

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

L. A. GEELHOED

vom 28. September 2006¹**I — Einleitung**

1. Diese Rechtssache betrifft die Frage, ob mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge² und den Artikeln 12 EG, 43 EG, 46 EG und 86 Absatz 1 EG, eine innerstaatliche gesetzliche Regelung für ein privatrechtlich organisiertes öffentliches Unternehmen vereinbar ist, das infolge

dieser gesetzlichen Regelung ein „eigenes Mittel“, d. h. ein eigener ausführender Dienst der zuständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft (im Folgenden allgemein nur: öffentliche Stelle) ist, im Übrigen aber auch Tätigkeiten für andere öffentliche Stellen als diejenigen ausüben darf, denen es als ausführender Dienst untersteht, sowie auch für private Unternehmen und Einrichtungen. Außerdem können dieser juristischen Person durch die zuständigen öffentlichen Stellen andere als die in ihrer gesetzlichen Aufgabenumschreibung vorgesehenen Leistungen aufgetragen werden.

1 — Originalsprache: Niederländisch.

2 — Das vorliegende Gericht beschränkt sich in seiner zweiten Vorabentscheidungsfrage auf einen Hinweis auf die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 1) und die Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) in der Fassung deren späterer Änderungen und nunmehriger Fassung durch die 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). Aus der Beschreibung der Tätigkeiten der TRAGSA in den relevanten spanischen Rechtsvorschriften ist jedoch abzuleiten, dass diese Tätigkeiten auch die Erbringung von Dienstleistungen sowie die Wasserversorgung umfassen können. Daher ist die Anwendbarkeit 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) und 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), nunmehr ersetzt durch die 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), auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht von vornherein auszuschließen. Der Kürze wegen werde ich in diesen Schlussanträgen stets allgemein von den Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen sprechen.

2. Diese Fragen stellen sich aufgrund einer Klage der Asociación Nacional de Empresas Forestales (im Folgenden: ASEMFO) gegen die Empresa de Transformación Agraria SA (im Folgenden: TRAGSA), mit der die ASEMFO die TRAGSA beschuldigte, gegen das spanische Gesetz über den Wettbewerbschutz dadurch zu verstoßen, dass sie die in den spanischen Rechtsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen vorgesehenen Verfahren nicht einhalte, was einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Arbeiten, Dienstleistungen und Vorhaben im Bereich der Forstwirtschaft darstelle. Das spanische Tribunal Supremo gelangte schließlich bei seiner Behandlung der Kassationsbeschwerde der ASEMFO gegen das Urteil der Sala de lo Contencioso-Administrativo (Kammer für Verwaltungsstreitigkeiten) der Audiencia

Nacional zu dem Ergebnis, dem Gerichtshof hierzu Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen zu müssen.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Die nationalen Rechtsvorschriften

3. Zum besseren Verständnis der praktischen und rechtlichen Implikationen der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen ist es erforderlich, die bereits an sich umfangreichen und schwierigen nationalen Rechtsvorschriften, die für die TRAGSA gelten, ausführlicher als üblich wiederzugeben.

4. Die TRAGSA wurde aufgrund des Königlichen Dekrets Nr. 379/1977 vom 21. Januar 1977, wodurch ihre Errichtung als öffent-

liches Unternehmen genehmigt wurde, am 24. Mai 1977 gegründet³. Diese juristische Person unterliegt rechtlich teilweise den allgemeinen für privatrechtliche Gesellschaften geltenden Vorschriften, teilweise den allgemeinen für öffentliche Unternehmen geltenden. Ihr Gesellschaftszweck war ursprünglich in Artikel 2 des genannten Königlichen Dekrets definiert; sodann wurde dieser Zweck nacheinander durch die Königlichen Dekrete Nr. 424/1984 vom 8. Februar 1984 und Nr. 1422/1985 vom 17. Juli 1985 erweitert. Ihre wichtigsten heutigen Tätigkeiten umfassen die Durchführung aller Arten von Arbeiten und Anlagen, von Dienstleistungen, von Studien und die Vorbereitung von Plänen und Vorhaben im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, den Schutz und die Verbesserung der physischen Umwelt, die Fischzucht und den Fischfang sowie den Naturschutz.

5. Artikel 88 des spanischen Gesetzes Nr. 66/97 vom 30. Dezember 1997 über finanz-, verwaltungs- und sozialrechtliche Maßnahmen ist zu entnehmen, dass die TRAGSA gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buch-

3 — Die Kommission weist in Fußnote 3 ihrer schriftlichen Erklärungen darauf hin, dass ein früheres Gesetz über die Reform und die Entwicklung der Landwirtschaft aus dem Jahr 1973 ausdrücklich die Gründung eines Unternehmens für die Reform des Sektors der Landwirtschaft als politisches Instrument des Staates auf dem Gebiet der Agrarentwicklung vorsah. Die Gründung der TRAGSA ergab sich aus dem Wunsch, dem Fuhrpark des Nationalen Instituts für die Reform und Entwicklung der Landwirtschaft (Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario — IRYDA) Rechtspersönlichkeit zu verleihen, wie den Begründungserwägungen des Königlichen Dekrets Nr. 379/1977 zu entnehmen ist; dort heißt es, dass „... durch die Intervention eines Unternehmens mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit die Arbeiten [verwirklicht werden sollen], mit denen jetzt der Fuhrpark des IRYDA betraut ist und die an kein privates Unternehmen übertragen werden können, [und zwar] aufgrund der besonderen Spezialisierung, die sie verlangen, aufgrund ihres räumlichen und zeitlichen Umfangs, aufgrund der Notwendigkeit, unaufschiebbare Vorhaben von Arbeiten umzusetzen, oder weil es um Arbeiten mit geringer oder ohne Rentabilität geht, wenn die Regierung bei Flut- oder ähnlichen Katastrophen das IRYDA ersuchen muss, rasch tätig zu werden, um den Betroffenen Hilfe zu leisten ...“

stabe a des allgemeinen Haushaltsgesetzes ein öffentliches Unternehmen ist, das auf dem Gebiet der Agrarentwicklung und des Umweltschutzes wesentliche Dienstleistungen erbringt. Sie ist ein „eigenes Mittel und technischer Dienst der Verwaltung“, der entweder selbst oder durch seine Tochterunternehmen die Arbeiten durchzuführen hat, die ihm von der allgemeinen Staatsverwaltung oder von den Autonomen Regionen und von den von ihnen abhängigen öffentlich-rechtlichen Organen übertragen werden.

6. Zuletzt wurde das Statut der TRAGSA durch das Königliche Dekret Nr. 371/1999 vom 5. Mai 1999 über Rechtsvorschriften betreffend die „Empresa de Transformación Agraria (Unternehmen zur Agrarumwandlung), Sociedad Anónima“ (TRAGSA) festgelegt.

7. Die TRAGSA hat Arbeiten und Tätigkeiten auszuführen, die ihr von der Verwaltung übertragen werden. Diese Verpflichtung bezieht sich ausdrücklich auf die Aufträge, die ihr als ausführende Einrichtung und technischer Dienst der Verwaltung auf den Gebieten erteilt werden, die unter ihren Gesellschaftszweck fallen (Artikel 3 Absatz 2 des Königlichen Dekrets Nr. 371/1999). Außerdem muss die TRAGSA vorrangig unaufschiebbare und außerordentliche Tätigkeiten durchführen, die Folge von Naturkatastrophen und vergleichbaren Unglücksfällen sind (Artikel 3 Absatz 3 des genannten Dekrets). Sie kann die ihr erteilten Aufträge weder ablehnen noch die Durchführungsfrist aushandeln. Sie führt die ihr übertragenen Arbeiten nach den ihr erteilten Anweisungen durch (Artikel 5 Absatz 3 des genannten Dekrets).

8. Das Königliche Dekret qualifiziert die Beziehungen der TRAGSA zu den zentralen und dezentralisierten Verwaltungen als instrumenteller und nicht vertraglicher Natur, so dass sie in jeder Hinsicht einen internen, durch Abhängigkeit und Unterordnung (der TRAGSA) gekennzeichneten Charakter haben (Artikel 3 Absatz 6 des genannten Dekrets).

9. Die finanzielle Regelung, der die TRAGSA unterliegt, sieht eine Vergütung für ihre Tätigkeiten gemäß einem in Artikel 4 des Königlichen Dekrets Nr. 371/1999 festgelegten Gebührensystem vor. Die Gebührensätze werden durch einen interministeriellen Ausschuss auf der Grundlage der von der TRAGSA über ihre Kosten mitgeteilten Informationen festgesetzt.

10. Die TRAGSA kann die Mitarbeit privater Unternehmen für ihre Tätigkeiten in Anspruch nehmen (Artikel 6 des Königlichen Dekrets Nr. 371/1999). Für diese Zusammenarbeit mit Privatrechtssubjekten bestehen verschiedene Beschränkungen. Es darf sich dabei nur um die Bearbeitung oder Herstellung von Mobilien handeln; die Beträge, über die Verträge geschlossen werden dürfen, sind der Höhe nach begrenzt, und bei der Auswahl der privaten Partner müssen die Grundsätze einer vorherigen öffentlichen Ausschreibung (Veröffentlichung und Wettbewerb) Anwendung finden.

11. In diesem Zusammenhang ist außerdem darauf hinzuweisen, dass die TRAGSA sich auch als Unternehmen betätigen kann, und zwar selbst gegenüber der Verwaltung, ohne

an ihre Eigenschaft als „ausführende Einrichtung und technischer Dienst der Verwaltung“ gebunden zu sein. In diesen Fällen finden auf ihre Tätigkeiten nach Artikel 1 des Königlichen Dekrets Nr. 371/1999 die allgemein für Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften Anwendung.

12. Der administrative Kontext, in dem die TRAGSA tätig ist, hat sich im Laufe der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts infolge des Inkrafttretens der spanischen Verfassung von 1978 grundlegend verändert, weil mit ihr die Zuständigkeiten für die Landwirtschaft und den Umweltschutz von der zentralen Verwaltung auf die Autonomen Gemeinschaften oder Regionen (im Folgenden: Regionen) übertragen worden sind. Die Übertragung einer Verwaltungszuständigkeit umfasste notwendigerweise auch die Übertragung der erforderlichen Mittel und Instrumente, um diese Zuständigkeit in vollem Umfang ausüben zu können. Darum wurde die TRAGSA bereits vor dem Inkrafttreten des EG-Vertrags für Spanien den Autonomen Regionen als Mittel zur Durchführung ihrer Zuständigkeiten zur Verfügung gestellt.

13. Diese Übertragung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten der zentralen Verwaltung auf die Autonomen Regionen erfolgte im Hinblick auf die TRAGSA durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen jeder einzelnen Region mit der TRAGSA, in denen die Regelung für die Inanspruchnahme der TRAGSA als „eigene“ ausführende Einrichtung der betreffenden Autonomen Region festgelegt wurde. Die meisten Autonomen Regionen haben solche Vereinbarungen mit der TRAGSA geschlossen, obwohl nur vier von ihnen Anteilseigner dieses Unternehmens sind.

