In Randnummer 47 des Urteils Telaustria und Telefonadress wies der Gerichtshof zum einen darauf hin, dass die Kommission diese Aufnahme mit der Absicht gerechtfertigt hatte, „kohärente Vergabeverfahren einzuführen“, und in der zehnten Begründungserwägung des Richtlinienvorschlags vom 13. Dezember 1990 ausgeführt hatte, „öffentliche Dienstleistungskonzessionen [müssten] von dieser Richtlinie in der gleichen Weise erfasst werden wie öffentliche Baukonzessionen von der Richtlinie 71/305/EWG“. Zum anderen wies er darauf hin, dass 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 zwar nicht mehr enthalten war, dass aber auch dort die Zielsetzung, „kohärente Vergabeverfahren einzuführen“, ausdrücklich weiter erwähnt wurde.
- 25 Der Rat strich jedoch, so der Gerichtshof in Randnummer 48 des Urteils Telaustria und Telefonadress, im Gesetzgebungsverfahren sämtliche Bezugnahmen auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen, insbesondere weil aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Übertragung von Befugnissen bei der Verwaltung von öffentlichen Dienstleistungen sowie hinsichtlich 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).
- 26 Schließlich erkannte der Gerichtshof angesichts dieser Gesichtspunkte, neben denen er noch die Entwicklung des Anwendungsbereichs der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge berücksichtigte, in Randnummer 57 des Urteils Telaustria und Telefonadress, dass Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 fallen und deshalb nicht vom Begriff „entgeltliche schriftliche Verträge“ des Artikels 1 Nummer 4 dieser Richtlinie erfasst werden.
- 27 In Randnummer 58, zweiter Gedankenstrich, des Urteils Telaustria und Telefonadress stellte der Gerichtshof fest, dass ein Vertrag, wie er Gegenstand der diesem Urteil zugrunde liegenden Rechtssache war und bei dem die Gegenleistung

darin besteht, dass der Auftragnehmer als Vergütung ein Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält, obwohl er von der Richtlinie 93/38 erfasst wird, beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen ist.

- 28 Das Urteil Telaustria und Telefonadress betrifft zwar einen Vertrag über Dienstleistungen eines der spezifischen Sektoren, für die die Richtlinie 93/38 gilt, doch lässt sich diesem Urteil eindeutig entnehmen, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht nur vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen sind, sondern auch von dem der Richtlinie 92/50, die bestimmungsgemäß für Dienstleistungen im Allgemeinen gilt.
- 29 Da die Richtlinie 92/50 keine spezifische Regelung über öffentliche Dienstleistungskonzessionen enthält, und angesichts ihrer Entstehungsgeschichte, wie sie der Gerichtshof in den Randnummern 46 bis 48 des Urteils Telaustria und Telefonadress nachgezeichnet hat, ist davon auszugehen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Konzessionen bewusst vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen hat. Die Auslegung des Begriffes „entgeltliche schriftliche Verträge“ des Artikels 1 Nummer 4 der Richtlinie 93/38, wie sie in diesem Urteil vorgenommen wurde, gilt daher auch für den gleichen Begriff in Artikel 1 der Richtlinie 92/50.
- 30 Auf die Frage des vorliegenden Gerichts ist daher zu antworten, dass ein Konzessionsvertrag über öffentliche Verlagsdienstleistungen beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 ausgenommen ist, obwohl er seinem spezifischen Gegenstand nach vom Anhang IA dieser Richtlinie, auf den deren Artikel 8 verweist, erfasst wird.

Kosten

- 31 Die Auslagen der französischen, der italienischen, der niederländischen und der österreichischen 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 vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

auf die ihm vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 2. August 2000 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

Ein Konzessionsvertrag über öffentliche Verlagsdienstleistungen ist beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung ausgenommen, obwohl er seinem spezifischen Gegenstand nach vom Anhang IA dieser Richtlinie, auf den deren Artikel 8 verweist, erfasst wird.

Luxemburg, den 30. Mai 2002

Der Kanzler

Die Präsidentin der Zweiten Kammer

R. Grass

N. Colneric