



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

5. Oktober 2017\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge – Richtlinie 2004/18/EG – Art. 1 Abs. 9 – Begriff des öffentlichen Auftraggebers – Gesellschaft, deren Kapital von einem öffentlichen Auftraggeber gehalten wird – In-House-Geschäfte innerhalb des Konzerns“

In der Rechtssache C-567/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius, Litauen) mit Entscheidung vom 21. Oktober 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 2. November 2015, in dem Verfahren

**„LitSpecMet“ UAB**

gegen

**„Vilniaus lokomotyvų remonto depas“ UAB,**

Beteiligte:

**„Plienmetas“ UAB,**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. von Danwitz, des Präsidenten K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben eines Richters der Vierten Kammer sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatte), C. Vajda und C. Lycourgos,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: I. Illéssy, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2017,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der „LitSpecMet“ UAB, vertreten durch C. Maczkovics, R. Martens und V. Ostrovskis, advokatai,
- der „Vilniaus lokomotyvų remonto depas“ UAB, vertreten durch D. Soloveičik, advokatas, und G. Jokubauskas, Vertreter der Gesellschaft,

\* Verfahrenssprache: Litauisch.

- der litauischen Regierung, vertreten durch D. Kriauciūnas, D. Stepanienė und R. Butvydytė als Bevollmächtigte,
- der deutschen Regierung, vertreten durch J. Möller als Bevollmächtigten,
- der portugiesischen Regierung, vertreten durch L. Inez Fernandes, M. Figueiredo und F. Batista als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch A. Tokár, A. Steiblytė und J. Jokubauskaitė als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 27. April 2017

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114) in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 (ABl. 2011, L 319, S. 43) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2004/18).
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der „LitSpecMet“ UAB und der „Vilniaus lokomotyvų remonto depas“ UAB (im Folgenden: VLRD) wegen eines Auftrags über die Lieferung von Eisenmetallstäben, den Letztere teilweise an LitSpecMet vergeben hatte.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Die Richtlinie 2004/18 wurde mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben und durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 (ABl. 2014, L 94, S. 65) ersetzt.
- 4 Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 definierte „öffentliche Lieferaufträge“ als andere öffentliche Aufträge als öffentliche Bauaufträge, die den Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren betreffen.
- 5 Art. 1 Abs. 9 dieser Richtlinie bestimmte:

„Öffentliche Auftraggeber“ sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

Als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts‘ gilt jede Einrichtung, die

- a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- b) Rechtspersönlichkeit besitzt und

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

...“

6 Art. 7 („Schwellenwerte für öffentliche Aufträge“) dieser Richtlinie sah vor:

„Diese Richtlinie gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht aufgrund der Ausnahmen nach den Artikeln 10 und 11 und nach den Artikeln 12 bis 18 ausgeschlossen sind und deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte erreicht oder überschreitet:

...

b) 200 000 EUR

- bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von anderen als den in Anhang IV genannten öffentlichen Auftraggebern vergeben werden;

...“

### *Litauisches Recht*

7 Das Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen), das die Richtlinie 2004/18 in litauisches Recht umsetzt, sieht in Art. 4 („Öffentliche Auftraggeber“) vor:

„(1) Öffentliche Auftraggeber sind:

1. staatliche oder lokale Behörden;
2. juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die die in Abs. 2 dieser Vorschrift vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen;
3. Vereinigungen von unter Nr. 1 dieses Absatzes genannten Behörden und/oder von unter Nr. 2 dieses Absatzes genannten juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts;
4. die in Art. 70 Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 dieses Gesetzes genannten, im Bereich der Wasser- und Energieversorgung, im Transport- oder im Postwesen als Auftraggeber tätigen Unternehmen.