14. Nach den geltenden spanischen Rechtsvorschriften ist es jedoch nicht erforderlich, dass eine Region Anteilseigner der TRAGSA wird, um über deren Dienste verfügen zu können: sie funktioniert als ausführende Einrichtung der Regionen, wobei es grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob diese Anteilseigner sind oder nicht. Das bestätigt das Gesetz Nr. 66/97, wonach die Regionen Anteilseigner der TRAGSA werden können, dazu aber nicht verpflichtet sind.

15. Für die Beurteilung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen ist es darüber hinaus nützlich, noch einige Teile der spanischen Rechtsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge wiederzugeben. Sie bestimmen auch den rechtlichen Rahmen, in dem die TRAGSA auf der Grundlage ihres gesetzlichen Statuts als öffentliches Unternehmen tätig war und ist.

Artikel 60 der Ley de Contratos del Estado (Gesetz über die Verträge des Staates) in seiner durch das Königliche Dekret Nr. 923/1965 vom 8. April 1965 genehmigten Fassung bestimmt:

„Unmittelbar durch die Verwaltung können nur die Arbeiten ausgeführt werden, für die

1. die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerb-

liche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.“

Artikel 153 des Gesetzes Nr. 13/1995 vom 18. Mai 1995 der Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Gesetz über die Verträge der öffentlichen Verwaltungen, im Folgenden: Gesetz über das öffentliche Auftragswesen) bestimmt:

„1. Die Durchführung von Arbeiten durch die Verwaltung kann unter Inanspruchnahme ihrer eigenen Dienste durch ihre eigenen Personal- oder Sachmittel oder im Wege der Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen erfolgen, sofern in diesem letzteren Fall der finanzielle Wert der betreffenden Arbeit 881 655 208 ESP (ohne Mehrwertsteuer) nicht übersteigt und wenn

- a) die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerbliche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten hinreichend geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.“

Artikel 152 des neu gefassten Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen, genehmigt

durch das Königliche Dekret Nr. 2/2000 vom 16. Juni 2000, lautet:

„1. Die Durchführung von Arbeiten durch die Verwaltung kann unter Inanspruchnahme ihrer eigenen Dienste durch ihre eigenen Personal- oder Sachmittel oder im Wege der Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen erfolgen, sofern in diesem letzteren Fall der finanzielle Wert der betreffenden Arbeit 5 923 624 Euro (ohne Mehrwertsteuer), was 5 000 000 besonderen Ziehungsrechten entspricht, nicht übersteigt und wenn

- a) die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerbliche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten hinreichend geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.“

Artikel 194 des genannten Gesetzes bestimmt:

„Die Herstellung von beweglichen Gütern durch die Verwaltung kann durch die eigenen Dienste der Verwaltung mittels ihrer Personal- oder Sachmittel oder im Wege der

Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen erfolgen, sofern in diesem letzteren Fall der finanzielle Wert der betreffenden Arbeit unter den in Artikel 177 Absatz 2 festgelegten Höchstbeträgen liegt und wenn

führung der Aufträge miteinbezogen werden. Es handelt sich insoweit um eine Möglichkeit und nicht um eine Verpflichtung der betreffenden Verwaltung.

a) die Verwaltung über Fabriken, Lager, Werkstätten oder technische oder gewerbliche Dienste verfügt, die für die Durchführung der geplanten Arbeiten hinreichend geeignet sind; in diesem Fall sind in der Regel diese Mittel einzusetzen.“

17. Schließlich will ich noch daran erinnern, dass die TRAGSA selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist. Das ergibt sich aus Artikel 88 Absatz 7 des Gesetzes Nr. 66/97 in der Fassung des Gesetzes Nr. 53/2002.

16. Wie das vorliegende Gericht ausführt, fassen die in der vorstehenden Nummer angeführten Vorschriften die verschiedenen Voraussetzungen zusammen, unter denen die unmittelbare Durchführung von Arbeiten durch die Verwaltung möglich ist, darunter die Voraussetzung, über eigene Mittel zu verfügen, was für die Tätigkeiten der TRAGSA der Fall ist. Diese Voraussetzung ist nicht weiter spezifiziert, etwa durch das Erfordernis der Dringlichkeit oder des öffentlichen Interesses. Insoweit besteht eine gesonderte Voraussetzung: „wenn es sich um die Durchführung von Arbeiten handelt, die gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzes als dringend anzusehen sind“⁴. Es reicht daher aus, dass die Verwaltung über eigene Dienste wie die TRAGSA und deren Tochterunternehmen verfügt, um jede Art von Arbeiten oder Tätigkeiten ohne weitere Voraussetzung an diese übertragen zu können, abgesehen von der quantitativen Beschränkung, die Anwendung findet, wenn Private durch die TRAGSA in die Durch-

B — Weitere Erläuterungen zur Struktur und zu den Tätigkeiten der TRAGSA

18. In ihren schriftlichen Erklärungen hat die Kommission einige weitere Erläuterungen zur Struktur und den Tätigkeiten der TRAGSA mitgeteilt, die den oben wiedergegebenen gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Rahmen verdeutlichen und die sich bei der Beurteilung und Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen als bedeutsam erweisen können.

19. Gegenwärtig wird noch immer die Mehrheit der Anteile an der TRAGSA – mehr als 99 % – unmittelbar oder mittelbar vom spanischen Staat gehalten. Vier Regionen verfügen über einen im Grunde nur

⁴ — Artikel 152 Absatz 1 Buchstabe d des nunmehr geltenden kodifizierten Textes aus dem Jahr 2000.

symbolischen Anteil von zusammengekommen weniger als 1 % des Gesellschaftskapitals der TRAGSA.

20. Die Tätigkeiten der TRAGSA haben sich im Laufe der Zeit stark diversifiziert. Neben den mehr traditionellen Tätigkeiten wie der Planung und Errichtung von Infrastrukturen und anderen Anlagen, die für die Modernisierung der landwirtschaftlichen Produktion und die Viehzucht erforderlich sind, haben Technologien zur Förderung einer besseren Wassernutzung und Tätigkeiten zum Schutz der physischen und natürlichen Umwelt sowie der historischen und kulturellen Ressourcen in ländlicher Umgebung an Bedeutung gewonnen. Hinzu kommen noch forstwirtschaftliche Tätigkeiten und solche zum Schutz von Fischbeständen und der Fischzucht.

21. Die TRAGSA finanziert sich durch die Vergütungen, die sie für ihre Tätigkeiten erhält. Ihr Umsatz belief sich im Rechnungsjahr 2004 auf 674 Millionen Euro, ihr Gewinn belief sich nach Abzug der Gesellschaftsteuer auf 22,24 Millionen Euro.

22. Mehr als die Hälfte des Umsatzes der TRAGSA und ihrer Tochterunternehmen⁵

5 — Die Kommission führt außerdem aus, dass die TRAGSA einige ausländische Tochterunternehmen habe. In der mündlichen Verhandlung hat die TRAGSA jedoch mitgeteilt, dass diese Unternehmen entweder bereits liquidiert seien oder ihre Tätigkeiten ganz oder zum größeren Teil eingestellt hätten.

ergibt sich aus den Tätigkeiten für die Regionen. Das ist logisch, da diese den überwiegenden Teil der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten auf den Gebieten ausüben, auf denen dieses Unternehmen sich betätigt. Etwa 30 % des Umsatzes stammen von der spanischen zentralen Verwaltung, etwa 5 % von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, darunter Gemeinden, und 2 % bis 3,5 % von Einzelpersonen und Unternehmen.

23. Die Kommission stellt schließlich noch fest, dass sie den verfügbaren Zahlen nicht entnehmen könne, welcher Anteil an diesem Gesamtumsatz auf die Tätigkeiten der TRAGSA in ihrer Eigenschaft als „eigene ausführende Einrichtung und technischer Dienst der Verwaltung“ entfalle.

24. Zur näheren Analyse der vom Tribunal Supremo gestellten Fragen erscheint es mir nützlich, aus dem Vorstehenden schon jetzt folgende Merkmale zu formulieren:

TRAGSA in ihrer Eigenschaft als ausführende Einrichtung für insbesondere die Regionen ist als juristische Person nahezu vollständig in der Hand des spanischen Staates, der mehr als 99 % des Gesellschaftskapitals hält.

Als organisatorisch verselbständigte ausführende Einrichtung unterliegt die TRAGSA hinsichtlich der Aufträge der Zentralverwaltung und der Regionen bei der Ausübung ihrer öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten vollständig den Anordnungen und Weisungen dieser Verwaltungsträger: sie muss die ihr erteilten Aufträge annehmen und diese nach den mitgeteilten Spezifikationen und innerhalb der angegebenen Fristen zu durch Verordnung festgelegte Tarifen ausführen.

als solche, die sie als ausführende Einrichtung der zentralen Verwaltung und der Regionen verrichtet. Der Umfang dieser Tätigkeiten ist den verfügbaren Unterlagen jedoch nicht genau zu entnehmen, da die TRAGSA einen Teil dieser Tätigkeiten über ihre Tochterunternehmen ausübt.

III — Sachverhalt, Verfahrensverlauf und Vorabentscheidungsfragen

Nach der spanischen gesetzlichen Regelung für öffentliche Ausschreibungen ist es nicht ausgeschlossen, dass die TRAGSA Aufträge der Zentralverwaltung und der Regionen erhält, die nicht mit der Ausübung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten oder öffentlicher Aufgaben und Pflichten im Zusammenhang stehen, sondern die ihr allein deshalb übertragen werden, weil sie als technischer Dienst zur Verfügung steht, die aber auch von Privaten unter normalen Marktbedingungen durchgeführt werden⁶.

25. Am 23. Februar 1996 machte die ASEMFO eine Anzeige bei der spanischen Kartellkommission. Mit dieser Anzeige wurde die TRAGSA beschuldigt, ihre Machtposition auf dem spanischen Markt für Arbeiten, Dienstleistungen und Vorhaben auf dem Gebiet der Forstwirtschaft auszunutzen, auch weil ihre öffentlichen Auftraggeber die in dem oben in Nummer 15 genannten Gesetz Nr. 13/1995 über das öffentliche Auftragswesen festgelegten Ausschreibungsverfahren nicht einhielten.

Die Zusammenstellung der Rechtsvorschriften, aufgrund deren und nach denen die TRAGSA tätig ist, lässt ausdrücklich und stillschweigend Raum für andere Tätigkeiten

Nach Auffassung der ASEMFO lässt das Statut der TRAGSA es zu, dass sie ohne vorherige Ausschreibung eine Vielzahl verschiedener Anlagen und Arbeiten auf unmittellbare Anfrage der zentralen oder dezentralen Verwaltungen ausführen könne. Das führe dazu, dass der Wettbewerb auf den betreffenden Märkten für Dienst- und Werkleistungen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft in Spanien ausgeschaltet werde.

