SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO
vom 19. Oktober 2000 [1]

1. Aus zwei französischen Veröffentlichungen, dem *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* und dem *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, hat die Kommission entnehmen können, dass drei Ausschreibungen für Bauaufträge, die von zwei staatlichen Planungs- und Bauämtern (offices publics d'aménagement et de construction; im Folgenden: OPAC) bzw. einer Sozialwohnungsaktiengesellschaft (société anonyme d'habitations à loyer modéré; im Folgenden: SA HLM) veröffentlicht worden sind, nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Serie S, veröffentlicht worden sind. Die Kommission ist der Auffassung, dass diese Ausschreibungen nach Artikel 11 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (im Folgenden: Richtlinie) [2] in der Serie S hätten veröffentlicht werden müssen, und zwar sowohl aufgrund ihrer Höhe als auch aufgrund der Qualität der Einrichtung, die den Auftrag anbietet.

2. Nach Ansicht der Kommission sind nämlich sowohl die OPAC als auch SA HLM als öffentliche Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie anzusehen.

3. Die Antwort der Französischen Republik auf das an sie gerichtete Mahnschreiben sah die Kommission als nicht ausreichend an und gab, nachdem sie nach ihren eigenen Angaben zahlreiche andere Aufträge ermittelt hatte, die von gleichartigen Einrichtungen vergeben und nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden seien, so dass man von einer ständigen Praxis sprechen könne, eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Nachdem sie die Erklärungen der französischen Behörden immer noch nicht als ausreichend ansah, hat sie die Klage erhoben, mit der wir uns hier befassen müssen.

4. Es ist jedoch sogleich anzumerken, dass sich der Rechtsstreit während des Ablaufs des schriftlichen Verfahrens weiter entwickelt hat.

5. Die Französische Republik hat nämlich in ihrer Klagebeantwortung anerkannt, dass die OPAC nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere nach den Urteilen vom 15. Januar 1998 [3] und vom 10. November 1998 [4], tatsächlich öffentliche Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie sind und hat damit auch anerkannt, dass derartige Einrichtungen verpflichtet sind, ihre Ausschreibungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Serie S, zu veröffentlichen. Was die OPAC angeht, kann

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 199, S. 54.

3 — Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73).

4 — Rechtssache C-360/96 (BFI Holding, Slg. 1998, I-6821).

der Gerichtshof daher nur feststellen, dass eine Vertragsverletzung vorliegt.

6. In Bezug auf die SA HLM ist der Streitgegenstand ebenfalls in dem Sinne reduziert worden, dass die Parteien zwar weiter darüber uneinig sind, ob diese Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinie anzusehen sind, in ihren Schriftsätzen aber zu der Feststellung gelangt sind, dass ihre Auffassungen sich nur in einer ganz präzisen Frage widersprechen, von deren Beantwortung der Ausgang des Rechtsstreits abhängen wird, nämlich darin, ob die staatliche Aufsicht („contrôle"), der die SA HLM unterliegen, ganz genau der Art von Aufsicht entspricht, von der die Richtlinie spricht, wenn sie die Kriterien formuliert, mit deren Hilfe die öffentlichen Auftraggeber identifiziert werden können.

7. Die Richtlinie ist dadurch, dass sie in den Urteilen Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. und BFI Holding ausgelegt worden ist, dem Gerichtshof vertraut geworden. Ich halte es daher nicht für angebracht, hier den Rahmen, in dem sie erlassen worden ist, die Ziele, die mit ihr verfolgt werden, und ihre allgemeine Gliederung in Erinnerung zu rufen. Ich kann meine Aufmerksamkeit unmittelbar auf Artikel 1 richten, der durch eine Reihe von Definitionen den Anwendungsbereich der Richtlinie festlegt. Diese Vorschrift lautet:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

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

Als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* gilt jede Einrichtung,

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

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

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

Die Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien [von Einrichtungen] des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang I enthalten. Diese Verzeichnisse sind so vollständig wie möglich und können nach dem Verfahren des Artikels 35 geändert werden. Zu diesem Zweck geben die Mitgliedstaaten der Kommission regelmäßig die Änderungen an ihren Verzeichnissen bekannt;

...“

8. In ihrer Klageschrift versucht die Kommission — in erster Linie gestützt auf das im Amtsblatt der Französischen Republik (*Journal officiel de la République française*) veröffentlichte Bau- und Wohnungsgesetzbuch (Code de la construction et de l'habitation; im Folgenden: CCH) — darzutun, dass die SA HLM als öffentliche Einrichtungen und demzufolge als öffentliche Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie anzusehen sind.

9. Dazu führt sie erstens aus, dass es sich um Einrichtungen handele, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden seien, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, nämlich die Schaffung von Wohnraum für Einzelpersonen und Familien mit geringem Einkommen, und dass diese Einrichtungen Rechtspersönlichkeit besäßen, so dass die beiden ersten Voraussetzungen des Artikels für die Qualifizierung als Einrichtung des öffentlichen Rechts erfüllt seien.

10. Die Kommission befasst sich dann mit der dritten Voraussetzung und trägt vor, ohne dass ihr in diesem Punkt widersprochen würde, dass eine Einrichtung diese Voraussetzung schon dann erfülle, wenn nur eines der drei in der Richtlinie genannten Merkmale, vorliege, d. h. eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand, eine staatliche Aufsicht hinsichtlich der Leitung („contrôle de la gestion“) und eine Ernennung von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Leitungsorgane durch den Staat.

11. Für die Kommission liegt es in Anbetracht einer Reihe von Vorschriften des CCH, mit denen wir uns befassen werden müssen, auf der Hand, dass die von den Behörden über die SA HLM ausgeübte Aufsicht ganz genau der Aufsicht entspricht, die der Gemeinschaftsgesetzgeber im Auge hatte.

12. In ihrer Klagebeantwortung sucht die Französische Republik nachzuweisen, dass die Aufsicht, der diese Gesellschaften unterliegen, in keiner Weise der Aufsicht entspricht, von der in der Richtlinie die Rede ist. Sie vertritt die Auffassung, die verschiedenen Kontrollmaßnahmen, die die Kommission nenne, ermöglichten es dem Staat in keiner Weise, in Entscheidungen einzugreifen, die sich auf den erfolgreichen Geschäftsgang der SA HLM bezögen. Es handele sich um Kontrollen administrativer Art, die von der Aufsicht über die Leitung oder über Investitionen unterschieden, auf die sich Artikel 1 Buchstabe b beziehe.

13. In ihrer Erwiderung macht die Kommission geltend, diese Unterscheidung sei nicht erheblich. Nichts in Artikel 1 Buchstabe b lasse die Feststellung zu, dass nur eine Aufsicht gemeint sei, die es den Behörden ermögliche, in die Führung der Tagesgeschäfte der Gesellschaft einzugreifen.

14. In ihrer Gegenerwiderung geht die Französische Republik immer noch von der Prämisse aus, dass Voraussetzung dafür, dass eine Aufsicht in Bezug auf die Leitung im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b vorliege, sei, dass es eine Aufsicht gebe, bei der beurteilt werde, wie die Mittel verwaltet würden, und bringt Argumente vor, um darzutun, dass die verschiedenen von der Kommission herausgestellten Kontrollmaßnahmen administrativer Art seien und einen Eingriff in die Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausschlössen.

