SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
L. A. GEELHOED
vom 21. April 2005 [1]

I — Einleitung

1. In dieser Rechtssache beantragt die Kommission, festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [2] verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde.

1 — Originalsprache: Niederländisch.

2 — ABl. L 209, S. 1.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie*

2. Die Kommission macht einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie geltend. Auch die Definitionen in Artikel 1 Buchstaben a, b und c sind hier von Belang.

3. Nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge" „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge". Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie gelten als „öffentliche Auftraggeber" „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen". Artikel 1 Buchstabe c

der Richtlinie schließlich definiert „Dienstleistungserbringer" als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten".

4. Artikel 8 der Richtlinie 92/50 bestimmt: „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben." Diese Vorschriften regeln im Wesentlichen den Aufruf zum Wettbewerb und die Bekanntmachung. Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 lautet: „Für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge haben die Auftraggeber die in Artikel 1 Buchstaben d), e) und f) genannten Verfahren in einer an diese Richtlinie angepassten Form anzuwenden." Die genannten Verfahren sind das „offene Verfahren", das „nicht offene Verfahren" und das „Verhandlungsverfahren". Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 bestimmt: „Die Auftraggeber, die einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen, eines nicht offenen oder — in den in Artikel 11 genannten Fällen — eines Verhandlungsverfahrens vergeben wollen, teilen ihre Absicht durch Bekanntmachung mit."

5. Kategorie 16 des Anhangs IA der Richtlinie umfasst „Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen".

B — *Nationale Vorschriften*

6. Das niederösterreichische Abfallwirtschaftsgesetz (im Folgenden: regionales Abfallgesetz) bestimmt in § 9 Absatz 3, dass die niederösterreichischen Gemeinden nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes für die Erfassung und Behandlung des Abfalls zu sorgen und Einrichtungen zu schaffen oder anzubieten haben. Nach § 11 dieses Gesetzes hat die jeweilige Gemeinde für die Einrichtung und den Betrieb der Müllabfuhr zu sorgen.

III — Sachverhalt

7. Die Stadtgemeinde Mödling beschloss am 21. Mai 1999, sich zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen im Bereich der Abfallwirtschaft einer selbständigen Einrichtung zu bedienen. Hierzu wurde die AbfallwirtschaftsGmbH (im Folgenden: AbfallGmbH) gegründet. Nach dem Protokoll der Gemeinderatssitzung sollten sämtliche Gesellschaftsanteile vorerst von der Stadtgemeinde Mödling gehalten werden. Gegenstand der AbfallGmbH sollte die Erbringung von Dienstleistungen zur Umsetzung der ökologischen Abfallwirtschaft und der damit zusammenhängenden Handelsgeschäfte insbesondere im Bereich der Abfallentsorgung sein, wozu auch die Erstellung und Ausarbeitung von individuellen Abfallwirtschaftskonzepten — in erster Linie für die Stadtgemeinde Mödling — gehören sollten.

8. Am 16. Juni 1999 wurde die Errichtungserklärung zur Gründung der AbfallGmbH unterfertigt. Das gesamte Stammkapital der Gesellschaft wurde von der einzigen Gesellschafterin, der Stadtgemeinde Mödling, gehalten.

9. Am 25. Juni 1999 beschloss die Stadtgemeinde Mödling, die Abfallwirtschaft für ihr Gemeindegebiet nach Maßgabe des regionalen Abfallgesetzes, des Abfallwirtschaftsgesetzes des Bundes und der gemeindlichen Abfallwirtschaftsverordnung der AbfallGmbH zu übertragen. Außerdem räumte die Stadtgemeinde Mödling dieser eine Option auf damals noch laufende Verträge im Bereich der Abfallbehandlung ein. Ein Mietvertrag zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH sah die Bereitstellung der für die Abfallbehandlung notwendigen Betriebsmittel und des entsprechenden Personals vor.