⁶ — Seitens der TRAGSA und der spanischen Regierung wird angemerkt, dass die Teilnahme der TRAGSA an öffentlichen Ausschreibungen der Zentralverwaltung und der Regionen gesetzlich ausgeschlossen sei. Die TRAGSA dürfe sich nur bei öffentlichen Ausschreibungen anderer öffentlicher Stellen oder Einrichtungen als der Zentralverwaltung und der Regionen als Bieter einschreiben.

26. Mit Verfügung vom 16. Oktober 1997 stellte das Kartellamt das Verfahren aufgrund der Anzeige ein. Im vorliegenden Fall sei die TRAGSA als ein „eigenes Mittel“ aufgetreten, d. h. als eigener ausführender Dienst der Verwaltung, ohne selbst Entscheidungsbefugnisse zu haben, der verpflichtet gewesen sei, die übertragenen Tätigkeiten selbst durchzuführen. Daher handele es sich um Beziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer innerhalb der Verwaltung selbst. Die Betätigung der TRAGSA habe daher keinen Bezug zum Markt und dem auf diesem für private und öffentliche Unternehmen geltenden Wettbewerbsrecht.

27. Gegen diese Verfügung erhob die ASEMFO Klage beim Tribunal de Defensa de Competencia. Dieses Gericht wies mit Entscheidung vom 30. März 1998 die Klage mit derselben Begründung ab wie das Amt. Es hob hervor, dass die im Auftrag der zuständigen Behörden durchgeführten Tätigkeiten der TRAGSA als von diesen Behörden selbst vorgenommene Tätigkeiten anzusehen seien. Nur wenn die TRAGSA selbständig als öffentliches Unternehmen auftrete, könne ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht vorliegen.

28. Dagegen legte die ASEMFO Berufung bei der Sala de lo Contencioso-Administrativo der Audiencia Nacional ein, die mit Urteil vom 26. September 2001 die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts bestätigte.

29. Schließlich erhob die ASEMFO Kassationsklage beim Tribunal Supremo und

machte geltend, dass die TRAGSA in ihrer Eigenschaft als öffentliches Unternehmen nicht als „eigenes Mittel“ qualifiziert werden könne, d. h. als eigener ausführender Dienst der Verwaltung, auf den die Vorschriften des gemeinschaftlichen Vergaberechts nicht anwendbar seien, und dass die für die TRAGSA geltende gesetzliche Regelung, wie sie insbesondere in Artikel 88 des Gesetzes Nr. 66/97 festgeschrieben sei, nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

30. Das Tribunal Supremo hat Zweifel an der Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die TRAGSA mit dem Gemeinschaftsrecht.

31. Es hat es daher für angebracht gehalten, dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist es nach Artikel 86 Absatz 1 EG zulässig, dass ein Mitgliedstaat einem öffentlichen Unternehmen kraft Gesetzes eine Rechtsstellung verleiht, die es dem Unternehmen erlaubt, ohne Bindung an die allgemeinen Regeln über die Auftragsvergabe durch die Verwal-

tung im Wege der Ausschreibung und ohne dass besondere Umstände der Dringlichkeit oder des öffentlichen Interesses hinzutreten, öffentliche Arbeiten durchzuführen, die sowohl unterhalb als auch oberhalb des in den europäischen Richtlinien hierfür vorgesehenen wirtschaftlichen Schwellenwerts liegen?

2. Ist eine derartige Rechtsstellung gegebenenfalls vereinbar mit den Richtlinien 93/36/EWG und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 und den Richtlinien 97/52/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Oktober 1997 und 2001/78/EG der Kommission vom 13. September 2001 zu deren Änderung (diese Bestimmungen wurden jüngst in der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 neu gefasst)?

3. Sind die Feststellungen im Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 8. Mai 2003 (Rechtsache C-349/97, Spanien/Kommission) auch dann auf jedem Fall auf die TRAGSA und ihre Tochtergesellschaften anwendbar, wenn man die übrige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt und in Erwägung zieht, dass die Verwaltung die TRAGSA und ihre Tochtergesellschaften mit einer großen Zahl von Arbeiten beauftragt, die dem System des freien Wettbewerbs entzogen bleiben, und dieser Umstand auf eine erhebliche Verzerrung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt schließen lassen könnte?

Verfahren vor dem Gerichtshof

32. Die ASEMFO, die TRAGSA, die spanische Regierung, die litauische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2006 haben die TRAGSA, die spanische Regierung und die Kommission ihre Standpunkte näher erläutert.

IV — Beurteilung

A — Vorbemerkungen

33. Die TRAGSA, die spanische Regierung und die Kommission haben mit unterschiedlichem Nachdruck die Zulässigkeit der dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen bezweifelt.

34. Zweifel hinsichtlich der Erheblichkeit der Fragen für die Entscheidung der Sache im Ausgangsverfahren und hinsichtlich der Erforderlichkeit der Fragen im Licht der bereits existierenden Rechtsprechung des Gerichtshofes können vor dem Hintergrund des komplizierten nationalen rechtlichen und tatsächlichen Kontexts meiner Auffassung nach erst richtig behandelt werden, wenn die Fragen dem Grunde nach untersucht worden sind.

35. Daher werde ich erst am Ende dieser Schlussanträge auf die Zulässigkeit der in Rede stehenden Vorabentscheidungsfragen eingehen.

36. In allen schriftlichen Erklärungen und auch in der mündlichen Verhandlung wurde ausführlich zur Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf die Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge⁷ und auf die Vergabe öffentlicher Konzessionen⁸ Stellung genommen, wenn die betreffende öffentliche Stelle als öffentlicher Auftraggeber über die Einrichtung, die Auftragnehmer ist, Aufsicht führt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die öffentliche Stelle oder die öffentlichen Stellen verrichtet, die sie beherrschen⁹.

37. Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung zu Recht angemerkt hat, ist diese Rechtsprechung zu Fällen ergangen, in denen die Auftrag gebenden Behörden im

Wege eines entgeltlichen Vertrages bestimmte Aufträge über die Lieferung von Waren und/oder Dienstleistungen Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit erteilt haben, über die sie eine mehr oder weniger weitreichende Form der Kontrolle ausübten und die überwiegend oder zu einem erheblichen Teil ihre Tätigkeiten für diese Behörden verrichteten.

38. Die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen, die den in Rede stehenden Vorabentscheidungsfragen zugrunde liegen, unterscheiden sich jedoch in zweierlei Hinsicht von der oben in Fußnote 7 angeführten Rechtsprechung:

Die spanische Zentralverwaltung und die Regionen treten in einem streng hierarchischen Sinn als Auftraggeber der TRAGSA auf, was bedeutet, dass die TRAGSA die ihr von den zuständigen Behörden übertragenen Aufträge nicht ablehnen kann, vollständig an die Weisungen und Spezifikationen dieser Behörden gebunden ist und für ihre Tätigkeiten eine durch Verordnung festgesetzte Vergütung erhält. Kurz, die TRAGSA ist, obschon sie in ihrer Rechtsform teils privatrechtlich, teils öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, als eigener ausführender Dienst der spanischen Zentralverwaltung und der Regionen zu charakterisieren. Das vertragliche Element zwischen der Auftrag gebenden öffentlichen Stelle und der juristischen Person, die Auftragnehmer ist, das in den Fällen, anhand deren der Gerichtshof seine

7 — Es handelt sich insbesondere um die Urteile des Gerichtshofes vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121), vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle, Slg. 2005, I-1), vom 10. November 2005 in der Rechtssache C-29/04 (Kommission/Osterreich, Slg. 2005, I-9705) und vom 11. Mai 2006 in der Rechtssache C-340/04 (Carbotermo, Slg. 2006, I-4137).

8 — Hier sind u. a. die Urteile des Gerichtshofes vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03 (Coname, Slg. 2005, I-7287), vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612) und vom 6. April 2006 in der Rechtssache C-410/04 (ANAV, Slg. 2006, I-3303) relevant.

9 — In dem in Fußnote 7 angeführten Urteil Stadt Halle (Randnr. 48) hat der Gerichtshof ausdrücklich bestätigt, dass auf die öffentlichen Aufträge einer öffentlichen Stelle, die mit deren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt werden, die Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Aufträge nicht anwendbar sind.

oben angeführte Rechtsprechung entwickelt hat¹⁰, stets vorhanden war, fehlt hier vollständig.

Obwohl die TRAGSA nunmehr ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die Regionen verrichtet, ist die These, dass sie von diesen Gebietskörperschaften beherrscht wird, vorsichtig ausgedrückt, problematisch. Ihre öffentlich-rechtliche Rechtsstellung wird, wie sich aus der oben gegebenen Übersicht ergibt¹¹, ganz oder nahezu ganz vom spanischen Zentralgesetzgeber festgelegt, und nur vier der 17 Autonomen Regionen halten Anteile mit symbolischem Umfang an der TRAGSA, zusammen nämlich weniger als ein Prozent des gesamten Gesellschaftskapitals. Hieraus kann abgeleitet werden, dass die TRAGSA zwar als ausführende Einrichtung im Dienst der Regionen steht, jedoch nicht ohne weiteres, dass sie durch die Regionen kontrolliert wird.

39. Aus diesen Unterschieden ergibt sich, dass die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nicht ohne weiteres aus der genannten Rechtsprechung des Gerichtshofes abgeleitet werden kann, auch wenn diese natürlich im Wege der Analogie eine wichtige Stütze für die Rechtsfindung bieten kann.

40. Nachfolgend werde ich zunächst in groben Zügen untersuchen, welche möglichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen sich in einem rechtlich-organisatorischen Kontext wie dem, der im Ausgangsverfahren besteht, stellen können.

41. Danach werde ich so weit wie möglich anhand der vorstehend in den Fußnoten 7 und 8 bereits angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes analysieren, in welcher Richtung die vorgelegten Fragen beantwortet werden können.

42. Besondere Aufmerksamkeit will ich im Zusammenhang mit diesen Fragen der Relevanz von Artikel 86 Absatz 1 EG widmen.

43. Schließlich werde ich noch kurz auf die Frage der Zulässigkeit eingehen.

B — *Der rechtlich-organisatorische Kontext*

44. Wie ich oben in Nummer 38 dieser Schlussanträge bereits angemerkt habe, ist

10 — Siehe die vorherige Fußnote.

11 — Vgl. insbesondere Nrn. 4 bis 9 und 13 dieser Schlussanträge.

die TRAGSA als ein „eigenes Mittel“ zu charakterisieren, d. h. als ein eigener ausführender Dienst der spanischen Zentralverwaltung und möglicherweise auch der Regionen, die sowohl nach ihrer gesetzlichen Rechtsstellung als auch nach den Eigentumsverhältnissen – mehr als 99 % der Anteile an der TRAGSA werden unmittelbar oder mittelbar von der spanischen Zentralverwaltung gehalten – als eine Einrichtung anzusehen ist, die ganz unter der Kontrolle des spanischen Staates steht.