(2) Juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts (mit Ausnahme der staatlichen oder lokalen Behörden) sind öffentliche Auftraggeber, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, und wenn sie mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllen:

1. Mehr als 50 % ihrer Tätigkeit wird durch den Haushalt des Staates oder der Gebietskörperschaften, durch sonstige Mittel des Staates oder der Gebietskörperschaften oder durch Mittel anderer juristischer Personen des öffentlichen oder privaten Rechts finanziert, die in diesem Absatz genannt sind;

2. sie unterliegen der Kontrolle (Leitung) durch die staatlichen oder lokalen Behörden oder durch andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die in diesem Absatz genannt sind;
  3. mehr als die Hälfte der Mitglieder ihres Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans werden von staatlichen oder lokalen Behörden oder von juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts ernannt, die in diesem Absatz genannt sind. ...“
- 8 Art. 10 Abs. 5 des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen bestimmt:

„Die Vorschriften dieses Gesetzes sind nicht anwendbar, wenn der öffentliche Auftraggeber einer rechtlich von ihm verschiedenen Einrichtung, über die er eine Kontrolle ausübt, die derjenigen, die er über seine eigenen Dienststellen oder Organe ausübt, ähnlich ist und die er ausschließlich innehat (oder hinsichtlich deren er die Rechte und Pflichten des Staates oder einer lokalen Gebietskörperschaft als einziger Gesellschafter ausübt), einen Auftrag erteilt und wenn die kontrollierte Einrichtung mindestens 90 % ihres Umsatzes im vorhergehenden Geschäftsjahr (oder, wenn sie ihre Tätigkeit seit weniger als einem Jahr ausübt, in dem seit ihrer Gründung vergangenen Zeitraum) durch Tätigkeiten erzielt hat, die darauf gerichtet waren, die Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers zu erfüllen oder diesem die Ausübung seiner Funktionen zu ermöglichen.“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

- 9 VLRD ist eine Handelsgesellschaft, die im Jahr 2003 im Anschluss an eine Umstrukturierung der „Lietuvos geležinkeliai“ AB (im Folgenden: litauische Eisenbahngesellschaft) gegründet wurde und deren Gesellschaftszweck insbesondere in der Herstellung und Instandhaltung von (elektrischen) Lokomotiven, Waggons und elektrischen Triebfahrzeugen besteht.
- 10 VLRD ist eine Tochtergesellschaft der litauischen Eisenbahngesellschaft, die ihr einziger Gesellschafter ist. Letztere war im maßgeblichen Zeitraum der größte Kunde von VLRD, da ihre Aufträge fast 90 % der Umsätze von VLRD darstellten.
- 11 Im Jahr 2013 nahm VLRD eine vereinfachte offene Ausschreibung zur Vergabe eines Auftrags zur Beschaffung von Eisenmetallstäben vor, auf die LitSpecMet antwortete, bevor sie den Zuschlag für nur einen Teil ihres Angebots erhielt.
- 12 LitSpecMet beantragte die Nichtigerklärung der Vergabe und die Bekanntmachung einer neuen Ausschreibung im Einklang mit den Vorschriften des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen, da VLRD ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen sei.
- 13 Insoweit machte LitSpecMet im Kern geltend, zum einen sei VLRD gegründet worden, um die Aufgaben der litauischen Eisenbahngesellschaft, einem vom Staat finanzierten und mit der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen betrauten Unternehmen, zu erfüllen; zum anderen entsprächen die Bedingungen der Warenlieferungen und der Dienstleistungen, die sie an ihre Muttergesellschaft tätige bzw. für sie erbringe, nicht den normalen Wettbewerbsbedingungen. Das rechtfertige die Annahme, dass die Tätigkeit von VLRD im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen solle, so dass davon auszugehen sei, dass es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handele, der den Regeln über öffentliche Aufträge unterliege.
- 14 Das Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius, Litauen) wies die Klage von LitSpecMet ab. Dieses Urteil wurde vom Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) bestätigt.