10. Die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Behandlung von Müll ausschließlich übertrug, wurde am 15. September 1999 geschlossen. Sie wurde für einen unbefristeten Zeitraum geschlossen und trat rückwirkend zum 1. Juli 1999 in Kraft. Der Vertrag sieht vor, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH ein Entgelt zahlt, das aus einem Fixbetrag pro Müllbehälter oder Tonne als Gegenleistung für die Erfassung und Behandlung von Müll, Sperrmüll, Altstoffen, kompostierbaren Abfällen und Problemstoffen besteht. Die AbfallGmbH hat keine Entsorgungsverträge mit anderen Gemeinden oder Gemeindeverbänden abgeschlossen. Die Müllumladestation der Stadtgemeinde Mödling verrichtet jedoch auch Tätigkeiten für andere private Entsorgungsfirmen im Zusammenhang mit dem Umladen und Pressen von Hausmüll.

11. Am 15. September 1999 wurde auch der Mietvertrag über die für die Abfallbehandlung notwendigen Betriebsmittel und das entsprechende Personal auf unbefristete Zeit geschlossen, der rückwirkend zum 1. Juli 1999 in Kraft trat. Danach ist die AbfallGmbH verpflichtet, die von der Gemeinde zu benennenden Bediensteten im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung zu beschäftigen. Im Vertrag heißt es, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH das Weisungsrecht über die Bediensteten überträgt.

12. Am 1. Oktober 1999 beschloss der Gemeinderat der Stadtgemeinde Mödling, dass diese als Alleingesellschafterin der AbfallGmbH 49 % ihres Geschäftsanteils an das Privatunternehmen Saubermacher Dienstleistungs-Aktiengesellschaft (im Folgenden: Saubermacher AG) abtritt. In der Sitzungsvorlage zur Sitzung vom 1. Oktober 1999 wurde ausgeführt, dass nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 25. Juni 1999 mehrere Gespräche mit Interessenten an einer Partnerschaft geführt worden seien, u. a. mit der Saubermacher AG. Schließlich wurden die Vorschläge der Unternehmen der KPMG Corporate Finance & Recovery Ges.m.b.H. unterbreitet, die den Vorschlag der Sauber-

macher AG als Vorschlag mit der Garantie der besten Auslastung auswies.

13. Am 6. Oktober 1999 wurde die Errichtungserklärung dahin gehend geändert, dass die meisten Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden können. Außerdem wurde festgelegt, dass die Generalversammlung nur bei Anwesenheit von 51 % des Stammkapitals beschlussfähig ist. Die Vertretung der Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis wird durch mindestens zwei Geschäftsführer wahrgenommen, die gemeinsam zeichnungsbefugt sind.

14. Mit Abtretungsvereinbarung vom 13. Oktober 1999 trat die Stadtgemeinde Mödling 49 % ihres Geschäftsanteils an die Saubermacher AG ab.

15. Die AbfallGmbH nahm ihre operative Tätigkeit am 1. Dezember 1999 und daher zu einem Zeitpunkt auf, zu dem die Saubermacher AG bereits Gesellschafterin war.

16. Die AbfallGmbH war vom 1. Dezember 1999 bis 31. März 2000 ausschließlich für die Stadtgemeinde Mödling tätig. Nach Inbetriebnahme der Umladestation war sie auch für Dritte tätig. Im ersten Geschäftsjahr ab 1. April 2000 machte die Tätigkeit der AbfallGmbH für die Stadtgemeinde Mödling 70 % bis 80 % der Umsätze aus.

IV — Vorverfahren

17. Am 20. März 2002 richtete die Kommission ein Aufforderungsschreiben an die Republik Österreich, in dem sie ausführte, dass die Stadtgemeinde Mödling die Vereinbarung über die Erfassung und Behandlung von Müll nicht ausgeschrieben habe, obwohl es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handele, der unter die Richtlinie 92/50 falle. Dies wurde von der Republik Österreich mit Schreiben vom 23. Juni 2002 bestritten. Ihrer Ansicht nach fällt die Vergabe des Vertrages über die Erfassung und Behandlung von Müll an die AbfallGmbH nicht unter die Vergaberichtlinien, weil es sich um ein „In-house"-Geschäft handele.

18. Da die Kommission diese Antwort für unzureichend hielt, richtete sie am 3. April 2003 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Republik Österreich. Diese beschränkte sich in ihrer Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme darauf, ihre in der Antwort auf das Aufforderungsschreiben angeführten Argumente zu wiederholen, weshalb die Kommission am 28. Januar 2004 die vorliegende Klage erhoben hat.