45. Wie ihrer gesetzlichen Aufgabenschreibung zu entnehmen ist, betrifft der ganz überwiegende Teil ihrer Tätigkeiten solche im Zusammenhang mit der Verbesserung der land- und forstwirtschaftlichen Struktur in Spanien sowie im Zusammenhang mit der Fischerei und der Fischzucht. Zu diesen Tätigkeiten sind im Laufe der Zeit auch Tätigkeiten zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Agrarressourcen sowie der kulturellen Ressourcen hinzugekommen.

46. Neben diesen „gewöhnlichen“ Tätigkeiten erfüllt die TRAGSA außerdem eine Reservefunktion, die in außergewöhnlichen Umständen wie Flutkatastrophen und damit vergleichbaren Naturkatastrophen aktiviert werden kann. Zuweilen ist die TRAGSA auch in die Durchführung bestimmter Bereiche der Gemeinsamen Agrarpolitik eingebunden, wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-349/97 (Spanien/Kommission)¹² ergibt.

47. Diese Tätigkeiten sind ganz überwiegend als tatsächliche Arbeiten zu qualifizieren, die im Rahmen der Ausübung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten für die Entwicklung der Agrarstruktur in weitem Sinn sowie für die Qualität der ländlichen Umgebung verrichtet werden.

48. Der Charakter dieser Tätigkeiten und die damit verfolgten öffentlich-rechtlichen Zwecke führen dazu, dass sie durch eigene Dienststellen der Verwaltung, durch mehr oder weniger weitgehend verselbständigte, unter öffentlicher Kontrolle stehende Rechtspersonen und auch durch private Rechtspersonen im Auftrag der zuständigen Behörde verrichtet werden können.

49. Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten frei, festzulegen, in welcher Weise sie die Durchführung von Tätigkeiten organisieren, für die sie eine öffentlich-rechtliche Verantwortung tragen, auch wenn der Gerichtshof in seiner oben genannten Rechtsprechung nur unter engen Voraussetzungen die Erteilung öffentlicher Aufträge und Konzessionen an „eigene“ juristische Personen für zulässig erachtet hat.

50. Wie sich aus Randnummer 48 des Urteils Stadt Halle ergibt, hält der Gerichtshof in Fällen, in denen eine öffentliche Stelle,

12 — Slg. 2003, I-3851.

die zugleich ein öffentlicher Auftraggeber ist, ihre Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören, die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen für nicht anwendbar. In diesen Fällen kann nämlich von einem entgeltlichen Vertrag mit einer juristischen Person, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, keine Rede sein.

51. Eine solche Situation scheint jedenfalls auch in der Beziehung zwischen der spanischen Zentralverwaltung und der TRAGSA vorzuliegen. Ob es sich so auch in der Beziehung zwischen den Regionen und der TRAGSA verhält, wie dies die spanische Regierung und die TRAGSA offenbar ganz selbstverständlich annehmen, ist eine der Fragen, die zumindest eine nähere Prüfung verlangen. Denn kann die TRAGSA so ohne weiteres als ein eigenes technisches oder administratives Mittel der Regionen betrachtet werden, da diese doch über besagtes „Mittel“ keine in den nationalen Vorschriften festgelegten Kontrollbefugnisse ausüben und solche Befugnisse auch nicht aus ihrer Eigenschaft als Anteilseigner an diesem „Mittel“ ableiten können¹³?

52. Wie auch immer die Antwort auf diese Frage ausfällt, sie muss am primären Ge-

meinschaftsrecht, insbesondere an den Artikeln 12 EG, 43 EG und 49 EG geprüft werden. Das ist meiner Meinung nach aus den kürzlich ergangenen Urteilen Coname und Parking Brixen abzuleiten¹⁴.

53. Bevor ich mich jedoch der Beantwortung der Frage zuwende, ob die spanischen Regionen als Auftraggeber der TRAGSA eine Kontrolle über diese juristische Person ausüben, muss ich noch darauf eingehen, was für eine Bedeutung diese Antwort im Licht der Artikel 12 EG, 43 EG und 49 EG sowie eventuell Artikel 86 EG hat.

54. Wie sich bereits aus dem oben in Nummer 47 Ausgeführten ergibt, umfassen die tatsächlichen Arbeiten, die die TRAGSA im Auftrag der spanischen Zentralverwaltung ausführt, zum ganz überwiegenden Teil keine Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt durch den spanischen Staat verbunden sind. Dass in diese Arbeiten Ziele der öffentlichen Politik und öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeiten hineinspielen, unterscheidet sie grundsätzlich nicht von Arbeiten, die von Privatpersonen im Auftrag der Behörden ausgeführt werden, wie die Anlage von Infrastrukturen.

13 — Hiermit hat sich die Kommission in der mündlichen Verhandlung auch im Licht der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Urteilen Parking Brixen (zitiert in Fußnote 8) und Carbotermo (zitiert in Fußnote 7) beschäftigt.

14 — Obwohl es dort um die nicht im sekundären Gemeinschaftsrecht geregelte Erteilung von Konzessionen durch öffentliche Stellen ging, ist der in diesen Urteilen bekräftigte Grundsatz, dass ein Rechtsverhältnis, wenn es nicht im sekundären Gemeinschaftsrecht geregelt ist, stets am primären Gemeinschaftsrecht geprüft werden kann, meiner Ansicht nach auch im vorliegenden Fall anwendbar.

55. Demnach ist auf solche Arbeiten Artikel 45 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 55 EG nicht anwendbar¹⁵. Daher muss die Betätigung der TRAGSA, soweit das sekundäre Gemeinschaftsrecht über die Vergabe öffentlicher Aufträge darauf nicht anwendbar ist, anhand der Artikel 43 EG, 49 EG und eventuell 86 EG geprüft werden¹⁶.

56. Hat nun der Umstand, dass die spanischen Regionen einen ganz erheblichen Teil der tatsächlichen Arbeiten zur Verbesserung der landwirtschaftlichen Struktur im weiten Sinn einer ausführenden Einrichtung der spanischen Zentralverwaltung übertragen können, reale oder potenzielle Folgen für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft¹⁷?

57. Diese Frage ist ohne weiteres zu bejahen, da diese Konstruktion dazu führt, dass ein

großer Teil der betreffenden Tätigkeiten, die auch an Privatpersonen vergeben werden können, dadurch der TRAGSA als ausführende Einrichtung der Zentralverwaltung vorbehalten werden. Der Markt für mögliche private Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft schrumpft damit dementsprechend zusammen.

58. Dass es sich hier um Aufträge handelt, die von der einen öffentlichen Stelle, der Region, an eine ausführende Einrichtung, die TRAGSA, einer anderen öffentlichen Stelle, der spanischen Zentralverwaltung, erteilt werden und denen jedes Element eines entgeltlichen Vertrages fehlt, ändert nichts daran, dass diese verwaltungsrechtliche Konstruktion wirtschaftlich dieselben Folgen hat wie eine Konstruktion, bei der die eine öffentliche Stelle Aufträge kraft entgeltlicher Verträge an eine juristische Person vergibt, die unter der Kontrolle einer anderen öffentlichen Stelle steht.

15 — Diese Ausnahme wird nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes eng in dem Sinne ausgelegt, dass sie auf Tätigkeiten und Belange beschränkt ist, die der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen. In diesem Sinne bereits Urteil vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners, Slg. 1974, 631), später bestätigt, u. a. im Urteil vom 31. Mai 2001 in der Rechtssache C-283/99 (Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4363, Randnr. 20).

16 — Siehe hierzu die in Fußnote 8 angeführten Urteile Coname, Parking Brixen und ANAV.

17 — Der oben (Nr. 13) gegebenen Übersicht über die relevanten spanischen Vorschriften kann entnommen werden, dass die Verwendung der TRAGSA als eigener ausführender Einrichtung durch die Regionen fakultativ ist. Wenn dem so ist, dann folgt daraus, dass sich die Qualifikation der TRAGSA als eigenes Mittel der Regionen noch problematischer gestaltet, weil die freie Entscheidung darüber, eine ausführende Einrichtung einer anderen öffentlich-rechtlichen Stelle außerhalb eines öffentlichen Vergabeverfahrens zu verwenden, als solche mit den Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Konflikt gerät. Ob diese Wahlfreiheit besteht, hat das nationale Gericht festzustellen.

59. Bei beiden Konstruktionen werden öffentliche Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge dem Wettbewerb entzogen, und zwar mit allen realen und potenziellen Folgen für den freien Warenverkehr, den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt. Sie sind daher so weit wie möglich nach denselben Maßstäben zu beurteilen.

60. Das gilt auch für das Kriterium, dass die den Auftrag erteilende öffentliche Stelle die Kontrolle über die juristische Person oder den Dienst haben muss, an die sie, ob durch entgeltlichen Vertrag oder nicht, Aufträge vergibt.

61. TRAGSA und die spanische Regierung haben in ihren schriftlichen und mündlichen Erklärungen insbesondere den Charakter der TRAGSA als „eigenes Mittel“ im Dienst der spanischen Zentralverwaltung und der Regionen betont. Das ändert nichts daran, dass die TRAGSA mehr als ein rein ausführender Dienst für den spanischen Staat und die Regionen ist. Sie tritt auch als Auftragnehmerin von Gemeinden und anderen öffentlichen Stellen sowie von Privaten auf. In dieser Eigenschaft steht sie bei der Erlangung von Aufträgen im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern.

62. Der Anteil dieser Aufträge an ihrem Gesamtumsatz schwankt. Den Angaben der Kommission in Nummer 34 ihrer schriftlichen Erklärungen ist zu entnehmen, dass sich dieser Anteil zwischen 7 % und 8,5 % bewegt. Die TRAGSA nennt in Nummer 96 ihrer schriftlichen Erklärungen etwas andere Zahlen, die nicht mit denen der Kommission identisch sind, weil darin die Zahlen eines zweiten Tochterunternehmens gesondert aufgeführt werden. Wie auch immer, die Angaben der Kommission und die der TRAGSA liegen – grob gesehen – in derselben Größenordnung.

63. Ob aus diesen Zahlen ohne weiteres der Schluss gezogen werden darf, dass die TRAGSA ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie beherrschende Stelle ausübt – so die Ansicht der spanischen Regierung und der TRAGSA selbst –, ist zweifelhaft.

64. Erstens darf aus den quantitativen Angaben über eine begrenzte Anzahl von Jahren nicht einfach der Schluss gezogen werden, dass der Anteil der Tätigkeiten, die nicht für den spanischen Staat und die Regionen, sondern für andere öffentliche Stellen und Privatpersonen unter Wettbewerbsbedingungen verrichtet wurden, unter 10 % des Gesamtumsatzes bleiben wird. In den für die TRAGSA geltenden Rechtsvorschriften findet sich jedenfalls keine Bestimmung, die den Umfang dieser Tätigkeiten beschränkte.