15. In seinem Streithilfeschriftsatz schließt sich das Vereinigte Königreich der Auslegung der Richtlinie an, auf die sich die Französische Republik zu ihrer Verteidigung stützt.

16. Es zeigt sich also sehr deutlich, dass die Frage, in der die Beteiligten unterschiedlicher Auffassung sind, dahin geht, wann davon auszugehen ist, dass die Leitung („gestion") einer Einrichtung der Aufsicht („contrôle") einer anderen Einrichtung unterliegt.

17. Die Antwort auf diese Frage hängt meines Erachtens nicht nur davon ab, welche Bedeutung dem Begriff „contrôle" beizumessen ist, sondern auch davon, was unter „gestion" zu verstehen ist, selbst wenn die Parteien über den Begriff „contrôle" streiten.

18. Lassen Sie mich daher diese beiden Begriffe nacheinander untersuchen.

Welche Art von „gestion"? Welche Art von „contrôle"?

19. Nach dem Wörterbuch *Le Petit Robert* kommt der Begriff „gestion", der die Tätigkeit „gérer" [deutsch: führen, verwalten] den Begriffen „administration", „direction", „management", „organisation" nahe, die alle die Ausübung einer gewissen Form von Macht beinhalten.

20. Ich denke daher, dass eine Aufsicht („contrôle"), die sich nicht darauf erstrecken würde, wie diejenigen, die innerhalb einer Einrichtung die Macht ausüben, die

Tätigkeit dieser Einrichtung ausrichten, nicht als Aufsicht in Bezug auf die Leitung („contrôle sur la gestion") dieser Einrichtung qualifiziert werden dürfte.

21. Dieser Bedeutung des Begriffs „gestion" widersprechen die Begriffe „gestión" [5], „gestione" [6] und „gestão" [7], die in der spanischen, der italienischen bzw. der portugiesischen Fassung der Richtlinie verwendet werden, und der Begriff „diacheirisi" [8], der in der griechischen Fassung verwendet wird, nicht.

22. Dies wird sogar durch die Verwendung der Begriffe „Leitung" [9] und „management" [10] in der deutschen bzw. der englischen Fassung und durch den kumulativen Rückgriff auf die Begriffe „activiteiten" und „beheer" [11] im Niederländischen bestätigt.

23. Anscheinend kann auch der in der dänischen Fassung verwendete Begriff „drift" als dem Begriff „gestion" gleichwertig angesehen werden [12].

24. Wenn wir uns nun dem Begriff „contrôle" zuwenden, so müssen wir feststellen, dass die semantische Analyse dieses Begriffs leider keinen Hinweis bietet, mit dessen Hilfe zwischen den beiden entgegengesetzten Auffassungen entschieden werden könnte, auf die sich die Kommission zum einen und die Französische Republik und das Vereinigte Königreich zum anderen berufen.

25. So ergibt sich aus dem Wörterbuch *Le Petit Robert*, dass mit „contrôle" sowohl ein Überwachungs- und Prüfungsverhältnis als auch ein Beherrschungs- und Leitungsverhältnis gemeint ist.

26. Zwar wird die erste Bedeutung dabei als die frühere und die zweite als eine Bedeutung dargestellt, die erst im Zwanzigsten Jahrhundert aufgetreten ist und dem Begriff „contrôle" im Französischen den Sinn gibt, den im Englischen der Begriff „control" hat, doch lässt sich mit dieser semantischen Weiterentwicklung wohl kaum ohne Zögern feststellen, welche Bedeutung des Begriffs „control" der Gemeinschaftsgesetzgeber 1993 im Auge hatte.

27. Immer noch auf semantischer Ebene lässt sich anmerken, dass man dann, wenn es darum geht, einen Sachverhalt zu beschreiben, in dem „contrôle" „domination" bedeutet, von einem Unternehmen sprechen wird, „qui détient le contrôle" eines anderen Unternehmens, und nicht von einem Unternehmen, „qui exerce un contrôle" über ein anderes Unternehmen, dies aber

5 — „todo organismo ..." „... cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos ..."

6 — „organismo ..." „...oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ..."

7 — „qualquer organismo ..." „... cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou ..."

8 — „κάθε οργανισμός ..." „... είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς ..."

9 — „jede Einrichtung ..." „... die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt ..."

10 — „any body ..." „... or subject to management supervision by those bodies ..."

11 — „iedere instelling ..." „waarvan of wel de activiteiten ... of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten ..."

12 — „organ ..." „eller hvis drift er underlagt disses kontrol ..."

das umgekehrt in dem Sinne nicht zutrifft, dass der Umstand, dass man „soumis à un contrôle" ist, nicht notwendigerweise impliziert, dass eine Befugnis zum Eingreifen in die Entscheidungsfindung besteht.

28. Da es unmöglich ist, eine Schlussfolgerung aus der Untersuchung der französischen Fassung der Richtlinie zu ziehen, auf deren Grundlage die französische Regierung und die Kommission argumentieren, gebieten die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes niedergelegten Auslegungsregeln, sich den anderen Sprachfassungen der Richtlinie zuzuwenden.

29. Die spanische, die italienische und die portugiesische Fassung, in denen die Begriffe „control", „controllo" bzw. „controlo" verwendet werden, und die griechische Fassung in der der Begriff „elencho" verwendet wird, bieten uns nicht mehr Aufschlüsse als die französische Fassung.

30. Auf den ersten Blick kann der Umstand, dass die deutsche Fassung da, wo in der französischen Fassung „contrôle" verwendet wird, den Begriff „Aufsicht" verwendet, der in der Umgangssprache dazu verwendet wird, Überwachung („surveillance") wiederzugeben, daran denken lassen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht spezifisch eine Art von „contrôle", die eine Eingriffsbefugnis impliziert, im Auge hatte.

31. Es erscheint mir jedoch insoweit schwierig, aus dem Rückgriff auf den Begriff „Aufsicht" endgültige Schlussfolgerungen zu ziehen, als man im Deutschen den Begriff „Aufsichtsrat" verwendet, um in einer Aktiengesellschaft den „conseil de surveillance" zu bezeichnen, d. h. das Organ, das zusammen mit dem Vorstand die Macht innehat, wenn die Gesellschaft nicht nach dem klassischen Modell aufgebaut ist, bei dem ein Verwaltungsrat („conseil d'administration") tätig wird. Bei dieser Form der Verwaltung der Aktiengesellschaft ist der „Aufsichtsrat" weit davon entfernt, nur ein „contrôleur" des Vorstands zu sein, sondern er ist vielmehr an der „gestion" der Gesellschaft in dem Sinne beteiligt, dass er nicht von der Festlegung der Ziele und der Strategie der Gesellschaft fern gehalten wird.

32. Der Begriff „toezicht", der in der niederländischen Fassung verwendet wird, gibt mutatis mutandis Anlass zu den gleichen Bemerkungen wie der Begriff „Aufsicht" in der deutschen Fassung.