- 15 Zur Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils wies das Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) insbesondere darauf hin, dass VLRD zur Ausübung einer kommerziellen Tätigkeit und zur Gewinnerzielung gegründet worden sei, was durch den Umstand belegt werde, dass sie allein die Risiken für ihre Tätigkeit trage, ohne Deckung ihrer Verluste durch den Staat. Das Berufungsgericht war zudem der Ansicht, dass die Tätigkeit von VLRD nicht als eine Tätigkeit angesehen werden könne, die eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe für alle Bürger erfülle, da nachgewiesen worden sei, dass sich VLRD in einem wettbewerbsorientierten Umfeld bewege und dass im maßgeblichen Zeitraum zwar fast alle von ihr getätigten Geschäfte mit der litauischen Eisenbahngesellschaft geschlossen worden seien, die durchgeführten Prognosen aber zeigten, dass diese Geschäfte im Jahr 2016 nur noch 15 % der Umsätze von VLRD darstellten.
- 16 Der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens) hob das Urteil des Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) auf.
- 17 Dabei ging der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens) davon aus, dass die Lösung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Auslegung abhängt, die der Wendung „Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“ beizumessen sei, die in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 verwendet werde und die in Art. 4 des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen übernommen worden sei.
- 18 In diesem Zusammenhang wies der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens) insbesondere darauf hin, dass der vom Gerichtshof gewählte funktionelle Ansatz für den Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ dazu führe, für die Bestimmung, ob eine Person ein öffentlicher Auftraggeber sei, verschiedene Prüfungskriterien zu berücksichtigen, wie das Vorliegen einer Wettbewerbssituation innerhalb des Markts, auf dem sie auftrete, die Umstände, unter denen die betreffende Einrichtung gegründet worden sei, die Möglichkeit, diese Einrichtung durch einen anderen Marktteilnehmer zu ersetzen, oder auch die Frage, ob diese Einrichtung die Risiken ihrer Tätigkeit trage.
- 19 Der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens) hat im Wesentlichen festgestellt, dass sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch das Berufungsgericht es unterlassen hätten, die Besonderheiten der wirtschaftlichen Tätigkeiten von VLRD zu prüfen, insbesondere was die Intensität des Wettbewerbs in dem Wirtschaftssektor betrifft, in dem sich diese Gesellschaft bewege. Diese Gerichte hätten der Gesellschaftsform von VLRD, im vorliegenden Fall einer Handelsgesellschaft, für die Annahme, dass VLRD kein öffentlicher Auftraggeber sei, zu große Bedeutung beigemessen.
- 20 Der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens) wies außerdem darauf hin, dass VLRD durchschnittlich 15 In-House-Geschäfte pro Jahr zugunsten ihrer Muttergesellschaft abgeschlossen habe, die für diese Art von Geschäften von den Regeln über öffentliche Aufträge befreit gewesen sei. Nähme die Muttergesellschaft die von ihrer Tochtergesellschaft wahrgenommenen Tätigkeiten selbst wahr, so wäre sie in Bezug auf den Erwerb von Schienenfahrzeugen, Material und in Bezug auf andere Lieferungen, die für die Instandhaltung von Lokomotiven und Schienenfahrzeugen oder andere Arbeiten erforderlich seien, nach dem Gesetz über das öffentliche Auftragswesen der Republik Litauen diesen Regeln unterworfen. In einer solchen Situation sei zu prüfen, ob der Umstand, dass eine Muttergesellschaft die Dienstleistungen einer Tochtergesellschaft in Anspruch nehme, um wirtschaftliche Tätigkeiten, die im Allgemeininteresse liegen, auszuüben, nicht geeignet sei, die Umgehung der Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge zu ermöglichen.
- 21 Der Rechtsstreit wurde an das Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) zurückverwiesen, das das Urteil des Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius) aufhob und die Rechtssache an dieses Gericht zurückverwies.