65. Zweitens bleibt natürlich die Frage, welche die die TRAGSA beherrschende Stelle ist. Ist dies allein die spanische Zentralverwaltung, mit deren Aufträgen die TRAGSA etwa 30 % ihres Umsatzes erwirtschaftet, so kann schwerlich die Behauptung aufrechterhalten werden, dass die TRAGSA ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie beherrschende Stelle ausübe.

66. Mit dem hybriden Charakter der TRAGSA als juristischer Person ist jedoch

noch eine weitere rechtlich relevante Komplikation verbunden.

67. Wenn eine juristische Person ihre Tätigkeiten im Wesentlichen als eigener ausführender Dienst einer oder mehrerer öffentlicher Stellen und einen kleinen Teil ihrer Tätigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen für andere öffentliche Stellen und private Auftraggeber verrichtet, stellt sich die Frage, in welcher Eigenschaft die letztgenannten Leistungen erbracht werden.

68. Muss die TRAGSA hinsichtlich dieses kleineren Teils als juristische Person betrachtet werden, die zwar eine besondere Rechtsstellung innehat, im Übrigen aber in gleicher Position mit anderen privaten Bietern um die Erlangung von Aufträgen „anderer“ öffentlicher Stellen und von Privaten konkurriert?

69. Oder bleibt die TRAGSA eine ausführende Einrichtung der öffentlichen Stellen, für die sie ihre Tätigkeiten im Wesentlichen verrichtet und die mit ihrer Restkapazität Gelegenheitsarbeiten erledigt und auf diese Weise den noch verbleibenden Marktraum für Tätigkeiten auf dem Gebiet der Agrarinfrastruktur und des Landschaftsschutzes noch weiter einschränkt?

70. Diese Frage ist umso wichtiger, als das gesetzliche Statut der TRAGSA offenbar keine eindeutige rechtliche und bilanzmäßige Trennung zwischen den beiden Eigenschaften, in denen sie sich betätigen kann, vorsieht. Jedenfalls fehlt in ihrem Statut jede eindeutige Garantie gegen mögliche Wettbewerbsverfälschungen, die auf dem verbleibenden Markt aufgrund des hybriden Charakters der TRAGSA entstehen können.

71. So könnte sich eine Situation ergeben, in der sich private Bieter für den von der TRAGSA ausgeführten Typ von Aufträgen, die bereits dann vor verschlossener Tür stehen, wenn sich die TRAGSA im Auftrag der spanischen Zentralverwaltung betätigt, auch auf den noch verbleibenden Teilmärkten (anderer öffentlicher Stellen und von Privaten) im Hintertreffen befinden, weil die TRAGSA dort als Wettbewerber eine vorteilhaftere Ausgangsposition innehat, die sich aus dem Umstand ergeben kann, dass sie auf dem – umfangreichen – geschlossenen Markt der Aufträge der Zentralverwaltung und der Regionen zwar nicht die einzige, aber doch eine privilegierte Bieterin ist.

72. Das zweite Kriterium nach dem Urteil Teckal (im Folgenden: Teckal-Kriterium), wonach die betreffende juristische Person, der Konzessionsinhaber oder der verselbständigte ausführende Dienst ihre bzw. seine Tätigkeiten im Wesentlichen für die öffentliche Stelle verrichtet, die sie bzw. ihn beherrscht, genügt daher für sich allein

nicht, um reale oder potenzielle Behinderungen des freien Warenverkehrs, des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit zu vermeiden, und auch nicht, um eine eventuelle Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Ich komme hierauf im Folgenden noch zurück.

73. Schließlich stellt sich noch eine Frage im Zusammenhang mit den Artikeln 152 und 194 des kodifizierten Gesetzestextes über das öffentliche Auftragswesen¹⁸.

74. Nach diesen Bestimmungen kann die Verwaltung mit ihren eigenen Dienststellen sowie ihrem eigenen Material und Personal Arbeiten durchführen oder Waren herstellen. Sofern die Verwaltung dafür die geeigneten materiellen und personellen Mittel hat, sind diese in der Regel einzusetzen. Wenn diese Ausführungsmodalität gewählt wird, können dabei auch Privatunternehmer ohne vorherige Ausschreibung eingeschaltet werden, sofern die Kosten der Arbeiten unter dem Höchstbetrag von 5 923 624 Euro liegen.

75. In diese Bestimmungen ist nicht die Voraussetzung aufgenommen, dass die Ausführung dieser Arbeiten oder die Herstellung dieser Waren im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenumschreibung der betreffenden ausführenden Dienste und Einrichtungen erfolgen muss.

76. Natürlich ist die Auslegung und Anwendung dieser nationalen Vorschriften dem zuständigen nationalen Gericht vorbehalten. Das ändert jedoch nichts daran, dass diese Vorschriften für die Behörden in Spanien offenbar Befugnisse bzw. Verpflichtungen schaffen, die möglicherweise gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen¹⁹.

77. Tatsächlich ermöglicht es das einschlägige spanische Recht offenbar, dass verschiedene administrative Stellen in Spanien die Kapazitäten, über die ihre ausführenden Dienste verfügen, für die Durchführung von Arbeiten oder die Erbringung von Dienstleistungen zu anderen Zwecken als den gesetzlichen Aufgaben dieser ausführenden Dienste frei verwenden können oder grundsätzlich sogar verwenden müssen²⁰.

78. Wenn es sich um Arbeiten, Dienstleistungen oder Waren handelt, deren Erbringung oder Herstellung geringere Kosten als den gesetzlichen Höchstbetrag verursacht, können dabei außerdem noch private Unternehmer von den betreffenden Diensten eingeschaltet werden.

19 — In seinem Vorlagebeschluss (S. 12 und 13) zeigt das Tribunal Supremo seine Zweifel insoweit unmissverständlich: „Als problematisch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts erscheint weiter, dass die Verwaltung durch ihre unmittelbare Beteiligung und dadurch, dass sie von der gesetzlichen Ermächtigung, die in den erwähnten Vorschriften der jeweiligen Gesetze zur Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehen ist, Gebrauch macht, mit Hilfe eines öffentlichen Unternehmens, das die Rechtsstellung eines ‚eigenen Mittels‘ erhält, eine derartige Zahl von Aufträgen an sich zieht, dass es zu einer erheblichen Störung des betreffenden Marktes kommt“.

20 — Nach dem Wortlaut der Artikel 152 und 194 des spanischen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen unterstellt der nationale Gesetzgeber zumindest, dass die die Aufträge vergebenden Behörden die Restkapazität ihrer ausführenden Dienste einsetzen müssen: „... in diesem Fall sind diese Mittel in der Regel einzusetzen“ Die nähere Auslegung ist insoweit natürlich Sache des vorlegenden Gerichts.

18 — Bereits in Nr. 15 dieser Schlussanträge angeführt.

79. Ohne dass hierfür eine nähere Auslegung der einschlägigen nationalen Vorschriften erforderlich ist, kann festgestellt werden, dass diese Möglichkeiten für eine weitreichende Abschirmung oder Abschottung nationaler Teilmärkte für öffentliche Aufträge eröffnen. Der Umfang, in dem dies erfolgen kann, hängt von der Kapazität ab, über die die betreffenden ausführenden Dienste verfügen. Durch die Erhöhung der Kapazität dieser ausführenden Dienste und die qualitative Anpassung ihrer Ausstattung und personellen Kapazitäten können so sehr einfach umfangreiche Teilmärkte des öffentlichen Auftragswesens in den ausschließlichen Bereich der ausführenden Dienste der betreffenden Behörden verlagert werden.

80. Der Umstand, dass bei der Ausführung solcher Aufträge auch private Unternehmen ohne vorherige öffentliche Ausschreibung einbezogen werden können, sofern die mit diesen Aufträgen verbundenen Kosten einen festen Höchstbetrag nicht überschreiten, erhöht diese Gefahr noch.

81. Dass es der TRAGSA nach Artikel 88 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 66/97 verboten ist, sich an öffentlichen Ausschreibungen der spanischen Zentralverwaltung und der Regionen zu beteiligen, mindert nicht die Gefahr, die die Anwendung der Artikel 152 und 194 des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen mit sich bringt. Diese Bestimmungen wollen nämlich gerade sicherstellen, dass öffentliche Aufträge insgesamt nicht öffentlich ausgeschrieben werden, wenn sie von den ausführenden Diensten der Verwaltung verrichtet werden können.

82. Zusammenfassend wiedergegeben werden die hier besprochenen spanischen Rechtsvorschriften dadurch grundlegende Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf, dass sie die Verwaltung anhalten, öffentliche Aufträge einer öffentlichen Ausschreibung zu entziehen, auch wenn mit diesen in keiner einzigen Hinsicht ein öffentliches Interesse verbunden ist. Darüber hinaus schaffen sie eine privilegierte Position für die eigenen ausführenden Dienste, die für in keinerlei Zusammenhang mit gesetzlichen oder statutarischen Aufgaben stehende öffentliche Aufträge herangezogen werden können. Obwohl diese Dienste de iure eigene Mittel der Verwaltung sind, werden sie faktisch in die Position privilegierter Marktteilnehmer versetzt. Es ist sehr fraglich, ob eine solche Konstruktion mit dem Grundsatz des Artikels 86 Absatz 1 EG wonach derartige Formen von Ungleichbehandlung verboten sind, in Einklang steht²¹.

83. Mehr auf den gesetzlichen und tatsächlichen Kontext zugeschnitten, der den in Rede stehenden Vorabentscheidungsfragen zugrunde liegt, stellt sich schließlich noch die Frage, ob die bloße Möglichkeit, dass die TRAGSA nach Artikel 152 des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen mit der Durchführung von Arbeiten und Dienstleistungen außerhalb ihrer gesetzlichen Aufgabenumschreibung betraut werden kann, keine Folgen für die Frage hat, ob dieses öffentliche Unternehmen das zweite Teckal-Kriterium noch erfüllen kann, nämlich dass es seine Tätigkeiten im Wesentlichen für

21 — Siehe hierzu näher die Nrn. 117 bis 122 dieser Schlussanträge.

eine öffentliche Stelle ausübt, die es kontrolliert.

C — Die Beantwortung der Fragen

Die erste und die zweite Frage

84. Wie oben in den Nummern 38 und 44 dieser Schlussanträge bereits ausgeführt wurde, ist in dem gesetzlichen und tatsächlichen Kontext des Ausgangsverfahrens keine Rede von einer Situation, in der die den Auftrag erteilende öffentliche Stelle kraft eines entgeltlichen Vertrages einen Auftrag an eine selbständige juristische Person vergibt, über die der Auftraggeber eine Kontrolle wie die über seine eigenen Dienststellen ausübt. Im vorliegenden Fall muss die TRAGSA, auch wenn sie eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, als ein eigener Dienst angesehen werden. Das ergibt sich aus den einschlägigen spanischen Rechtsvorschriften.

85. Im Urteil Stadt Halle²² hat der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass eine öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftrag-

geber ist, die Möglichkeit hat, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. In einem solchen Fall kann von einem entgeltlichen Vertrag mit einer Einrichtung, die sich rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, nicht die Rede sein. Die Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge sind daher nicht anwendbar.