33. Auch die englische Fassung der Richtlinie bietet uns keine weiteren Aufschlüsse, denn der Ausdruck „management supervision" enthält keine Angaben dazu, welchen Umfang die Befugnisse des „contrôleur" haben, ob es sich um eine bloße Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der „gestion" handelt oder ob die Möglichkeit besteht, in die Entscheidungen in Bezug auf die „gestion" einzugreifen.

34. Welche Schlussfolgerung lässt sich am Ende dieses kurzen Abstechers in den dem Gemeinschaftsrecht eigenen sprachlichen Pluralismus ziehen?

35. Sicherlich keine endgültige Schlussfolgerung in Bezug auf den Typ von „con-

trôle", auf die der Gemeinschaftsgesetzgeber Bezug nehmen wollte, anhand deren man unmittelbar in die konkrete Prüfung der Maßnahmen („contrôle") eintreten könnte, denen die SA HLM unterliegen, um sie dann mit diesem Typ zu vergleichen.

36. Meines Erachtens war mein Abstecher jedoch nicht ohne Nutzen, denn er hat uns zumindest bewiesen, dass man den Sinn des Textes nicht verfälschen würde, wenn man annähme, dass eine Kontrolle („contrôle") die sich als eine Überwachung der Art und Weise, in der die betreffende Einrichtung geleitet wird, und nicht als Eingriff in ihre Leitung darstellt, dafür ausreicht, dass man es mit einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie zu tun hat.

37. Die folgende Etappe meiner Suche wird daher in der Untersuchung der Rechtsprechung des Gerichtshofes bestehen, und zwar nicht in der Hoffnung, dort eine Definition von „contrôle" im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b zu finden, denn, wenn es eine solche Definition gäbe, versteht es sich von selbst, dass die Beteiligten darauf Bezug genommen hätten und ich selbst sie sofort zum Dreh- und Angelpunkt meiner Argumentation gemacht hätte, sondern um dort Anhaltspunkte zu suchen, aus denen sich für uns Informationen in Bezug darauf ergeben können, welche Betrachtungsweise für die Identifizierung der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, maßgeblich sein muss.

38. Das einzige Urteil, in dem bis jetzt das Problem der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Einrichtung im Sinne der Richtlinie 93/37 behandelt worden ist, ist das bereits genannte Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. [13].

39. Gewiss ist dieser Begriff, der sich auch in Artikel 1 Buchstabe b einer anderen im Bereich der öffentlichen Aufträge erlassenen Richtlinie, der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [14], findet, im oben genannten Urteil BFI Holding ebenfalls geprüft worden. In diesem Urteil wird festgestellt, dass „der Begriff ‚öffentliche Auftraggeber' im funktionellen Sinne zu verstehen [ist], um dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs seine volle Wirksamkeit zu sichern (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 11). Das verbietet es, nach der Rechtsform der Bestimmungen zu unterscheiden, durch die die Stelle geschaffen wird und in der die von ihr zu erfüllenden Aufgaben genannt sind" (Randnr. 62). Im Wesentlichen ist es aber der Frage gewidmet, was eine Einrichtung ist, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Meine Aufmerksamkeit muss ich daher auf das Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. konzentrieren.

40. Meines Erachtens liegt die Bedeutung dieses Urteils für die vorliegende Rechts-

13 — Im Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-353/96 (Kommission/Irland, Slg. 1998, I-8565) geht es um die Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1), die Vorläuferin der hier streitigen Richtlinie.

14 — ABl. L 209, S. 1.

sache entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht in den folgenden Feststellungen, die der Gerichtshof in Randnummer 28 dieses Urteils getroffen hat, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass das dritte Tatbestandsmerkmal erfüllt war:

— Die Österreichische Staatsdruckerei (im Folgenden: ÖS) ist zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, nämlich zur Herstellung von amtlichen Druckprodukten, die in unterschiedlichem Grad Sicherheitsvorschriften unterliegen, und sie besitzt Rechtspersönlichkeit;

— der Generaldirektor der ÖS wird von einem Organ ernannt, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Bundeskanzler oder von verschiedenen Bundesministern ernannt werden;

— außerdem unterliegt die ÖS der Kontrolle des Rechnungshofs und eines staatlichen Kontrolldienstes, der mit der Überwachung des Sicherheitsdrucks betraut ist;

— schließlich ist die Aktienmehrheit der ÖS nach den Ausführungen der SRG in der mündlichen Verhandlung in den Händen des österreichischen Staates verblieben.

41. Die in Bezug auf die Ernennung der Leitungsorgane getroffene Feststellung genügte nämlich für sich allein schon, um das dritte Tatbestandsmerkmal als erfüllt anzusehen. Die in Bezug auf die Kontrolle durch den Rechnungshof und einen Kontrolldienst getroffene Feststellung, bei der der Gerichtshof im Übrigen darauf geachtet hat, das Wort „außerdem" voranzustellen, kann nicht als eine Feststellung angesehen werden, aufgrund deren Schlussfolgerungen in Bezug darauf gezogen werden könnten, welchen Grad von Kontrolle der Gerichtshof als dafür ausreichend ansieht, dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.

42. Solche Schlussfolgerungen zu ziehen, wäre im vorliegenden Fall umso gewagter, als Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in jener Rechtssache festgestellt hat, dass die in Anhang I, XI, E.1, Buchstabe b der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schwedens und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge [15] aufgeführte Definition der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden österreichischen Einrichtungen die Finanzkontrolle des Rechnungshofs einschließt.

43. Die Aussage des Gerichtshofes in Bezug auf die über die ÖS ausgeübte Kontrolle läuft also gewissermaßen auf die Feststellung hinaus, dass diese Einrichtung gerade einer Kontrolle unterliegt, für die die Republik Österreich bei ihrem Beitritt bejaht hat, dass sie dem entspricht, was die

15 — ABl. 1994, C 241, S. 21, und ABl. 1995, L 1, S. 1.

Richtlinie meint, wenn sie die Kontrolle durch die öffentliche Hand als Kriterium annimmt.

44. Die wahre Bedeutung des Urteils Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. für die Frage, mit der wir uns beschäftigen, liegt in der Gesamtdarstellung der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit man es mit einer Einrichtung des öffentlichen Rechts zu tun hat; diese Darstellung steht im Urteil vor den Ausführungen, die der Prüfung gewidmet sind, ob diese Voraussetzungen im Fall der ÖS vorliegen.

45. In Randnummer 20 des Urteils liest man nämlich:

„Gemäß Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts eine Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, die Rechtspersönlichkeit besitzt und *eng mit dem Staat*, Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts *verbunden ist*." [16]

46. Es fällt sofort auf, dass der Gerichtshof, während er die ersten beiden Tatbestandsmerkmale in Worten formuliert, die unmittelbar der Richtlinie entnommen sind, das dritte Merkmal — ohne sich bei den drei alternativen Kriterien aufzuhalten, deren Erfüllung die Richtlinie vorschreibt — als ein Merkmal darstellt, das eine bestimmte Art von Beziehung zum Staat, die enge Verbindung, beinhaltet. Daraus lässt sich also der Schluss ziehen, dass die drei Kriterien, die in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie bei dem dritten Tatbestandsmerkmal genannt werden, drei alternativ einsetzbare Mittel zur Feststellung der gleichen tatsächlichen Lage, nämlich einer engen Verbindung mit dem Staat, darstellen.