19. Die Kommission beantragt,

— festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtun-

gen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde;

— der Republik Österreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

20. Die Republik Österreich beantragt, die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen.

V — Vorbringen der Parteien und Beurteilung

A — *Zulässigkeit*

1. Standpunkte der Parteien

21. Die österreichische Regierung bestreitet in ihrer Klagebeantwortung die Zulässigkeit der Klage. Erstens habe die Kommission nicht eindeutig dargelegt, weshalb sie den Abschluss der Entsorgungsvereinbarung als einen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 ansehe. Sie habe daher gegen den Grundsatz verstoßen, dass der Streitgegenstand klar bestimmt sein müsse. Damit habe die Kommission den Zweck des Vorverfahrens verkannt, der darin bestehe, es dem Mitgliedstaat zu ermöglichen, in sachdienlicher Weise seine Verteidigungsmittel geltend zu machen. Zweitens habe die Kommission gegen die grundlegende Regel verstoßen, wonach sie die Vertragsverletzung zu beweisen habe. Schließlich sei die Klage auf die falsche Rechtsgrundlage gestützt.

22. Nach Ansicht der österreichischen Regierung sind die Ereignisse, die zur Vergabe des Vertrages an die AbfallGmbH geführt haben, unabhängig voneinander zu beurteilen. Bei einer solchen Beurteilung gelange man zu dem Schluss, dass die Richtlinie 92/50 nicht anwendbar sei. Der erste Schritt — die Gründung der AbfallGmbH, die zu 100 % im Eigentum der Stadtgemeinde Mödling stehe — stelle nämlich keinen vergaberechtlich relevanten Vorgang dar. Auch der zweite Schritt — der Abschluss der Entsorgungsvereinbarung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH — stelle keinen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 dar, da es sich um ein „In-house"-Geschäft handele. Aber auch der dritte Schritt – der Verkauf von 49 % der Anteile an der AbfallGmbH durch die Stadtgemeinde Mödling an ein Privatunternehmen — sei vergaberechtlich nicht relevant. Deshalb liege hier kein Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 vor; die Vergabe des Vertrages an die AbfallGmbH hätte vielmehr

direkt anhand der (beihilferechtlichen) Bestimmungen des EG-Vertrags geprüft werden müssen.

23. Die Kommission hätte nur dann einen Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 glaubhaft machen können, wenn sie von einer der beiden folgenden Prämissen ausgegangen wäre, nämlich dass die einzelnen Schritte, die zur Gründung der AbfallGmbH mit nachfolgender Beteiligung eines privaten Partners geführt hätten, de facto gewählt worden seien, um die Anwendung der Richtlinie 92/50 zu umgehen, oder dass sich hinter dem Anteilsverkauf tatsächlich die Vergabe eines Vertrages, der als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei, an einen privaten Partner verberge. Die Kommission habe sich jedoch zu diesen Prämissen nicht geäußert.

24. Außerdem habe die Kommission im Vorverfahren zu keinem Zeitpunkt dargelegt, dass sie die Vergabe des Entsorgungsauftrags einerseits und die Übertragung von 49 % der Anteile sowie die Änderung der Satzung andererseits als einheitlichen Vorgang betrachte. Ferner habe die Kommission keine Beweise zur Stützung ihrer Klagegründe beigebracht; insbesondere habe sie nicht dargetan, dass die Stadtgemeinde Mödling in Umgehungsabsicht gehandelt habe. Schließlich habe sie diese Rüge erst in ihrer Erwiderung erhoben.

25. Die Kommission widerspricht dem Standpunkt der österreichischen Regierung. Ihrer Ansicht nach kann die Übertragung der Entsorgungsdienstleistung an die AbfallGmbH unter Beteiligung der Saubermacher AG nicht künstlich in drei Schritte aufgespalten werden. Sie erinnert insofern daran, dass sie in ihrem Aufforderungsschreiben (Nr. 13) ausgeführt habe, dass die Beauftragung der AbfallGmbH in einer ersten Phase als hundertprozentige Eigengesellschaft ein gewolltes Durchgangsstadium zur gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nach Veräußerung von 49 % der Geschäftsanteile an ein privates Unternehmen darstelle. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass seit dem Gemeinderatsbeschluss vom 25. Juni 1999 Gespräche mit an einer Partnerschaft interessierten Unternehmen geführt worden seien. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen dem Abschluss der Vereinbarung mit der AbfallGmbH und dem Beschluss über die Abtretung der Anteile — zwei Wochen — belege, dass die Stadtgemeinde Mödling von Beginn an das Ziel verfolgt habe, die Dienstleistung von einer Gesellschaft durchführen zu lassen, an der ein Privatunternehmen maßgeblich beteiligt sei. Die österreichische Regierung könne daher nicht behaupten, dass sie den Streitgegenstand nicht kenne.