86. Meiner Auffassung nach folgt aus dem für die TRAGSA geltenden gesetzlichen Statut, dass sie als eigenes Mittel oder ausführender Dienst jedenfalls der spanischen Zentralverwaltung anzusehen ist. Soweit die TRAGSA innerhalb ihrer gesetzlichen Aufgabenumschreibung ihr von der spanischen Zentralverwaltung erteilte Aufträge ausführt, sind auf sie daher die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen nicht anwendbar.

87. Aus den Urteilen des Gerichtshofes in den Rechtssachen Coname²³ und Parking Brixen²⁴ leite ich ab, dass, sofern das Verhältnis zwischen einer Auftrag gebenden öffentlichen Stelle und einem ausführenden Dienst oder einer juristischen Person nicht von den Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen geregelt wird, auf

22 — Zitiert oben in Fußnote 7 (Randnr. 48).

23 — Bereits zitiert in Fußnote 8 (Randnr. 16).

24 — Bereits zitiert in Fußnote 8 (Randnr. 61 und 62).

dieses gleichwohl die allgemeinen Vertragsbestimmungen, insbesondere die Bestimmungen über die fundamentalen Grundfreiheiten und den Wettbewerb anwendbar bleiben.

88. Zwar sind die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen nicht anwendbar, wenn eine öffentliche Stelle die ihr obliegenden Aufgaben von allgemeinem Interessen mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Diensten erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden, sofern die betreffende Stelle über diese Dienste eine Kontrolle wie über ihre übrigen internen Dienste ausübt und sofern die fraglichen Dienste außerdem ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie beherrschende öffentliche Stelle verrichten, aber diese beiden Voraussetzungen – die so genannten Teckal-Kriterien – sind eine Ausnahme. Sie müssen daher eng ausgelegt werden, und die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme von diesen Vorschriften rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, trägt derjenige, der sich auf sie berufen will²⁵.

89. Aus diesen mehr oder weniger parafraisierten Erwägungen des Urteils Parking Brixen ergibt sich, dass auch hinsichtlich der

TRAGSA zu prüfen ist, ob in ihrem Fall die so genannten Teckal-Kriterien geltend gemacht werden können. Diese Prüfung ist dem nationalen Gericht vorbehalten, das dabei den gesetzlichen und tatsächlichen Kontext untersuchen muss, innerhalb dessen die TRAGSA tätig ist. Der Gerichtshof kann ihm hierfür die erforderlichen Elemente an die Hand geben, die ihm bei der Entscheidung über den Rechtsstreit behilflich sein können.

90. Auf den zweiten Blick ist es nicht zweifelhaft, dass das Verhältnis zwischen der spanischen Zentralverwaltung und der Regionen auf der einen und der TRAGSA auf der anderen Seite das erste Teckal-Kriterium erfüllt:

Alle Anteile an der TRAGSA befinden sich unmittelbar oder mittelbar in den Händen des spanischen Staates und der Regionen, auch wenn nur vier Regionen einen Anteil von symbolischen Umfang halten.

Außerdem scheint der gesetzliche Rahmen, in dem die TRAGSA als ausführender Dienst der spanischen Zentralverwaltung und der Regionen hinsichtlich der Agrarstrukturpolitik in weitem Sinn tätig ist, keinen anderen Schluss zuzulassen als den, dass sie in dieser Eigenschaft als „eigenes Mittel“ der betreffenden öffentlichen Stellen tätig ist. Ich

25 — U. a. bereits in Fußnote 7 zitiertes Urteil Stadt Halle (Randnr. 46) und bereits in Fußnote 8 zitiertes Urteil Parking Brixen (Randnrn. 63 und 65).

verweise in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Wiedergabe des gesetzlichen Rahmens in den Nummern 4 bis 9 dieser Schlussanträge.

91. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der Gerichtshof das erste Teckal-Kriterium dahin weiterentwickelt, dass es sich bei der Ausübung einer Kontrolle „wie über [die] eigenen Dienste“ „um die Möglichkeit handeln [muss], sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen [der betreffenden] Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“²⁶.

92. Das derart gefasste Kriterium gilt nicht nur in dem Verhältnis zwischen einer öffentlichen Stelle und ihrem eigenen ausführenden Dienst, sondern auch, wenn verschiedene öffentliche Stellen, ob nun in einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen oder nicht, einen gemeinsamen ausführenden Dienst haben²⁷.

26 — Vgl. Urteile *Parking Brixen* (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 65) und *Carbotermo* (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 36).

27 — Im (bereits in Fußnote 8 zitierten) Urteil *Coname* ging es um eine solche im gemeinsamen Eigentum öffentlicher Stellen stehende juristische Person (*Padania*), ebenso in dem (in Fußnote 7 zitierten) Urteil *Carbotermo*. Dass an dieses Kriterium sowohl quantitative als auch qualitative Anforderungen zu stellen sind, ergibt sich sowohl aus dem Urteil *Coname*, wo ein Anteil von 0,97 % als unzureichend für einen objektiven Rechtsfertigungsgrund erachtet wurde, als auch aus dem Urteil *Carbotermo*, wo die Kontrollbefugnisse der die Kontrolle ausübenden öffentlichen Stelle über die Leitungsorgane der betreffenden juristischen Personen als unzureichend für „die Möglichkeit ..., ... auf die strategischen Ziele [und] auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen,“ erachtet wurden.

93. Es ist in der Tat nicht ungewöhnlich, dass mehrere öffentliche Stellen für die Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben, wie die Abwasserentsorgung, eine Arbeitsgemeinschaft errichten, die mit der Leitung eines gemeinsamen ausführenden Dienstes betraut ist. Ist dieser gemeinsame ausführende Dienst in der Form einer eigenständigen juristischen Person organisiert, so können die betreffenden Stellen ihren ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser juristischen Person als Anteilseigner und durch Repräsentanz in deren Leitungsorganen ausüben²⁸.

94. Wenn die ausführende Einrichtung als ein „eigenes Mittel“ für die in einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossenen öffentlichen Stellen organisiert ist, muss in Analogie zu den für die Kontrolle über eine zur Durchführung öffentlicher Aufgaben errichtete „gemeinsame“ verselbständigte juristische Person geltenden Anforderungen die Kontrolle derart ausgestaltet sein, dass damit die Möglichkeit aller betreffenden öffentlichen Stellen, „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ... ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen,“ gewährleistet ist.

95. Denn ohne die Möglichkeit, Einfluss auf die Strategie und die Leitung eines gemein-

28 — Aus den oben in Nr. 13 dieser Schlussanträge angeführten und von der Kommission im Wortlaut als Anlage zu ihren schriftlichen Erklärungen beigefügten öffentlich-rechtlichen Verträgen, die die Regionen mit der TRAGSA geschlossen haben, ist das Bestehen eines ausschlaggebenden Einflusses auf die TRAGSA nicht abzuleiten. Hierüber wird jedoch letztlich die Auslegung durch das nationale Gericht Aufschluss geben müssen.

samen Dienstes als eines eigenen Mittels auszuüben, können die beteiligten öffentlichen Stellen auch nicht für das Handeln dieses Dienstes verantwortlich gemacht werden. Dies gilt auch für ihre Verantwortlichkeit hinsichtlich der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts.

96. Im Übrigen hat die Kommission nicht Unrecht mit ihrer Behauptung, dass Konstruktionen, in denen mehrere öffentliche Stellen einen ausführenden Dienst heranziehen, der in Bezug auf die Befugnisse der Einflussnahme als eigenes Mittel einer einzigen von ihnen organisiert ist, missbrauchsanfällig seien. Solche Konstruktionen können dazu führen, dass öffentliche Stellen für die Durchführung von Arbeiten und die Erbringung von Dienstleistungen, die sie sonst öffentlich ausgeschrieben hätten, den bereits bestehenden „eigenen“ ausführenden Dienst einer anderen öffentlichen Stelle in Anspruch zu nehmen – oder dazu geradezu eingeladen werden. Wie ich oben in den Nummern 57 bis 59 bereits ausgeführt habe, kann dies dazu führen, dass umfangreiche Teilmärkte der Wirkung des primären und des sekundären Gemeinschaftsrechts über die Vergabe öffentlicher Aufträge entzogen werden.

97. Das führt mich in einem Zwischenschritt zu dem Ergebnis, dass in Fällen, in denen sich ein ausführender Dienst als „eigenes Mittel“ für verschiedene öffentliche Stellen betätigt, der reale Einfluss aller Auftragsgebenden öffentlichen Stellen sowohl auf

die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen hinsichtlich dieses „eigenen Mittels“ in dem für es geltenden gesetzlichen Statut gewährleistet sein muss. Daneben muss genau definiert sein, für die Wahrnehmung welcher öffentlichen Stellen dem gemeinsamen ausführenden Dienst in seiner Eigenschaft als „eigenes Mittel“ Aufträge erteilen können, um die in der vorherigen Nummer erwähnte Missbrauchsgefahr so weit wie möglich einzuschränken²⁹.

98. Aus der Wiedergabe des gesetzlichen Statuts der TRAGSA oben in den Nummern 4 bis 9 ergibt sich, dass dieses vollständig oder nahezu vollständig durch die Rechtsvorschriften der spanischen Zentralverwaltung bestimmt ist. Auch Gebührensätze für die Tätigkeiten der TRAGSA im Auftrag der Zentralverwaltung und der Regionen werden durch die Zentralverwaltung oder unter deren Verantwortung geregelt. Irgendein unmittelbarer Einfluss der Regionen ist nicht erkennbar. Zwar können die Regionen, wie die TRAGSA und die spanische Regierung hervorgehoben haben, ihren Einfluss über ihre Aufträge geltend machen, aber eine derartige Kontrolle der Ausgestaltung und

29 — Die Notwendigkeit einer präzisen abschließenden Umschreibung der Aufgaben und Befugnisse einer gemeinsamen ausführenden Einrichtung ist auch für das zweite Teckal-Kriterium von Belang. Siehe unten, Nrn. 112 bis 116 und 117 bis 121.

Durchführung einzelner Arbeiten und Vorhaben – die jedem Auftrag immanent ist, den eine öffentliche Stelle einer eigenen Dienststelle oder einer externen juristischen Person erteilt – ist nicht die Kontrolle, die der Gerichtshof im Auge hat, wenn er von der Möglichkeit spricht, „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen [in diesem Fall: des ‚eigenen‘ ausführenden Dienstes] ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“.

99. Außerdem sei noch daran erinnert, dass der fehlende Einfluss der Regionen auf das gesetzliche Statut der TRAGSA und im Rahmen desselben in keinerlei Hinsicht durch den Einfluss ausgeglichen wird, die sie als Anteilseigner an dieser juristischen Person geltend machen könnten, da nur eine kleine Minderheit der Regionen einen – zudem nur symbolischen – Anteil an der TRAGSA hält.