47. Da sie alternativ gelten, so dass es möglich sein muss, mit ihnen die gleiche tatsächliche Lage zu erfassen, müssen diese Kriterien, weil es sich gewissermaßen um Messinstrumente handelt, etwas aufweisen, was man den gleichen Sensibilitätsgrad bezeichnen könnte. Meines Erachtens ist ausgeschlossen, dass eines dieser Kriterien so ausgelegt werden kann, dass es unter die Kategorie der Einrichtung des öffentlichen Rechts Stellen fallen lässt, die eine Verbindung zum Staat aufweisen, die sich stark von derjenigen der Stellen unterscheidet, die derselben Kategorie aufgrund eines der beiden anderen Kriterien zugeordnet werden.

48. Konkret bedeutet dies, dass als Einrichtung des öffentlichen Rechts wegen der hinsichtlich ihrer Leitung ausgeübten Aufsicht nur Stellen qualifiziert werden dürfen, deren Verbindung mit der öffentlichen Hand die gleiche Intensität erreicht wie die Verbindung, die sich aus einer überwiegenden Finanzierung durch die öffent-

16 — Hervorhebung durch den Verfasser.

liche Hand ergibt, oder die Verbindung, die dadurch herbeigeführt wird, dass mehr als die Hälfte der Mitglieder der Leitungsorgane durch die öffentliche Hand ernannt werden.

49. Mit dieser pragmatischen Betrachtungsweise, die sich der Gerichtshof zu Eigen gemacht hat, lässt sich zwar keine Entscheidung zwischen den von der Kommission einerseits und der Französischen Republik andererseits entwickelten grundsätzlichen Konzeptionen treffen, ob nämlich eine einfache Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der „gestion" ausreicht oder ob die Feststellung erforderlich ist, dass es sich um eine Aufsicht („contrôle") handelt, die eine Form des Eingriffs in die Leitung („gestion") einschließt. In Wirklichkeit geht sie weiter, sie überwindet in gewisser Weise diesen Widerspruch dadurch, dass sie uns dazu einlädt, uns nicht zu sehr bei der Art der ausgeübten Aufsicht („contrôle") aufzuhalten, sondern uns je nach der konkreten Lage zu entscheiden, die durch diese Aufsicht geschaffen wird. Diese Betrachtungsweise steht meines Erachtens völlig im Einklang mit den Zielen der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge, auf die Generalanwalt Léger hinwies, als er in Nummer 47 seiner Schlussanträge in der Rechtssache Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. schrieb:

„Das Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge soll auf Gemeinschaftsebene die Beachtung der Grundsätze des freien Wettbewerbs sowie der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs fördern, die durch diese herkömmlichen Verhaltensmuster gefährdet sind — Ziel ist es, den Wirtschaftsunternehmen unabhängig von ihrem Sitzland gleichen Zugang zu den von der öffentlichen Hand für die Verwirklichung ihrer Vorhaben ausgeschriebenen Aufträge unabhängig von deren Form zu sichern."

50. In einer Fußnote hat der Generalanwalt auf das bereits genannte Urteil Beentjes hingewiesen. Seither hat der Gerichtshof in Randnummer 62 des Urteils BFI Holding und Randnummer 36 des Urteils Kommission/Irland festgestellt, dass nicht nur der Begriff „Staat", sondern auch der Begriff „öffentliche Auftraggeber" funktionell zu verstehen ist.

51. Um diese Betrachtungsweise des Gerichtshofes umzusetzen, braucht man sich nicht bei jeder der von der Kommission herausgestellten Kontrollen, denen die SA HLM unterliegen, zu fragen, ob sie für sich allein genommen und als solche geeignet ist, diese Gesellschaften in eine enge Verbindung mit der öffentlichen Hand zu bringen, sondern wir müssen uns eine Meinung darüber bilden, ob die verschiedenen Kontrollen, denen sie unterliegen, *in Anbetracht des gesetzlichen Rahmens, in dem sie stehen, tatsächlich eine enge Verbindung mit der öffentlichen Hand schaffen.* Es ist nämlich klar, dass ein und dieselbe Kontrolle je nach dem Rahmen, in den sie sich einfügt, unterschiedlich beurteilt werden kann. Eine bestimmte Art von Kontrolle wird je nachdem, ob die kontrollierte Einrichtung nach den für sie geltenden Vorschriften über eine sehr große Freiheit in Bezug auf ihre Leitung („gestion") verfügt oder ob diese Vorschriften ihre Tätigkeit in einem sehr engen Rahmen regeln und ihr bei der Führung ihrer Ge-

schäfte eine im Voraus festgelegte Linie vorschreiben, nicht die gleiche Wirkung haben.

52. Meines Erachtens ist es daher unabdingbar, dass wir uns jetzt mit der rechtlichen Stellung der SA HLM und ihrem rechtlichen Umfeld befassen.

Der rechtliche Rahmen, in dem die Tätigkeiten der SA HLM stehen

53. Die SA HLM sind Handelsgesellschaften und es gilt daher für sie das Gesetz von 1966 über die Gesellschaften. Sie sind jedoch von ganz besonderer Art, denn dadurch, dass sie in Artikel L.411-2 CCH in das Verzeichnis der Sozialwohnungseinrichtungen aufgenommen werden, gelten für sie eine ganze Reihe von im CCH festgelegten Vorschriften. Einige dieser Vorschriften sind auf alle Sozialwohnungseinrichtungen anwendbar, zu denen u. a. die staatlichen Sozialwohnungsämter und die OPAC gehören, andere gelten speziell für die SA HLM.

54. So sollen sie nach Artikel L.422-2 CCH unter den in ihren Satzungen festgelegten Bedingungen — in erster Linie zur Vermietung von Wohnungen — die in Artikel L.411-1 vorgesehenen Tätigkeiten ausüben. Artikel L.411-1 zählt diese Tätigkeiten wie folgt auf:

„Durch die Vorschriften dieses Buches sollen die Regeln für den Bau, den Erwerb, die Einrichtung, die Sanierung, die Instandsetzung und die Bewirtschaftung von Mehrfamilienhäusern oder Einzelwohnungen in der Stadt oder auf dem Land festgelegt werden, die technisch und nach den Herstellungskosten den durch eine Verwaltungsentscheidung festgelegten Merkmalen entsprechen und für Einzelpersonen und Familien mit geringem Einkommen bestimmt sind."

55. Man stellt fest, dass nicht nur durch Gesetz die Art der Kundschaft bestimmt wird, der die SA HLM ihre Dienste anbieten, sondern dass durch Verwaltungsentscheidungen auch die technischen Merkmale und die Herstellungskosten der Wohnungen festgelegt werden, für die diese Gesellschaften tätig werden können.