2. Beurteilung

26. Nach ständiger Rechtsprechung muss die Kommission in einer nach Artikel 226 EG eingereichten Klageschrift die Rügen, über die der Gerichtshof entscheiden soll, genau angeben und zumindest in gedrängter

Form die rechtlichen und tatsächlichen Umstände darlegen, auf die diese Rügen gestützt sind.

27. Ebenso wie das von der Kommission an den Mitgliedstaat gerichtete Mahnschreiben und ihre mit Gründen versehene Stellungnahme, die den Streitgegenstand abgrenzen, muss die Klageschrift den betroffenen Mitgliedstaat in die Lage versetzen, seine Verteidigung wahrzunehmen und sämtliche von der Kommission gegen ihn erhobenen Vorwürfe zurückzuweisen.

28. Diese Rechtsprechung steht Vertragsverletzungsverfahren entgegen, die durch eine Klageschrift eingeleitet worden sind, die wegen der Ungenauigkeit der vorgebrachten Rügen oder des Fehlens einer rechtlichen oder tatsächlichen Begründung die Verteidigungsrechte beeinträchtigt [3].

29. Im vorliegenden Fall hat die Kommission im Vorverfahren klar dargelegt, weshalb sie der Ansicht ist, dass die österreichische Regierung beim Abschluss der Entsorgungsvereinbarung die Verfahrensvorschriften der Richtlinie 92/50 nicht eingehalten hat. Sie ist ausführlich auf die tatsächlichen Umstände, die zur Vergabe des Entsorgungsvertrags geführt haben, und die rechtlichen Gründe, auf die sie den Verstoß gestützt hat, eingegangen.

3 — Vgl. u. a. Urteil vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-191/95 (Kommission/Deutschland, Slg. 1998, I-5449, Randnr. 55) und Urteil vom 22. April 1999 in der Rechtssache C-340/96 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1999, I-2023, Randnr. 36).

30. Insbesondere hat die Kommission aus den Umständen des Zustandekommens des Vertrages und der Art und Weise, wie es zur Beteiligung der Saubermacher AG an der AbfallGmbH kam, abgeleitet, dass es hier um einen Auftrag ging, auf den die Richtlinie 92/50 anwendbar war. Damit ist der Streitgegenstand in dieser Rechtssache hinreichend abgegrenzt.

31. Der Vorwurf der österreichischen Regierung, die Kommission habe den Streitgegenstand nicht abgegrenzt, ist daher unbegründet.

32. Die übrigen Rügen der österreichischen Regierung hinsichtlich der Zulässigkeit sind inhaltlicher Art. Darauf werde ich unten bei der Beurteilung der Begründetheit eingehen.

33. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die von der österreichischen Regierung erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen ist.

B — *Begründetheit*

1. Standpunkte der Parteien

34. Die Kommission stellt in ihrer Klageschrift fest, dass die Stadtgemeinde Mödling

als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 sei. Die Müllentsorgung sei eine Dienstleistung, die unter Kategorie 16 des Anhangs IA der Richtlinie falle. Der Auftrag, der diese Dienstleistung zum Gegenstand habe, sei daher nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI zu vergeben. Außerdem überschreite der Entsorgungsauftrag den Schwellenwert von 200 000 Sonderziehungsrechten (SDR) im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 92/50, geändert durch Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge [4]. Die Verfahrensvorschriften des Artikels 11 Absatz 1 und die Bekanntmachungsvorschriften des Artikels 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 seien daher uneingeschränkt anwendbar.