22 Unter diesen Umständen hat das Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass eine Gesellschaft,

- die von einem öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde, der Tätigkeiten auf dem Gebiet der Schienenbeförderung, insbesondere: Verwaltung der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur, Fahrgast- und Frachtbeförderung, ausübt;
- die unabhängig einer unternehmerischen Tätigkeit nachgeht, eine Unternehmensstrategie entwickelt, Entscheidungen über die Bedingungen ihrer Tätigkeit trifft (Produktmarkt, Kundensegment usw.), sich an einem wettbewerbsorientierten Markt in der gesamten Europäischen Union und außerhalb des Unionsmarkts beteiligt, indem sie Dienstleistungen der Herstellung und Reparatur von Schienenfahrzeugen erbringt, und sich an im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit stehenden öffentlichen Ausschreibungen beteiligt, wobei sie bestrebt ist, Aufträge von Dritten (nicht der Muttergesellschaft) zu erhalten;
- die Dienstleistungen der Reparatur von Schienenfahrzeugen an ihre Gründerin aufgrund von In-House-Geschäften erbringt, wobei der Wert dieser Dienstleistungen 90 % der gesamten Tätigkeit dieser Gesellschaft ausmacht;
- deren an ihre Gründerin erbrachte Dienstleistungen dazu bestimmt sind, die in der Beförderung von Fahrgästen und Fracht bestehende Tätigkeit der Gründerin sicherzustellen;

nicht als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist?

2. Sofern der Gerichtshof feststellt, dass die Gesellschaft unter den oben dargestellten Umständen als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist, ist Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass die Gesellschaft den Status eines öffentlichen Auftraggebers verliert, wenn der Wert der Dienstleistungen der Reparatur von Schienenfahrzeugen, die aufgrund von In-House-Geschäften an den öffentlichen Auftraggeber, der Gründer der Gesellschaft ist, erbracht werden, unter 90 % fällt oder weniger als 90 % oder nicht den Hauptteil des gesamten Umsatzes aus der Tätigkeit der Gesellschaft ausmacht?

### **Zu den Vorlagefragen**

23 Mit seinen Fragen, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Gesellschaft, die zum einen im Alleineigentum eines öffentlichen Auftraggebers steht, dessen Tätigkeit darin besteht, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die zum anderen sowohl Geschäfte für diesen öffentlichen Auftraggeber als auch Geschäfte auf dem wettbewerbsorientierten Markt abwickelt, als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden kann und inwieweit es hierbei gegebenenfalls von Bedeutung ist, dass der Wert der In-House-Geschäfte in Zukunft möglicherweise weniger als 90 % oder nicht den Hauptteil des gesamten Umsatzes der Tätigkeit der Gesellschaft darstellt.

24 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich das vorlegende Gericht im vorliegenden Fall nicht zu dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftragswert äußert, so dass es nicht möglich ist, mit Sicherheit festzustellen, ob der Wert dieses Auftrags den in Art. 7 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwert übersteigt, und daher, ob eine der wesentlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Richtlinie im Ausgangsverfahren erfüllt ist.

- 25 Hat das vorlegende Gericht keine derartige vorherige Feststellung getroffen, so führt dies in Anbetracht der Zusammenarbeit, die das Verhältnis zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens kennzeichnet, nicht zur Unzulässigkeit des Ersuchens, sofern sich der Gerichtshof trotz dieser Unzulänglichkeit in der Lage sieht, dem vorlegenden Gericht anhand der in der Akte enthaltenen Angaben eine sachdienliche Antwort zu geben. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Vorlageentscheidung genügend einschlägige Angaben enthält, um anzunehmen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung eines Sekundärrechtsakts erfüllt werden können. Die Antwort des Gerichtshofs steht allerdings unter der Prämisse, dass das vorlegende Gericht feststellt, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. entsprechend Urteil vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a., C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 48).
- 26 Das vorlegende Gericht hat daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die in Art. 7 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 vorgesehene Voraussetzung des Schwellenwerts von 200 000 Euro erfüllt ist.
- 27 Es steht fest, dass die Tätigkeit der litauischen Eisenbahngesellschaft, die die Erbringung öffentlicher Personenbeförderungsdienste einschließt, als Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben anzusehen ist und dass diese Gesellschaft als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ und daher als „öffentlicher Auftraggeber“ einzuordnen ist.
- 28 Somit soll mit der ersten Frage geklärt werden, ob VLRD ebenfalls als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ einzuordnen ist.
- 29 Nach Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a bis c der Richtlinie 2004/18 stellt eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ jede Einrichtung dar, die erstens zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, zweitens Rechtspersönlichkeit besitzt und drittens überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.
- 30 Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, müssen die drei in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen, so dass beim Fehlen auch nur einer Voraussetzung die betreffende Einrichtung nicht als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ und folglich auch nicht als „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne der Richtlinie 2004/18 qualifiziert werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22. Mai 2003, Korhonen u. a., C-18/01, EU:C:2003:300, Rn. 32, und vom 10. April 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 31 Im Licht der Zielsetzungen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe, mit denen die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber verhindert und zugleich die Möglichkeit ausgeschlossen werden soll, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, einschließlich des Begriffs der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“, funktionell und weit auszulegen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Mai 2003, Kommission/Spanien, C-214/00, EU:C:2003:276, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 32 Es ist darauf hinzuweisen, dass VLRD die in Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. b und c der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Voraussetzungen zu erfüllen scheint. Es steht nämlich fest, dass sie Rechtspersönlichkeit besitzt. Außerdem hat das vorlegende Gericht festgestellt, dass VLRD eine 100% ige Tochtergesellschaft der litauischen Eisenbahngesellschaft sei und von dieser „kontrolliert“ werde.