56. Die Gründung einer SA HLM muss unter Beachtung einer Mustersatzung erfolgen, die Artikel R.422-1 CCH als Anhang beigefügt ist. Diese Mustersatzung ist außerordentlich detailliert. Man findet dort beim Gegenstand der Gesellschaft eine Unterscheidung zwischen dem Hauptgegenstand, der Vermietung von Wohnungen gegen eine nach den Vorschriften des CCH festgesetzte Miete und dem Bau derartiger Wohnungen, und dem Nebengegenstand, für den 17 Arten von sehr genau definierten Tätigkeiten aufgezählt werden.

57. Nach der Mustersatzung muss die Veräußerung der Aktien zu einem Preis erfolgen, der einen Höchstbetrag nicht überschreitet, wobei die Berechnungsweise in der Mustersatzung festgelegt wird, und die Veräußerung bedarf — es sei denn, sie erfolgt im Rahmen der Familie — der Genehmigung durch den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat; dieser braucht seine Genehmigung oder seine Ablehnung nicht zu begründen.

58. Das Mandat der Mitglieder des Verwaltungsrats oder des Aufsichtsrats einer SA HLM wird unentgeltlich ausgeübt, wobei die Möglichkeit besteht, den Inhabern eines solchen Mandats, die eine Arbeitnehmertätigkeit ausüben, eine Pauschalvergütung in einer nach den Vorschriften des CCH berechneten Höhe zu zahlen.

59. Wird ein Gewinn erzielt, so darf keine eine bestimmte Höhe überschreitende Dividende ausgeschüttet werden.

60. In Nummer 11 sieht die Mustersatzung vor:

„In dem Monat, der auf den Monat folgt, in dem die gemäß Artikel 157 des oben genannten Gesetzes vom 24. Juli 1996 zusammengetretene ordentliche Generalversammlung abgehalten worden ist, legt die Gesellschaft dem Vertreter des Staates in dem Departement ihres Sitzes, der Caisse des dépôts et consignations und dem Wohnungsminister alle Rechnungsunterlagen und die der Aktionärsversammlung vorgelegten Berichte sowie das Protokoll dieser Versammlung vor.

Im Fall der Verschiebung der Generalversammlung der Aktionäre ist die gerichtliche Entscheidung, durch die eine zusätzliche Frist eingeräumt wird, unter den gleichen Voraussetzungen vorzulegen."

61. Dass eine SA HLM dieser Mustersatzung in vollem Umfang entspricht, reicht jedoch dafür nicht aus, dass sie ihre Tätigkeit aufnehmen kann, denn Artikel L.422-5 CCH verlangt eine Zulassung durch Entscheidung der Verwaltung, die nach Artikel R.422-16 vom Bau- und Wohnungsminister nach Stellungnahme des Conseil départemental de l'habitat und des Conseil supérieur des habitations à loyer modéré erteilt wird.

62. Man stellt fest, dass die alte Fassung der Mustersatzung [17], die der Klageschrift der Kommission irrtümlich als Anlage beigefügt war, einen Staatskommissar (commissaire du gouvernement) vorsah, dessen Befugnisse wie folgt definiert waren:

„Besitzt die Gesellschaft die Zulassung gemäß Artikel R.422-4 des Bau- und Wohnungsgesetzbuches, so hat ein durch An-

17 — Aufgrund des Dekrets Nr. 91-385 vom 23. April 1991, an dessen Stelle das Dekret Nr. 93-749 vom 27. März 1993 getreten ist.

ordnung des Wohnungsministers bestellter Staatskommissar alle Befugnisse zur Durchführung von Untersuchungen nach den Akten und an Ort und Stelle.

Er nimmt mit beratender Stimme an den Sitzungen des Verwaltungsrates teil und kann gegebenenfalls die Einberufung dieser Sitzungen veranlassen. Er erhält unter den gleichen Voraussetzungen wie die Mitglieder des Verwaltungsrat die Ladung, die Tagesordnungen und alle anderen Unterlagen; diese sind ihm vor jeder Sitzung zuzuleiten. Er erhält auch eine Abschrift der Protokolle dieser Sitzungen sowie der vom Verwaltungsrat kraft Vollmacht erlassenen Entscheidungen.

Außerdem kann er verlangen, dass ein vom Verwaltungsrat erlassener Beschluss ganz oder teilweise erneut geprüft wird, und zwar innerhalb von vierzehn Tagen nach Zugang dieses Beschlusses. Diese Prüfung muss innerhalb von höchstens vierzehn Tagen erfolgen. Der Vollzug des betreffenden Beschlusses ist in diesem Fall bis zur erneuten Prüfung ausgesetzt.

Er legt dem Wohnungsminister einen Jahresbericht über die Tätigkeit der Gesellschaft vor.

Die Bezüge des Staatskommissars, die zulasten der Gesellschaft gehen, werden in der Anordnung über die Bestellung nach einer durch eine interministerielle Anordnung festgelegten Tabelle festgesetzt."

63. Wäre diese Vorschrift nicht 1993 aufgehoben worden, so würde selbst der Rückgriff auf einen Begriff der „contrôle de la gestion", der eine Eingriffsbefugnis einschließt, wie der, von dem die Französische Republik und das Vereinigte Königreich ausgehen, dazu führen, dass die SA HLM als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie anzusehen wäre.

64. Aus den gerade von mir genannten anderen Vorschriften, die für die Satzungen dieser Gesellschaften zwingend vorgeschrieben sind, geht jedoch hervor, dass die SA HLM in einem sehr engen Rahmen geregelt sind, und zwar sowohl in Bezug darauf, welche Tätigkeiten sie ausüben dürfen, als auch in Bezug auf ihre Funktionsweise und die Verwendung ihres Kapitals, und dass das Profil des Aktionärs einer solchen Gesellschaft sich sicherlich sehr stark von dem Profil des Aktionärs einer nur dem Gesetz von 1966 unterliegenden Aktiengesellschaft unterscheidet.

65. Dieser Rahmen darf selbstverständlich nicht mit der Aufsicht („contrôle") verwechselt werden, auf die sich Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie bezieht. Das Vorhandensein von Vorschriften, mögen sie auch noch so genau sein, die eine Einrichtung zu beachten hat, ist eine Sache, die Aufsicht in Bezug auf ihre Leitung ist eine andere. Könnte die Überwachung der Beachtung dieser Vorschriften und die Verhängung von Sanktionen bei deren Verletzung nur von den Gerichten sichergestellt werden, so könnte von einer Aufsicht („contrôle") durch den Staat, eine staatliche Körperschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht die Rede sein.

66. Diese Vorgabe eines sehr engen Rahmens darf aber nicht außer Acht gelassen

werden, wenn es um die Feststellung geht, ob die SA HLM sich in einer engen Verbindung mit der öffentlichen Hand befinden.

67. Sind die Vorschriften für die Führung der Geschäfte sehr detailliert, so wird die bloße Überwachung ihrer Einhaltung unfehlbar zu einem Einfluss der öffentlichen Hand führen, der sich nicht sehr von dem Einfluss unterscheiden wird, den die Ernennung der Mehrheit der Mitglieder der Leitungsorgane durch die öffentliche Hand oder eine überwiegend staatliche Finanzierung schaffen, und zwar in dem Sinne, dass die Führung der Geschäfte den Absichten der öffentlichen Hand entsprechen wird und dass die Aufsicht („contrôle") nur ein Instrument sein wird, das eine dominierende Stellung, für die der Regelungsrahmen die Voraussetzungen geschaffen hat, voll zur Geltung bringt.