35. Im vorliegenden Fall besteht nach Ansicht der Kommission zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH kein Innenverhältnis mehr. Sie verweist zur Untermauerung dieses Vorbringens auf das Urteil Teckal [5]. In diesem Urteil habe der Gerichtshof festgestellt, dass die Richtlinien über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen keine Anwendung fänden, wenn „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen". Wenn ein öffentlicher Auftraggeber nicht die Absicht habe, einen Dritten mit den ihm obliegenden Aufgaben zu betrauen, sondern diese lediglich intern neu verteilen wolle, seien die Vergaberichtlinien nicht anwendbar. Sobald jedoch ein Privatunternehmen Anteile am Auftragnehmer besitze, könne der Auftraggeber keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen mehr ausüben. Eine Minderheitsbeteiligung eines Privatunternehmens reiche aus, um das Vorliegen eines Innenverhältnisses auszuschließen.

36. Außerdem seien mit der Minderheitsbeteiligung der Saubermacher AG weitgehende Vetorechte und das Recht auf Ernennung eines von zwei gleichberechtigten Geschäftsführern verbunden:

— Der Saubermacher AG stehe ein Vetorecht über wesentliche Entscheidungen der AbfallGmbH zu, wie über die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, die Abänderung des im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Unternehmensgegenstands, die Verschmelzung oder die Abtretung von Geschäftsanteilen oder die Teilung von Geschäftsanteilen;

— durch die Ernennung eines der beiden Geschäftsführer übe die Saubermacher AG einen bestimmenden Einfluss auf die AbfallGmbH aus, da beide Geschäftsführer gemeinsam die Geschäftsführung und die Vertretung im Innen- und Außenverhältnis wahrnähmen und

4 — ABl. L 328, S. 1.

5 — Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50).

gemeinsam zeichnungsbefugt seien. Darüber hinaus bedürfe die operative Tätigkeit der Geschäftsführer nicht der vorherigen Befassung der Generalversammlung.

37. Die österreichische Regierung ist der Ansicht, dass der Abschluss der Entsorgungsvereinbarung mit der AbfallGmbH nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle, da es sich um ein internes, so genanntes „In-House"-Geschäft handele. Die Beteiligung von Privaten an einem Unternehmen schließe das Vorliegen eines Innenverhältnisses nicht aus. Entscheidend sei das „Ausmaß der Selbständigkeit" des Vertragspartners, d. h. der AbfallGmbH, und nicht der allfällige Einfluss eines privaten Partners im Unternehmen. Im vorliegenden Fall habe die AbfallGmbH weder zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung über eigene Entscheidungsgewalt verfügt, noch verfüge sie zum jetzigen Zeitpunkt darüber.

38. Ferner liege kein echter Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Dienstleistungserbringer im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 vor, weil der öffentliche Auftraggeber auf die Tätigkeit des Dienstleistenden entscheidenden Einfluss nehmen könne und diesem daher jede Selbständigkeit fehle [6].

39. Im Übrigen werde mit dem im Urteil Teckal [7] festgelegten Kriterium „Kontrolle ausüben wie über die eigenen Dienststellen" eine vergleichbare Kontrolle und keine identische Kontrolle verlangt. Um feststellen zu können, ob eine vergleichbare Kontrolle ausgeübt werde, sei eine Gesamtbetrachtung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände erforderlich. Würden alle relevanten Faktoren berücksichtigt, so sei offensichtlich, dass die Stadtgemeinde Mödling auch nach Abtretung von 49 % der Anteile eine solche „vergleichbare" Kontrolle ausüben könne. Hierbei gehe es um folgende Aspekte:

— Die Stadtgemeinde Mödling sei aufgrund ihrer Stimmenmehrheit in der Generalversammlung jederzeit in der Lage, nicht nur die Entsorgungsvereinbarung mit der AbfallGmbH zu kündigen, sondern auch die AbfallGmbH selbst aufzulösen;

— die Tätigkeit der AbfallGmbH könne in jeder Hinsicht von der Stadtgemeinde Mödling allein bestimmt werden, da die beiden Geschäftsführer an die von der Generalversammlung festgelegten Beschränkungen gebunden seien;

6 — Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Léger zum Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-94/99 (ARGE, Slg. 2000, I-11037, Nr. 59).

7 — Zitiert in Fußnote 5.