- 33 Folglich ist lediglich zu prüfen, ob VLRD eine „Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“, im Sinne von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ist.
- 34 Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ergibt sich, dass die darin aufgestellte Anforderung von der Stelle erfüllt werden muss, deren Einordnung geprüft wird, und nicht von einer anderen Stelle, selbst wenn diese die Muttergesellschaft der ersten Stelle ist, die an sie Waren liefert oder für sie Dienstleistungen erbringt. Ein Unternehmen kann daher nicht bereits dann als öffentlicher Auftraggeber betrachtet werden, wenn es von einem öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde oder seine Tätigkeiten mit Geldmitteln finanziert werden, die aus Tätigkeiten eines öffentlichen Auftraggebers fließen (Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., C-44/96, EU:C:1998:4, Rn. 39).
- 35 Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Verwendung des Ausdrucks „zu dem besonderen Zweck“ vom Willen des Unionsgesetzgebers zeugt, den zwingenden Vorschriften für öffentliche Aufträge nur Stellen zu unterwerfen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, und deren Tätigkeit solche Aufgaben erfüllt.
- 36 Daher ist zunächst zu prüfen, ob VLRD zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und ob diese Tätigkeiten diese Aufgaben erfüllen; danach ist gegebenenfalls zu prüfen, ob diese Aufgaben gewerblicher oder nicht gewerblicher Art sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Mai 2003, Korhonen u. a., C-18/01, EU:C:2003:300, Rn. 40).
- 37 Im vorliegenden Fall geht aus dem Wortlaut der ersten Frage hervor, dass VLRD Waren liefert und Dienstleistungen erbringt, um „die in der Beförderung von Fahrgästen und Fracht bestehende Tätigkeit [ihrer Muttergesellschaft] sicherzustellen“.
- 38 Der Vorlageentscheidung ist nämlich zu entnehmen, dass VLRD im Anschluss an die Umstrukturierung der litauischen Eisenbahngesellschaft gegründet wurde und dass „sowohl die Errichtung von VLRD als auch ihre Tätigkeit stets darauf gerichtet sind, die Aufgaben ihrer Gründerin zu erfüllen, nämlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Tätigkeit von VLRD im Ausgangsverfahren, insbesondere die Herstellung und Instandhaltung von Lokomotiven und Schienenfahrzeugen sowie die Lieferung dieser Produkte und die Erbringung dieser Dienstleistungen an die litauische Eisenbahngesellschaft, offenkundig erforderlich ist, damit diese ihre Tätigkeit ausüben kann, die auf die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben gerichtet ist.
- 39 Es scheint daher, dass VLRD zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ihrer Muttergesellschaft zu erfüllen, da die Aufgaben, mit deren Erfüllung VLRD beauftragt wurde, eine Voraussetzung darstellen, die für die Ausübung der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten dieser Muttergesellschaft notwendig ist; dies zu prüfen, ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts.
- 40 Dabei kommt es nicht darauf an, dass die betreffende Einrichtung nicht nur Tätigkeiten, die der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben dienen, sondern – in Gewinnerzielungsabsicht – auch andere Tätigkeiten auf dem wettbewerbsorientierten Markt ausübt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., C-44/96, EU:C:1998:4, Rn. 25, und vom 10. April 2008, Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 41 Daher ist der Umstand, dass VLRD nicht nur Tätigkeiten ausübt, die der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben durch In-House-Geschäfte mit der nationalen litauischen Eisenbahngesellschaft dienen, damit diese ihre Beförderungstätigkeit ausüben kann, sondern auch andere Tätigkeiten in Gewinnerzielungsabsicht, insoweit unerheblich.