68. Mit anderen Worten — und um zu der im Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. herausgearbeiteten Betrachtungsweise zurückzukehren — führt die Aufsicht („contrôle"), wie sie die Kommission in ihrer Auslegung des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie versteht, bei Festlegung eines engen rechtlichen Rahmens unter dem Gesichtspunkt der engen Verbindung mit der öffentlichen Hand zu demselben Ergebnis, das auch die Aufsicht im Sinne dieses Artikels, so wie sie die Französische Republik auffasst, ohne die Vorgabe eines solchen Rahmens hervorbringen würde.

Die streitigen Aufsichtsmaßnahmen („contrôles")

69. Sehen wir uns nun an, ob die verschiedenen Aufsichtsmaßnahmen, die die Kommission nennt, so geartet sind, dass man zu dem Ergebnis gelangen muss, dass sie die SA HLM in eine enge Verbindung mit der öffentlichen Hand bringen.

70. Die erste Vorschrift des CCH, auf die sich die Kommission als Beleg dafür beruft, dass die SA HLM einer Aufsicht in Bezug auf ihre Leitung durch die öffentliche Hand unterliegen, ist Artikel L.422-7. Dieser bestimmt:

„Bei schweren Unregelmäßigkeiten, schwerwiegenden Verstößen bei der Führung der Geschäfte oder Untätigkeit des Verwaltungsrats oder des Vorstands oder des Aufsichtsrats einer Sozialwohnungs- oder Immobiliarkreditgesellschaft kann der Bau- und Wohnungsminister nach Anhörung der Stellungnahme der Gesellschaft oder nachdem diese ordnungsgemäß zu einer Stellungnahme aufgefordert worden ist, die Auflösung der Gesellschaft aussprechen und einen Abwickler bestellen."

71. Diese Vorschrift gibt Anlass zu drei Bemerkungen.

72. Erstens lässt sich meines Erachtens nicht die Auffassung vertreten, dass alle drei genannten Fälle Mängel der Buchführung, Unterschlagungen oder Fälle von Korruption betreffen. Diese Fälle gehören im Wesentlichen zu der Kategorie „schwere Unregelmäßigkeiten".

73. Dagegen kann mit „schwerwiegenden Verstößen bei der Führung der Geschäfte" schwerlich etwas anderes gemeint sein als Entscheidungen der Organe, die unüberlegt getroffen werden, z. B. der Verstoß gegen die Ziele, die die Gesellschaft verfolgen muss, oder unbesonnene Entscheidungen im finanziellen Bereich.

74. Der Vorwurf der „Untätigkeit" schließlich bezieht sich auf schuldhafte Unterlassungen oder einen allgemeinen Mangel an Dynamik.

75. Man muss daher zu dem Ergebnis gelangen, dass die beiden letztgenannten Kategorien zur Geschäftspolitik und nicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle gehören.

76. Zweitens könnte der Bau- und Wohnungsminister (im Folgenden: Minister) wohl kaum „schwerwiegende Verstöße bei der Führung der Geschäfte" oder eine „Untätigkeit" feststellen, wenn er nicht zumindest in regelmäßigen Abständen die Führung der Geschäfte überprüft. Diese Prüfung wird tatsächlich dadurch ermöglicht, dass die Gesellschaft verpflichtet ist, dem Minister und anderen Behörden nicht nur alle Rechnungsunterlagen, sondern vor allem die der Generalversammlung vorgelegten Berichte sowie das Protokoll dieser Versammlung zuzuleiten (siehe die oben genannte Nummer 11 der Mustersatzung).

77. Drittens ist unbestreitbar, dass die Befugnisse, die dieser Artikel dem Minister einräumt, sehr weit gehen, denn sie erlauben es diesem, die Auflösung einer SA HLM zu beschließen, wenn er den Eindruck hat, dass die Führung der Geschäfte schwere Mängel aufweist.

78. Die folgende Vorschrift, Artikel L.422-8 [18], auf die sich auch die Kommission beruft, eröffnet dem Minister die Möglichkeit, auf eine weniger schwerwiegende Maßnahme zurückzugreifen, nämlich die Leitungsorgane ihrer Ämter zu entheben, sie ist aber mit einschneidenden Maßnahmen in Bezug auf die Führung der Geschäfte der Gesellschaft verbunden, da diese vorübergehend einem vom Minister ernannten vorläufigen Verwalter unterstellt wird.

18 — In den in Artikel L.422-7 geregelten Fällen kann der Wohnungsminister sich darauf beschränken, den Verwaltungsrat oder den Aufsichtsrat und den Vorstand — oder nur diesen — durch mit Gründen versehene Anordnung seiner Ämter zu entheben und einen vorläufigen Verwalter ernennen, auf den alle Befugnisse des Verwaltungsrat oder des Aufsichtsrats und des Vorstands für die Fortführung der laufenden Geschäfte von Amts wegen übergehen.
Das Mandat des vorläufigen Verwalters endet entweder mit der Bestellung eines neuen Verwaltungsrats oder eines neuen Aufsichtsrats durch die Generalversammlung, die spätestens vor Ablauf eines Zeitraums von einem Jahr von der Entscheidung des Ministers an, der einmal um ein weiteres Jahr verlängert werden kann, zusammengetreten ist, oder, wenn diese Bestellung nicht erfolgt, mit der Ernennung eines Abwicklers durch den Bau- und Wohnungsminister.
Während einer Dauer von zwei Jahren nach Ende des Mandats des vorläufigen Verwalters ist dieser zu allen Sitzungen des Verwaltungsrats oder des neuen Aufsichtsrats der Gesellschaft und zu den Generalversammlungen der Aktionäre zu laden und kann daran teilnehmen.
Stellt er während dieses Zeitraums fest, dass die für die Sanierung der Gesellschaft unbedingt erforderlichen Maßnahmen nicht erlassen oder nicht umgesetzt werden, unterrichtet er davon den Bau- und Wohnungsminister. Dieser kann im Einvernehmen mit dem Wirtschafts- und Finanzminister nach Anhörung der Stellungnahme der Gesellschaft entweder die Auflösung und die Liquidation der betreffenden Einrichtung vornehmen, oder den Verwaltungsrat oder den Aufsichtsrat erneut seiner Ämter entheben und einen vorläufigen Verwalter ernennen, wobei er die Dauer von dessen Mandat festlegt. Dieser Verwalter muss vor dem Ende seines Mandats eine Generalversammlung zur Bestellung eines neuen Verwaltungsrats oder eines neuen Aufsichtsrats einberufen. Erfolgt diese Bestellung nicht, so wird die Einrichtung aufgelöst und abgewickelt.

79. Es handelt sich also sogar nicht mehr um einen Eingriff in die Führung der Geschäfte, sondern um einen Übergang der Geschäftsführungsbefugnisse auf eine vom Staat ausgewählte Person.