— nach der Errichtungserklärung könnten sämtliche Beschlüsse über die Tätigkeit der AbfallGmbH mit einfacher Mehrheit gefasst werden, d. h. allein von der Stadtgemeinde Mödling;

— die Stadtgemeinde Mödling könne mit ihrer einfachen Anteils- und Stimmenmehrheit jederzeit ohne Angabe von Gründen die Geschäftsführer der AbfallGmbH, somit auch den vom privaten Partner nominierten Geschäftsführer, abberufen. Ferner könne sie die Herabsetzung der Entlohnung der Geschäftsführung in der Generalversammlung beschließen.

40. In ihrer Erwiderung weist die Kommission das Vorbringen der österreichischen Regierung zurück, wonach anhand einer Einzelfallbetrachtung unter Abwägung aller Umstände zu bestimmen sei, ob ein internes Aufsichtsverhältnis vorliege. Eine solche Prüfung führe zu Rechtsunsicherheit über die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien. Mit dem von der Kommission angewandten Kriterium, nämlich der Einflussnahme eines Dritten auf den Auftragnehmer, könne der Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 dagegen einfach und vorhersehbar abgegrenzt werden.

2. Beurteilung

41. Für die Beurteilung der Begründetheit der vorliegenden Klage der Kommission sind die beiden folgenden Fragen zu untersuchen:

a) Ist die AbfallGmbH, an der die Saubermacher AG 49 % der Anteile hält, als ein Rechtssubjekt anzusehen, das, obwohl es als eine gesonderte Rechtspersönlichkeit rechtlich selbständig ist, doch weiterhin untrennbar zur Organisation gehört, über die die Stadtgemeinde Mödling zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, wie z. B. die Müllentsorgung, verfügt? Bei Bejahung dieser Frage ist der von der Stadtgemeinde Mödling an die AbfallGmbH vergebene Entsorgungsauftrag als ein Auftrag anzusehen, der innerhalb der Gemeindeorganisation vergeben worden ist. In diesem Fall liegt kein Auftrag vor, auf den die Vergabevorschriften der Richtlinie 92/50 anzuwenden wären;

b) sind, für den Fall, dass die AbfallGmbH in ihrer heutigen Rechtsform, d. h. mit der Beteiligung der Saubermacher AG und den darauf anwendbaren satzungsmäßigen und gesetzlichen Vorschriften,

als eine Einrichtung außerhalb der Organisation der Stadtgemeinde Mödling anzusehen ist, die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie 92/50 ordnungsgemäß eingehalten worden?

42. Wie oben ausgeführt, wirft die Klage der Kommission die Frage auf, was unter einem Auftrag zu verstehen ist, der nicht innerhalb der eigenen Befugnisstruktur des öffentlichen Auftraggebers vergeben wird. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Richtlinie 92/50 anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie z. B. eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag zu schließen [8]. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Auftragnehmer nicht zur Befugnisstruktur des öffentlichen Auftraggebers gehört, wenn dieser sich rechtlich von ihm unterscheidet. Allerdings können, selbst wenn der Auftragnehmer eine vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich verschiedene Einrichtung ist, weitere Umstände vorliegen, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist [9]. Im Urteil Teckal werden zwei kumulative Kriterien angeführt, anhand deren zu beurteilen ist, ob eine interne Befugnisstruktur vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Kriterien erfüllt sind, dass „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben" [10].

43. In dem genannten Urteil Teckal wurde die von dem öffentlichen Auftraggeber zu unterscheidende Einrichtung zu 100 % von einer öffentlichen Körperschaft gehalten. Im Urteil Stadt Halle [11], das nach Abschluss des schriftlichen Verfahrens in der vorliegenden Rechtssache erlassen worden ist, ging es um die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine „gemischtwirtschaftliche" Gesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, an deren Kapital auch Privatunternehmen beteiligt sind, eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben kann. Der Gerichtshof hat entschieden, dass „die — auch nur minderheitliche — Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es [dagegen] auf jeden Fall aus[schließt], dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen".

44. In dieser Rechtssache war einer der Faktoren, auf die der Gerichtshof sein Urteil stützte, der, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigt, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde [12].

8 — Vgl. Urteile ARGE, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 40, und Urteil Teckal, zitiert in Fußnote 5.

9 — Vgl. Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49).

10 — Urteil Teckal, zitiert in Fußnote 5.