100. Dass der die Betätigung der TRAGSA regelnde gesetzliche Rahmen keine eindeutige abschließende Umschreibung der Gegenstände gibt, hinsichtlich deren die Regionen der TRAGSA Aufträge erteilen können – in diesem Zusammenhang ist die oben in den Nummern 73 bis 83 besprochene allgemeine Regelung des öffentlichen Auftragswesens in Spanien von Belang –, weist weiter darauf hin, dass die TRAGSA nicht als ein gemeinsamer ausführender Dienst für die Verwirklichung abschließend definierter Arbeiten und Dienstleistungen im öffentlichen Interesse angesehen werden kann. Die Ge-

fahren eines Missbrauchs, die eine solche offene Konstruktion bietet, habe ich oben bereits beschrieben.

101. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die TRAGSA, wenn sie unter einem gesetzlichen Statut wie dem derzeit geltenden tätig ist, nicht als „eigenes Mittel“ der Regionen angesehen werden kann, weil diese über die strategischen Ziele und sonstige wichtige Entscheidungen dieser juristischen Person keine Kontrolle ausüben können.

102. Da die TRAGSA nicht als eigenes Mittel der Regionen anzusehen ist, liegt die Schlussfolgerung, dass die Aufträge der Regionen an die TRAGSA zu Unrecht nicht öffentlich ausgeschrieben worden sind, auf der Hand.

103. Grundsätzlich anders verhält es sich für die Aufträge der spanischen Zentralverwaltung an die TRAGSA, hinsichtlich deren Erfüllung sie durchaus als eigenes Mittel angesehen werden kann.

104. Aus der oben in den Nummern 61 bis 65 dieser Schlussanträge angestellten Unter-

suchung des rechtlichen Rahmens, in dem die TRAGSA tätig ist, ergibt sich, dass dieser Rahmen auch nicht die im zweiten Teckal-Kriterium enthaltenen Anforderungen erfüllt.

105. Im Urteil Carbotermo³⁰ hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Voraussetzung, dass die juristische Person, über die die öffentliche Stelle eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt, zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Stelle oder die öffentlichen Stellen verrichten muss, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben, insbesondere das Ziel verfolgt, eine Verfälschung des Wettbewerbs zu vermeiden.

106. Nur wenn die kontrollierte juristische Person den überwiegenden Teil ihrer Tätigkeiten ausschließlich für die öffentliche Stelle (oder die öffentlichen Stellen), die sie beherrscht (beherrschen), verrichtet, kann es gerechtfertigt sein, dass die zwingenden Bestimmungen der zum Schutz des Wettbewerbs erlassenen Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht anwendbar sind, weil in einer derartigen Situation gar kein Wettbewerb mehr besteht.

107. Das impliziert, dass nur dann davon auszugehen ist, dass die betreffende juristische Person im Sinne des Urteils Teckal ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie beherrschende öffentliche Stelle verrichtet,

wenn die Tätigkeit dieses Unternehmens hauptsächlich für diese Stelle bestimmt und jede andere Tätigkeit marginal ist.

108. Nun habe ich oben in den Nummern 61 bis 65 festgestellt, dass die Tätigkeiten der TRAGSA für andere öffentliche Stellen als die spanische Zentralverwaltung und die Regionen und für Private in den vergangenen drei Jahren zwischen 7 % und 8,5 % ihres Gesamtumsatzes betragen und dass ihr gesetzliches Statut keine Beschränkungen für den Umfang dieser Tätigkeiten aufstellt.

109. Wenn außerdem meine oben aufgestellte These richtig ist, dass die Regionen in Bezug auf die TRAGSA nicht als die Kontrolle ausübende öffentliche Stellen betrachtet werden können, dann ergibt sich daraus notwendigerweise, dass die Voraussetzung, dass die Tätigkeiten im Wesentlichen für die die Kontrolle ausübende öffentliche Stelle verrichtet werden, nicht erfüllt ist, da die Tätigkeiten für die Regionen mehr als 50 % des Gesamtumsatzes der TRAGSA ausmachen.

110. Die Bedingung, dass die Tätigkeiten im Wesentlichen für die die Kontrolle ausübende öffentliche Stelle verrichtet werden, ist eine notwendige Voraussetzung, um eine Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt zu vermeiden, wie dies der Gerichtshof vor kurzem noch im Urteil Carbotermo³¹ hervorgehoben hat. Dass

30 — Bereits zitiert in Fußnote 7 (Randnm. 58 bis 63).

31 — Zitiert in Fußnote 7.

diese Bedingung erfüllt ist, reicht jedoch nicht aus.

Prüfung anhand von Artikel 86 Absatz 1 EG verlangt.

111. Wenn die TRAGSA tatsächlich den größten Teil ihrer Tätigkeiten für die öffentliche Stelle oder die öffentlichen Stellen, die sie kontrollieren, verrichtete, dann bestünde doch noch die Möglichkeit, dass sie mit ihren verbleibenden Tätigkeiten den Wettbewerb auf Teilmärkten schwerwiegend stören könnte. Wie ich oben in den Nummern 66 bis 72 bereits ausgeführt habe, ist sie nämlich, solange diese Tätigkeiten in der Organisation dieses ausführenden Dienstes in finanzieller/bilanzmäßiger, materieller und personeller Hinsicht nicht von den Tätigkeiten, die sie als ausführender Dienst einer oder mehrerer öffentlicher Stellen verrichtet, vollständig getrennt gehalten werden, in der Lage, die Vorteile aus ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern auf den noch offenen Teilmärkten auszunutzen.

112. Es ist dieser hybride Charakter der TRAGSA als teils interner ausführender Dienst der sie kontrollierenden öffentlichen Stelle oder Stellen, teils juristische Person, die um Aufträge anderer öffentlichen Stellen wie der Gemeinden oder von Privaten und Unternehmen konkurriert, der eine nähere

113. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

114. Wenn sich nun eine interne „eigene“ ausführende Einrichtung für eine öffentliche Stelle auf offenen Teilmärkten betätigt, ohne dass wirksame und transparente Maßnahmen getroffen worden sind, um zu verhindern, dass eventuelle finanzielle Vorteile, die dieser Dienst aus dem Umstand herleitet, dass er seine Tätigkeiten im Wesentlichen als ausführende Einrichtung einer öffentlichen Stelle erledigt, im Wettbewerb auf diesen Teilmärkten zum Tragen kommen, dann werden damit nicht die in Artikel 86 Absatz 1 EG aufgestellten ausdrücklichen Forderungen erfüllt.

115. Ein solches Versäumnis steht insbesondere im Widerspruch zu den Artikeln 43 EG und 49 EG, da auf den offenen nationalen Märkten Gelegenheitsarbeiten verrichtende

eigene ausführende Dienste den Zugang potenzieller Bieter erschweren können³².

116. Die Gefahren, die sich im Licht des Verbotes staatlicher Beihilfen aus dem Fehlen transparenter finanzieller und bilanzmäßiger Verhältnisse zwischen dem Staat oder anderen öffentlichen Stellen auf der einen und öffentlichen Unternehmen und Betrieben auf der anderen Seite ergeben, haben die Kommission in der Vergangenheit veranlasst, Vorschriften auf der Grundlage des Artikels 86 Absatz 3 EG zu erlassen³³.

Diese Gefahren sind in dem rechtlichen und tatsächlichen Kontext, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, mindestens ebenso groß. Das Fehlen einer ausdrücklichen Garantie in der für die TRAGSA geltenden rechtlichen Regelung gegen offene oder verdeckte Formen der Quersubventionierung der Tätigkeiten dieser Einrichtung als eigener ausführender Dienst der Verwaltung und als Marktteilnehmer auf offenen Teilmärkten steht daher auch nicht in Einklang mit Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit den Artikeln 87 EG und 88 EG.

117. In den Nummern 78 bis 83 oben bin ich ausführlich auf die Gefahren eingegan-

gen, die die Anwendung von Bestimmungen wie der Artikel 152 und 194 der allgemeinen spanischen Rechtsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen für die praktische Wirksamkeit des entsprechenden Gemeinschaftsrechts und für die fundamentalen Grundfreiheiten sowie die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gemeinsamen Markt mit sich bringen kann.

118. Diese Gefahren sind darin begründet, dass, wenn ausführende Dienste als „eigene Mittel“ oder selbständige juristische Personen, die unter vollständiger Kontrolle der Auftrag gebenden öffentlichen Stellen stehen, auch außerhalb des Bereiches der Zuständigkeiten, die in den ihre Rechtsstellung regelnden gesetzlichen, administrativen oder privatrechtlichen Vorschriften festgelegt sind, oder außerhalb des dort definierten Tätigkeitsfeldes von den für sie verantwortlichen Verwaltungen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge erhalten können, die praktische Wirksamkeit der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge weitgehend ausgehöhlt werden kann oder, sofern diese Richtlinien nicht anwendbar sind, ernste Behinderungen des zwischenstaatlichen Verkehrs von Waren und Dienstleistungen und der Niederlassungsfreiheit entstehen können und damit auf den betreffenden Märkten die Wettbewerbsverhältnisse zwischen diesen ausführenden Diensten oder den unter öffentlich-rechtlicher Kontrolle stehenden juristischen Personen auf der einen und privaten Unternehmen auf der anderen Seite schwerwiegend verfälscht werden können. Hiervon ist nur die eine Ausnahme zulässig, dass zwingende Erfordernisse des öffentlichen Interesses eine Rechtfertigung für die unmittelbare Vergabe von Aufträgen an eine eigene ausführende Einrichtung darstellen, auch

32 — Im Urteil Coname (bereits zitiert in Fußnote 8) hat der Gerichtshof, wenn auch in einem etwas anderen tatsächlichen Zusammenhang, ausgeführt, dass das Fehlen der erforderlichen Transparenz eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit darstellen kann.

33 — Vgl. Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195, S. 35), später mehrfach ergänzt und geändert.

wenn diese Aufträge nicht zu den gesetzlichen oder statutarischen Aufgaben gehören. Hierbei wäre an Naturkatastrophen und damit vergleichbare außergewöhnliche Umstände zu denken, die den sofortigen Einsatz aller Mittel, über die eine Verwaltung verfügt, erforderlich machen können.

gen – und verstoßen dadurch gegen Artikel 86 Absatz 1 EG.

Die dritte Frage

119. Diese Konsequenzen wollte der Gerichtshof nun gerade mit dem zweiten Tekkal-Kriterium vermeiden. Soll dieses Kriterium wirksam sein, so muss es dahin ausgelegt werden, dass es auch untersagt, an „eigene“ ausführende Dienste oder unter öffentlich-rechtlicher Kontrolle stehende juristische Personen öffentliche Aufträge zu vergeben, deren Gegenstand außerhalb ihrer gesetzlich, administrativ oder statutarisch festgelegten Zuständigkeiten liegen.

122. Die dritte Frage des Tribunal Supremo geht dahin, ob das Urteil des Gerichtshofes vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache Spanien/Kommission³⁴ Folgen für die Beurteilung der gesetzlichen Stellung der TRAGSA bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hat.