80. Außerdem ist mit dem Ende des Mandats dieser Person keine Rückkehr zum Status quo ante verbunden, da sich die Gesellschaft zwei Jahre lang einer verstärkten Überwachung [19] unterstellen muss.

81. Ebenfalls noch im legislativen Teil des CCH hat die Kommission die Artikel L.423-1 und L.423-2 [20] gefunden, wonach der Minister sowohl die Liquidation einer SA HLM verfügen darf, deren Tätigkeit nur geringfügig ist, als auch im Gegensatz dazu eine SA HLM, deren Tätigkeit über einen im Voraus festgesetzten Umfang hinausgeht, dazu verpflichten kann, einen Teil ihres Mietwohnungsbestands an eine andere Sozialwohnungseinrichtung zu veräußern.

82. Derartige Maßnahmen ermöglichen es dem Minister unbestreitbar, ein bestimmtes Geschäftsführungsprofil durchzusetzen oder zumindest entweder ein Minimum an Dynamik bei der Führung der Geschäfte vorzuschreiben oder die Bildung von SA HLM zu verhindern, die den Charakter von wahren Wohnungsimperien besitzen.

83. Wie die Kommission ausführt, beschränkt sich das CHH jedoch nicht darauf, ministerielle Maßnahmen vorzusehen, mit denen entweder Abhilfe bei einer Führung der Geschäfte, die durch schwere Verstöße oder Mängel gekennzeichnet ist, geschaffen werden oder für die Einhaltung der Grenzen gesorgt werden soll, innerhalb dessen die Tätigkeit der SA HLM sich bewegen muss. Es stellt in Artikel L.451-1 den allgemeinen Grundsatz auf, dass die Sozialwohnungseinrichtungen und damit auch die SA HLM „der Aufsicht durch die Verwaltung unterliegen". Nach Artikel R.451-1 unterliegen alle Sozialwohnungseinrichtungen unabhängig von ihrer Rechtsnatur und der Art der Finanzierung ihrer Geschäfte „der Aufsicht durch den Finanzminister und den Bau- und Wohnungsminister". Um die volle Wirksamkeit dieser Aufsicht sicherzustellen, erstreckt Artikel L.451-2 [21] diese Aufsicht auf die

19 — Die Kommission hätte auch auf Artikel L.422-6 verweisen können, der Maßnahmen der Amtshebung einzelner Mitglieder der Leitungsorgane vorsieht, sowie auf Artikel L.422-9, der Folgendes bestimmt:
„Hat eine Sozialwohnungs- oder Immobiliarkreditgesellschaft es während eines Zeitraums von zwei Jahren unterlassen, der zuständigen Verwaltungsbehörde die Verwaltungsunterlagen und Rechnungsbelege zuzuleiten, die in dem nach Artikel L.423-3 vorgesehenen Dekret aufgezählt sind, oder ist es ihr unmöglich, ihren Verwaltungsrat neu zu bestellen oder eine Generalversammlung der Aktionäre abzuhalten, so kann die Verwaltungsbehörde entweder auf Antrag der Gesellschafter, die die Kapitalmehrheit besitzen, oder auf Antrag des Vertreters des Staates im Departement oder von sich aus unter den durch Dekret festgelegten Voraussetzungen die Auflösung der Gesellschaft aussprechen und einen Abwickler ernennen."

20 — Artikel L.423-1:
„Eine Sozialwohnungseinrichtung, die weniger als 1 500 Wohnungen bewirtschaftet und die innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren nicht mindestens 500 Wohnungen errichtet oder 300 Darlehen gewährt hat, kann durch Anordnung des Bau- und Wohnungsministers aufgelöst und es kann für sie ein Abwickler bestellt werden; handelt es sich um ein Staatliches Sozialwohnungsamt oder um ein Staatliches Planungs- und Bauamt, so ist eine gemeinsame Anordnung dieses Ministers und des Innenministers erforderlich."
Artikel L.423-2:
„Eine Sozialwohnungseinrichtung, die mehr als 50 000 Wohnungen bewirtschaftet, kann durch Anordnung des Bau- und Wohnungsministers aufgefordert werden, alle oder einen Teil der diese Zahl überschreitenden Wohnungen an einen oder mehrere namentlich bezeichnete Einrichtungen zu veräußern."

21 — Die mit der im vorstehenden Artikel vorgesehenen Aufsicht betrauten Beamten dürfen im ausschließlichen Interesse dieser Aufsicht in den Geschäftsräumen der Architekten oder Bauuntenehmer, die mit den dieser Aufsicht unterliegenden Einrichtungen verhandelt haben, Rechnungsunterlagen, Kopien des Schriftwechsels sowie Belege über Einnahmen und Ausgaben einsehen.
Bei einer ordnungsgemäß festgestellten Weigerung, diese Unterlagen vorzulegen, hat der Verantwortliche eine Geldbuße in Höhe von 60 000 FRF zu entrichten.

Unterlagen, die sich im Besitz der Architekten und Bauunternehmen befinden, die mit den Sozialwohnungseinrichtungen verhandelt haben, und droht für den Fall der Verweigerung des Zugangs zu diesen Unterlagen schwere finanzielle Sanktionen an.

84. Es fällt auf, dass Artikel L.451-1 das Ausmaß der Aufsicht, dass die Behörden über die SA HLM ausüben können, in keiner Weise beschränkt, z. B. dadurch, dass er bestimmt, dass diese Aufsicht eine bloße Rechtmäßigkeitsaufsicht ist.

85. Den Behörden steht nämlich außer den bereits beschriebenen Mitteln eine ganze Reihe von Instrumenten zur Verfügung, mit denen sie die Führung der Geschäfte der SA HLM in eine bestimmte Richtung lenken können. Die Kommission führt zwei Beispiele dafür an.

86. Erstens Artikel R.423-72 CCH, wonach eine Entscheidung, die offensichtlich zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft gehört, nämlich die Höherbewertung der Aktiva, der vorherigen Genehmigung durch den Minister bedarf.

87. Zweitens das Dekret Nr. 93-236 vom 22. Februar 1993 über die Schaffung der interministeriellen Dienststelle für die Prüfung des Sozialwohnungswesens. Artikel 3 dieses Dekrets bestimmt:

„Aufgabe der Dienststelle ist die Aufsicht über die im Sozialwohnungswesen tätigen natürlichen oder juristischen Personen.

Sie kontrolliert anhand der Akten und an Ort und Stelle die Maßnahmen zum Bau, zum Erwerb und zur Verbesserung von Wohnungen, die mit Hilfe von Finanzierungen durchgeführt werden, die vom Staat unterstützt oder durch diesen geregelt sind oder die Gegenstand einer Vereinbarung mit dem Staat sind oder die auf steuerfreie Mittel gestützt sind.

...

Sie kann von den Ministern, denen sie untersteht, mit Kontrollen und Untersuchungen sowie mit Studien, Rechnungsprüfungen oder Auswertungen im Sozialwohnungswesen betraut werden.

Sie macht Vorschläge für die Folgerungen, die aus ihren Inspektionsberichten zu ziehen sind, und vergewissert sich, dass die Maßnahmen, die von den Ministern erlassen worden sind, denen sie untersteht, von den kontrollierten Personen umgesetzt werden.