11 — Zitiert in Fußnote 9.

12 — Urteil Stadt Halle, zitiert in Fußnote 9.

45. Kurz gesagt, ein Rechtssubjekt, das als eine gesonderte Rechtspersönlichkeit rechtlich selbständig ist, kann nicht als Teil eines öffentlichen Auftraggebers angesehen werden, sobald ein Privatunternehmen am Gesellschaftskapital beteiligt ist.

46. Aus dem oben in den Nummern 7 bis 16 wiedergegebenen Sachverhalt und den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Kommission über die Satzung, die oben in Nummer 36 wiedergegeben sind, ergibt sich Folgendes:

— Die Saubermacher AG hält 49 % der Anteile der AbfallGmbH;

— diese Beteiligung ist mit dem Recht auf Bestellung eines der Geschäftsführer verbunden;

— diese Geschäftsführer sind für die Geschäftstätigkeit der AbfallGmbH verantwortlich;

— für wesentliche Entscheidungen, die die Organisation und die Struktur der Gesellschaft betreffen, ist eine qualifizierte Mehrheit der Generalversammlung der Anteilseigner erforderlich.

47. Bereits aufgrund dieser Gegebenheiten erscheint der Schluss gerechtfertigt, dass das Verhältnis zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH kein Innenverhältnis ist, in dem die Gemeinde eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben kann. Daran ändert auch nichts, dass die Gemeinde beschließen kann, die Zusammenarbeit mit der Saubermacher AG zu beenden. Dabei ist sie jedoch an die allgemeinen und besonderen Vorschriften des nationalen Zivilrechts und des Rechts der juristischen Personen gebunden, die die Beziehungen zwischen den in einer Gesellschaft zusammenarbeitenden Parteien regeln, woraus sich ergibt, dass sie jedenfalls den berechtigten Interessen der Saubermacher AG Rechnung tragen muss. Es erscheint nämlich unwahrscheinlich, dass die Saubermacher AG bereit gewesen wäre, durch Übernahme einer — bedeutenden — Beteiligung an der AbfallGmbH eine Kooperationsbeziehung mit der Stadtgemeinde Mödling, die den Rest der Anteile besitzt, einzugehen, wenn die Kontinuität dieser Beziehung allein im freien Ermessen der Gemeinde stünde.

48. Im vorliegenden Fall kann die Umwandlung der internen Dienststelle der Stadtgemeinde Mödling in ein privates Unternehmen in Anbetracht des Ablaufs des Verselbständigungsprozesses und des Verhaltens der AbfallGmbH selbst nicht als ein internes „In-house"-Geschäft angesehen werden.

49. Denn unmittelbar, nachdem die AbfallGmbH am 16. Juni 1999 durch die Stadtgemeinde Mödling gegründet wurde,

hat sie nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 25. Juni mit der Suche nach einem privaten Partner für das gegründete Unternehmen begonnen. Mit der Beteiligung der Saubermacher AG hat die Stadtgemeinde Mödling die nötige Sachkompetenz für einen gewerbsmäßigen Betrieb der AbfallGmbH erworben.

50. Diese Auslegung des Sachverhalts wird noch durch folgende Umstände bestätigt:

— Mit der Durchführung des zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH geschlossenen Entsorgungsvertrags ist erst nach der Beteiligung der Saubermacher AG an der AbfallGmbH begonnen worden;

— die AbfallGmbH erbringt 20 % bis 30 % ihrer Geschäftstätigkeit für Dritte (vgl. oben, Nr. 16).

51. Da die AbfallGmbH in ihrer heutigen Rechtsform, d. h. mit der Beteiligung der Saubermacher AG und den darauf anwendbaren satzungsmäßigen und gesetzlichen Vorschriften, als eine außerhalb der Organisation der Stadtgemeinde Mödling stehende Einrichtung anzusehen ist, ist zu prüfen, ob die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Entsorgung von Müll ausschließlich übertragen hat, unter die Richtlinie 92/50 fällt und ob die Vorschriften ordnungsgemäß eingehalten worden sind.

52. Zunächst ist festzustellen, dass die Stadtgemeinde Mödling eine Gebietskörperschaft ist. Dies wird auch von der österreichischen Regierung nicht bestritten. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 gelten der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen, als öffentliche Auftraggeber. Demnach ist die Stadtgemeinde Mödling als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber und fällt in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie.