120. Im Übrigen hat das vorlegende Gericht meiner Auffassung nach zu Recht die Vereinbarkeit von Vorschriften wie der Artikel 152 und 194 des geltenden spanischen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht angezweifelt.

123. In diesem Urteil gelangte der Gerichtshof zu dem Schluss, dass eine Einrichtung wie die TRAGSA, die ihrer finanziellen und bilanzmäßigen Selbständigkeit zum Trotz vollständig der Kontrolle des spanischen Staates unterliegt, als ein eigener Dienst der spanischen Verwaltung im Sinne von Artikel 3 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 154/75 anzusehen ist.

121. Solche Vorschriften schaffen in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge unverkennbar eine privilegierte Position für eigene ausführende Dienste oder unter öffentlich-rechtlicher Kontrolle stehende juristische Personen – die sich außerhalb ihrer gesetzlichen, administrativen oder statutarischen Zuständigkeiten als Marktteilnehmer betäti-

124. Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, betrifft diese Beurteilung des Gerichtshofes die Tätigkeiten, die die

34 — Zitiert in Fußnote 12.

TRAGSA im Auftrag des spanischen Staates hinsichtlich der Anlage einer Kartei für den Olivenanbau verrichtete.

125. Auf das Vorbringen der spanischen Regierung, dass die TRAGSA als selbständige juristische Person einen nicht öffentlich ausgeschriebenen Auftrag für die Anlage dieser Kartei wegen der erforderlichen Vertraulichkeit, der eine solche Tätigkeit unterliege, erhalten habe, stellte der Gerichtshof fest, dass die TRAGSA als eine eigene ausführende Einrichtung anzusehen ist, die Teil der öffentlichen Verwaltung ist. Auf sie ist die in den Urteilen Teckal³⁵ und ARGE³⁶ entwickelte Rechtsprechung grundsätzlich anwendbar. Dies wird nach Auffassung des Gerichtshofes durch Artikel 88 Absatz 4 des Gesetzes Nr. 66/97 vom 30. Dezember 1997³⁷ bestätigt, wonach die TRAGSA als Hilfsmittel und technischer Dienst der spanischen Verwaltung verpflichtet ist, die Arbeiten, die die allgemeine staatliche Verwaltung, die Autonomen Regionen und die diesen unterstellten öffentlichen Stellen ihr übertragen, ausschließlich selbst oder über ihre Tochtergesellschaften durchzuführen³⁸.

126. Ich bemerke in diesem Zusammenhang, dass im Urteil Spanien/Kommission in erster Linie zur Diskussion stand, ob das Königreich Spanien die Anlage der Kartei über den Olivenanbau der TRAGSA ohne öffentliche Ausschreibung übertragen durfte.

127. Dabei brauchte der Gerichtshof Fragen wie die in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden nicht zu untersuchen. Daher können an dieses Urteil auch keine weitergehenden Schlussfolgerungen geknüpft werden als die, dass die TRAGSA als ausführender Dienst auf dem Gebiet der Agrarstrukturpolitik in einem weiten Sinn als eigenes Mittel der spanischen Zentralverwaltung anzusehen ist. Dies steht in Einklang mit meinem Ergebnis oben in Nummer 103 dieser Schlussanträge.

D — Die Zulässigkeit

128. Bei der Untersuchung der ersten beiden Fragen des Tribunal Supremo wurde deutlich, dass das gesetzliche Statut, wonach die TRAGSA als eigenes Mittel im Dienst der Regionen tätig ist, die Befugnis dieser juristischen Person, auch für andere – von der Zentralverwaltung und den Regionen verschiedene – öffentliche Stellen, für Privatpersonen und private Unternehmen Tätigkeiten zu verrichten, wie auch die Artikel 152 und 194 des geltenden spanischen Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen angesichts ihrer Unvereinbarkeit mit den Kriterien, die der Gerichtshof in Randnummer 50 des Urteils Teckal formuliert hat, zu beanstanden sind.

129. Diese Unvereinbarkeit hat Rechtsfolgen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und

35 — Bereits zitiert in Fußnote 7.

36 — Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99 (ARGE, Slg. 2000, I-11037, Randnr. 40).

37 — Dessen Inhalt ist oben in Nr. 5 zusammengefasst.

38 — Urteil Spanien/Kommission (zitiert oben in Fußnote 12, Randnrn. 204 bis 206).

Dienstleistungsaufträge. Außerdem kann sie zu einem Verstoß gegen die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG führen.

130. Die oben ausdrücklich formulierte Kritik ist auch im Vorlagebeschluss implizit durch die Äußerung von Zweifeln ausgedrückt.

131. Das ist insbesondere in den vom Tribunal Supremo unter „Viertens“ angeestellten Erwägungen seines Vorlagebeschlusses offensichtlich.

132. Es besteht für mich kein Zweifel, dass die Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen durch den Gerichtshof unter Berücksichtigung des dort formulierten Zweifels dem vorlegenden Gericht für sein Urteil im Ausgangsverfahren durchaus Kriterien verschaffen kann, auf die es sich stützen kann.

133. Die von der TRAGSA und der spanischen Regierung angeführten Argumente, dass die Rechtsfragen, die das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss vorbringt, „neu“ seien und in einem Kassationsverfahren nicht sachdienlich und daher als hypothetisch unzulässig seien, überzeugen mich insgesamt nicht.

134. Zunächst ist der Gerichtshof für gewöhnlich außerordentlich zurückhaltend bei der Beurteilung der Funktion und des Nutzens der ihm vorgelegten Fragen für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens durch das nationale Gericht. Nur wenn die Fragen offensichtlich hypothetischen Charakter haben, erachtet sie der Gerichtshof für unzulässig³⁹.

135. Aus der Darstellung des Verfahrens, wie es in den verschiedenen administrativen und gerichtlichen Instanzen in Spanien abgelaufen ist, ergibt sich, dass in diesen stets von der Vereinbarkeit des gesetzlichen Statuts, nach dem die TRAGSA sich betätigt, mit dem nationalen Wettbewerbsrecht ausgegangen wurde. Dass das Tribunal Supremo dabei auch die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts über die Vergabe öffentlicher Aufträge und den Wettbewerb einbezogen hat, ist ein Vorgehen, das als solches die sich daraus ergebenden Fragen keineswegs hypothetisch macht.

136. Ob das Tribunal Supremo in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit nach spanischem Recht so vorgehen durfte, ist eine Frage, die das Tribunal Supremo als im vorliegenden Fall höchstes Gericht schlicht selbst beantworten muss und kann⁴⁰.

39 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglio Nevello, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18), vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-314/96 (Diabala, Slg. 1998, I-1049, Randnr. 18), vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-167/01 (Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Randnrn. 44 und 45).

40 — Nur wenn bei der Untersuchung anhand des dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalts und des sich darauf beziehenden nationalen Rechts offensichtlich ist, dass die Entscheidung des Gerichtshofes über die ihm vorgelegten Fragen nicht zur Lösung des Rechtsstreits beitragen kann, können die Vorabentscheidungsfragen für unzulässig erklärt werden. Vgl. u. a. Urteile vom 16. September 1982 in der Rechtssache 132/81 (Vlaeminck, Slg. 1982, 2966, Randnrn. 13 und 14) und aus jüngerer Zeit vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-314/01 (Siemens und ARGE Telecom, Slg. 2004, I-2549, Randnr. 37).

137. Die Auffassung der Kommission, dass die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen im Vorlagebeschluss zu summarisch seien, teile ich ebenfalls nicht. Sie bieten, wie oben deutlich geworden ist, eine ausreichenden

de Stütze für eine mehr als summarische Untersuchung der vorgelegten Fragen.

138. Ich komme daher zu dem Schluss, dass die Fragen des Tribunal Supremo zulässig sind.

V — Ergebnis

139. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vom Tribunal Supremo vorgelegten Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu antworten:

- Auf eine juristische Person des Privatrechts wie die TRAGSA, die kraft ihres gesetzlichen Statuts als „eigenes Mittel“ der Verwaltung anzusehen ist und die ohne entgeltliche Verträge die ihr von den dazu befugten öffentlichen Stellen erteilten Aufträge ausführen muss, sind grundsätzlich die Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge nicht anwendbar.

- Dafür muss nach den einschlägigen nationalen Vorschriften sichergestellt sein, dass die zuständigen nationalen öffentlichen Stellen die betreffende juristische

Person in dem Sinne kontrollieren, dass sie sowohl auf deren strategische Ziele als auch auf ihre wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss ausüben, und dass diese juristische Person zugleich ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie kontrollierenden öffentlichen Stellen verrichten muss, und zwar so, dass jede andere Tätigkeit marginal ist.

- Die Voraussetzung, dass die zuständigen öffentlichen Stellen sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser juristischen Person ausschlaggebenden Einfluss ausüben können, ist nicht erfüllt, wenn die öffentlichen Stellen, die die juristische Person als ausführenden Dienst in Anspruch nehmen, keinen unmittelbaren Einfluss auf den Inhalt des gesetzlichen Statuts haben, das für diese juristische Person gilt, und auch nicht auf die Gebührensätze, nach denen diese für ihre Tätigkeiten abrechnen kann, und wenn diese Stellen außerdem als Anteilseigner an dieser juristischen Person auf deren Entscheidungen keinen ausschlaggebenden Einfluss ausüben können.

- Die Voraussetzung, dass die juristische Person ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die sie kontrollierenden öffentlichen Stellen verrichtet, ist nicht erfüllt, wenn das gesetzliche Statut den Umfang anderer Tätigkeiten nicht so begrenzt, dass diese marginal bleiben.

- Aus Artikel 86 Absatz 1 EG ergibt sich, dass eine juristische Person, die hinsichtlich des wesentlichen Teils ihrer Tätigkeiten als ausführender Dienst der zu ihrer Inanspruchnahme als solcher Dienst befugten öffentlichen Stellen fungiert, die Tätigkeiten, die sie für andere öffentliche Stellen und für Private ausübt, sowohl in organisatorischer als auch in finanzieller und bilanzmäßiger Hinsicht in transparenter Art und Weise von ihren Tätigkeiten als eigenes Mittel der befugten öffentlichen Stellen zu trennen hat.

- Aus derselben Vertragsbestimmung ergibt sich, dass nationale Verwaltungen keine öffentlichen Bauaufträge, Lieferaufträge oder Dienstleistungsaufträge an eine juristische Person in deren Eigenschaft als eigener ausführender Dienst vergeben dürfen, wenn diese Aufträge nicht mit ihren öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten in Zusammenhang stehen oder wenn die Durchführung dieser Aufträge außerhalb der im gesetzlichen Statut festgelegten Aufgabenumschreibung dieser juristischen Person liegt. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn für einen solchen Auftrag eine objektive Rechtfertigung vorliegt, wie im Fall von Naturkatastrophen und damit vergleichbaren außergewöhnlichen Umständen.

- Das nationale Gericht muss im Rahmen des rechtlichen und tatsächlichen Kontextes des Ausgangsverfahrens prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.