- 42 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Einrichtung unter den Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 fällt, ist es auch erforderlich, dass sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt.
- 43 Hierzu ist festzustellen, dass die Beurteilung der nicht gewerblichen Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u. a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie die Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausübt, vorzunehmen ist, wobei insbesondere das Fehlen eines Wettbewerbs auf dem Markt, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit den Tätigkeiten verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung dieser Tätigkeiten aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind.
- 44 Wie der Gerichtshof entschieden hat, ist es, wenn die betreffende Einrichtung hinsichtlich der Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit diesen Tätigkeiten verbundenen Verluste trägt, wenig wahrscheinlich, dass die Aufgaben, die sie erfüllen soll, nicht gewerblicher Art sind (Urteil vom 16. Oktober 2003, Kommission/Spanien, C-283/00, EU:C:2003:544, Rn. 81 und 82 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).
- 45 Gleichwohl ließe allein das Vorhandensein eines entwickelten Wettbewerbs nicht den Schluss zu, dass keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art vorliegt.
- 46 Daher ist es Sache des vorlegenden Gerichts, anhand aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände des vorliegenden Falls zu prüfen, ob die von VLRD ausgeübten Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Zeitpunkt der Vergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags in einer Wettbewerbssituation vorgenommen wurden, und insbesondere, ob sich VLRD in Anbetracht der Umstände des vorliegenden Falls von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen konnte.
- 47 Unerheblich ist insoweit jedoch der vom vorlegenden Gericht in der Vorlageentscheidung dargelegte Umstand, dass die Bedeutung der mit der litauischen Eisenbahngesellschaft getätigten In-House-Geschäfte in Anbetracht des Gesamtumsatzes von VLRD in Zukunft abnehmen könnte, da das Gericht die Situation dieser Gesellschaft im Zeitpunkt der Vergabe des in Rede stehenden Auftrags zu prüfen haben wird.
- 48 Folglich ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass eine Gesellschaft, die zum einen im Alleineigentum eines öffentlichen Auftraggebers steht, dessen Tätigkeit darin besteht, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die zum anderen sowohl Geschäfte für diesen öffentlichen Auftraggeber als auch Geschäfte auf dem wettbewerbsorientierten Markt abwickelt, als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, sofern die Tätigkeiten dieser Gesellschaft erforderlich sind, damit dieser öffentliche Auftraggeber seine Tätigkeit ausüben kann, und sich diese Gesellschaft zur Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Dabei ist es unerheblich, dass der Wert der In-House-Geschäfte in Zukunft möglicherweise weniger als 90 % oder nicht den Hauptteil des gesamten Umsatzes dieser Gesellschaft darstellt.

## **Kosten**

- 49 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

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

**Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine Gesellschaft, die zum einen im Alleineigentum eines öffentlichen Auftraggebers steht, dessen Tätigkeit darin besteht, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die zum anderen sowohl Geschäfte für diesen öffentlichen Auftraggeber als auch Geschäfte auf dem wettbewerbsorientierten Markt abwickelt, als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, sofern die Tätigkeiten dieser Gesellschaft erforderlich sind, damit dieser öffentliche Auftraggeber seine Tätigkeit ausüben kann, und sich diese Gesellschaft zur Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Dabei ist es unerheblich, dass der Wert der In-House-Geschäfte in Zukunft möglicherweise weniger als 90 % oder nicht den Hauptteil des gesamten Umsatzes dieser Gesellschaft darstellt.**

Unterschriften