53. Auch die Dienstleistungen, die im Rahmen der betreffenden Beziehung erbracht werden, fallen unter die Richtlinie. Anhang IA der Richtlinie nennt unter den Kategorien der von ihm erfassten Dienstleistungen in Nummer 16 Tätigkeiten der „Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen". Wegen des konkreten Inhalts dieser Dienstleistungen verweist Anhang IA auf die Referenznummer der CPC (Central Product Classification, Zentrale Warennomenklatur der Vereinten Nationen), die neben der entsprechenden Kategorie von Dienstleistungen aufgeführt ist. Die Tätigkeit der AbfallGmbH besteht im We-

sentlichen aus der Erfassung und Behandlung von Müll, Sperrmüll, Altstoffen, kompostierbaren Abfällen und Problemstoffen. Daraus folgt, dass die Hauptaufgaben der AbfallGmbH zu den in Anhang IA der Richtlinie genannten Dienstleistungen gehören und die Bestimmungen der Richtlinie auf sie anwendbar sind.

54. Der nächste Aspekt, der zu prüfen ist, ist die Art der Beziehung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH. Nach der achten Begründungserwägung der Richtlinie fällt die „Erbringung von Dienstleistungen ... nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst." Artikel 1 Buchstabe a enthält eine Definition des Begriffes der öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinie, nämlich „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge".

55. Um die Beziehung als einen öffentlichen Auftrag qualifizieren zu können, ist zu prüfen, ob der Auftrag in Form eines Vertrages geschlossen wurde und ob eine geldwerte Gegenleistung vereinbart wurde. Dies ist hier der Fall. Es steht unzweifelhaft fest, dass die Entsorgungsvereinbarung, mit der die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH die Erfassung und Entsorgung von Müll ausschließlich übertragen hat, vorsieht, dass die Stadtgemeinde Mödling der AbfallGmbH ein Entgelt zahlt, das aus einem Fixbetrag pro Müllbehälter oder Tonne als Gegenleistung für die Erfassung und Behandlung von Müll besteht.

56. Außerdem müssen die beiden juristischen Personen, die den Vertrag geschlossen haben, rechtlich voneinander zu unterscheiden sein, da sonst eine „In-house"-Dienstleistung vorliegt. Ich habe bereits in den Nummern 46 bis 50 festgestellt, dass die AbfallGmbH weder rechtlich noch tatsächlich als eine interne Dienststelle der Stadtgemeinde Mödling anzusehen ist.

57. Die Tatsache, dass der Beschluss, eine Vereinbarung zwischen der Stadtgemeinde Mödling und der AbfallGmbH zu schließen, gefasst wurde, als die AbfallGmbH noch zu 100 % im Besitz der Stadtgemeinde Mödling war, ändert nichts daran, dass der betreffende öffentliche Auftrag nach Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie gemäß den Bestimmungen der Abschnitte III bis VI der Richtlinie hätte vergeben werden müssen. Denn die Gewissheit, dass die AbfallGmbH von der Stadtgemeinde Mödling den Auftrag erhalten wird, erhöht für einen privaten Interessenten den Anreiz, eine Beteiligung an diesem Unternehmen zu erwerben. Jedoch dürfen derartige Formen der externen

Verselbständigung, bei denen die verselbständigte Einrichtung mit einem vorher auf unbestimmte Zeit erhaltenen Auftrag als „Mitgift" für private Interessenten attraktiv gemacht wird, die Wirksamkeit der Richtlinie 92/50 nicht beeinträchtigen. Auch auf solche Konstruktionen bleibt diese Richtlinie anwendbar.

58. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelange ich zu der Schlussfolgerung, dass die Kommission einen Verstoß gegen Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 der Richtlinie nachgewiesen hat.

VI — Ergebnis

59. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen hat, dass der von der Stadt Mödling abgeschlossene Abfallentsorgungsvertrag ohne Einhaltung der in Artikel 8 in Verbindung mit den Artikeln 11 Absatz 1 und 15 Absatz 2 dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahrens- und Bekanntmachungsvorschriften vergeben wurde;

— der Republik Österreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.