Die Dienststelle unterstützt auf deren Antrag die dezentralisierten Abteilungen der für die Wirtschaft, die Finanzen, den Haushalt und die Ausrüstung zuständigen Ministerien."

88. Ganz offensichtlich begnügt sich diese Stelle nicht damit, zu beobachten. Sie kann für den Minister Vorschläge ausarbeiten, die die Führung der Geschäfte der einzelnen Sozialwohnungseinrichtungen betreffen, und sie wird, wenn der Minister sich diese Vorschläge zu Eigen macht, sicherstellen, dass sie tatsächlich umgesetzt werden.

89. Die Französische Republik bestreitet natürlich nicht, dass es diese verschiedenen Formen der Aufsicht gibt.

90. Was die verschiedenen von der Kommission im CCH festgestellten Fälle, in denen der Minister tätig wird, angeht, betont sie, dass es sich dabei um ganz besondere Fallgestaltungen handele, die in der Praxis nur sehr selten aufträten.

91. Zur allgemeinen Aufsichtsbefugnis des Ministers führt sie aus:

„Es ist hervorzuheben, dass es sich im vorliegenden Fall um unerwartete Kontrollen an Ort und Stelle und aufgrund der Akten handele. Sie bestehen in einer Prüfung der Buchführung der Einrichtungen. Die Beamten können eine Aufstellung der finanziellen Mittel und Vermögenswerte und die Vorlage aller Unterlagen verlangen. Sie können alle Auskünfte fordern, wobei die einzige Grenze darin besteht, dass sie sich nicht in das Funktionieren der Dienste einmischen dürfen. Am Ende dieser Prüfung steht ein Bericht, in dem die Beamten/Prüfer sich darauf beschränken, dem Minister Unterschlagungen oder missbräuchliche Verhaltensweisen anzuzeigen. Letztlich stellt die Tätigkeit dieser Inspektionsdienststelle eher eine ständige Drohung für die Einrichtungen dar, die kontrolliert werden könnten, als eine Aufsicht über die Leitung im engeren Sinne, aus der sich Entscheidungen über die Auswahl der Strategie oder der Investitionen ergeben könnten."

92. Ich meine jedoch oben im Zusammenhang mit Artikel L.422-7 CCH und der Mustersatzung, der die SA HLM sich unterwerfen müssen, dargelegt zu haben, dass die Aufsicht („contrôle") des Staates weiter geht und sich auf alle der Generalversammlung unterbreiteten Dokumente und die Berichte dieser Versammlung bezieht.

93. Zur interministeriellen Dienststelle für die Prüfung des Sozialwohnungswesens (mission interministérielle d'inspection du logement social; MILOS) führt die Französische Republik in ihrer Gegenerwiderung Folgendes aus:

„... die MILOS kann gegenüber den Einrichtungen, die sie überprüft, keine Anordnungen oder Weisungen erlassen. Diese Prüfungen enden mit einem kontradiktorischen Bericht, der die Stellungnahmen der Einrichtung zu den positiven

oder negativen Punkten umfasst, die bei der Prüfung zutage getreten sind, und der Vorschläge oder Empfehlungen enthalten kann, die sich sowohl an die Einrichtung selbst als auch an die Aufsichtsverwaltung richten. Der Bericht wird dann — außer dem Präsidenten der überprüften Einrichtung — den örtlichen Aufsichtsbehörden (dem Präfekten und dem Trésorier Payeur Général) und den nationalen Aufsichtsbehörden (dem Schatzminister bzw. dem Wohnungsminister) zugeleitet. Nach seiner Art und nach seinen Adressaten hat ein Bericht der MILOS die Bedeutung einer administrativen Überprüfung mit diagnostischer und informatorischer Wirkung. Zwar achtet der Lenkungsausschuss der MILOS oder ihr Ständiger Ausschuss auf die Folgerungen, die aus den Bemerkungen im Bericht zu ziehen sind, die MILOS spricht aber nur Empfehlungen aus, die gegebenenfalls zu einer Verhandlung mit der Einrichtung selbst führen, um diese dazu zu bringen, sich fortzuentwickeln, insbesondere wenn ihre wirtschaftliche Lage kritisch wird."

94. Aber auch hier passt die Argumentation meines Erachtens nicht, denn diese Prüfungen kommen zu den anderen bereits beschriebenen Kontrollen hinzu. Im Übrigen ist es auch nicht ohne Belang, wenn man feststellt, dass diese Dienststelle selbst nach dem Vorbringen der Französischen Republik sich dazu veranlasst sehen kann, in Verhandlungen mit der überprüften Einrichtung einzutreten, „um diese dazu zu bringen, sich fortzuentwickeln".

95. Richtet man sich nach dem Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., so kann man meiner Ansicht nach nur der Kommission Recht geben, denn alles läuft auf den Nachweis hinaus, dass die SA HLM durch die Kontrollen, die die staatlichen Stellen in Bezug auf die Leitung („gestion") dieser Gesellschaften ausüben, in eine enge Verbindung zum Staat gebracht werden.

96. Es bleibt eine letzte Schwierigkeit, die damit zusammenhängt, wie die Kommission zu den Ergebnis gelangt ist, dass eine Vertragsverletzung vorliegt. In ihrer Klage beantragt sie nämlich, festzustellen, dass die Französische Republik bei verschiedenen von den OPAC und dem SA HLM durchgeführten Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen für die Errichtung von Wohnungen gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/37, insbesondere aus Artikel 11 Absatz 2 dieser Richtlinie, verstoßen hat. Meines Erachtens ist es schwierig, den Anträgen der Kommission in dieser Formulierung stattzugeben.

97. Die Kommission beantragt nicht, eine Verletzung der durch die Richtlinie 93/37 begründeten Verpflichtungen festzustellen, die darin besteht, dass die Französische Republik nicht die erforderlichen Maßnahmen erlassen hat, um den OPAC und den SA HLM vorzuschreiben, im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Serie S, Ausschreibungen von Aufträgen dann zu veröffentlichen, wenn deren Wert den durch diese Richtlinie festgesetzten Schwellenwert überschreitet, was nicht schwierig gewesen wäre, weil gerade dieser Punkt im Laufe des Verfahrens erörtert worden ist. Meines Erachtens sollte der Gerichtshof sich deshalb darauf beschränken, das Vorliegen einer Vertragsverletzung in den drei von der Kommission angeführten konkreten Fällen festzustellen.

Ergebnis

98. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— festzustellen, dass die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, insbesondere aus Artikel 11 Absatz 2 dieser Richtlinie, verstoßen hat, dass sie nicht die Maßnahmen ergriffen hat, die dafür erforderlich sind, dass das Office public d'aménagement et de construction du Val-de-Marne, die Société anonyme d'habitation à loyer modéré Logirel in Lyon und das Office public d'aménagement et de construction de Paris im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Serie S, die Ausschreibungen der Aufträge veröffentlichen lassen, die sie im *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* vom 7. Februar 1995, im *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* vom 16. Februar 1995 bzw. im *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* vom 16. Februar 1995 haben veröffentlichen lassen;

— der Französischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.