SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 19. Januar 1999 *

A — Einführung

1. In dem vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren geht es um die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der Vergabe einer Reihe von Bauaufträgen im Rahmen eines Großprojekts zur Errichtung von Regierungs- und Verwaltungsgebäuden sowie dem Bau kultureller Einrichtungen im Zuge der Ansiedlung des Regierungssitzes des Landes Niederösterreich in St. Pölten.

2. Dem Vertragsverletzungsverfahren liegen folgende Geschehnisse zugrunde. Die Arbeiten an diesem Großprojekt wurden hinsichtlich des Landhausbezirks im Jahr 1992 und hinsichtlich des Kulturbezirks im Jahr 1994 aufgenommen. Anfang Februar 1995 wurde die Kommission durch eine Beschwerde auf die Ausschreibung einer Beschaffungsmaßnahme im Rahmen des Projekts aufmerksam, die nur im *Niederösterreichischen Amtsblatt* bekanntgegeben wurde. Die der Ausschreibung zugrunde liegenden „Allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen" (AAVB) hielt die Kommission — wegen Verletzung der Bekanntmachungsvorschriften, der Mitteilungspflichten, der Leistungsbeschreibungen u. a. — für gemeinschaftsrechtswidrig, worauf sie die österreichische Regierung mit Schreiben vom 12. April 1995 hinwies. Als Reaktion darauf wurde der Kommission einige Zeit später Mitteilung gemacht über ein am 31. Mai 1995 veröffentlichtes Vergabegesetz des Landes Niederösterreich, das seinerseits Anlaß zu Beanstandungen gab, weil es eine Ausnahmeklausel für das Projekt „Kultur- und Landhausbezirk St. Pölten" (die sogenannte „Lex St. Pölten") enthielt und dadurch das Vorhaben praktisch von der Anwendung des Gesetzes ausnahm.

3. Der gesamte Problemkreis wurde in einer bilateralen Sitzung am 27. und 28. November 1995 zwischen der Kommission und den österreichischen Stellen diskutiert. Die Kommission machte Verstöße gegen die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 [1] und die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 [2] geltend sowie die Verletzung von Artikel 30 EG-Vertrag. Auf die Bedenken hingewiesen, sagten die österreichischen Stellen eine Änderung der AAVB,

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54).

2 — Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33).

die Streichung der Ausnahmeklausel in dem Vergabegesetz sowie die Änderung der Vergabepraxis durch die ausschreibende Stelle, die Niederösterreichische Landeshauptstadt-Planungsgesellschaft mbH (im folgenden: NÖPLAN), zu.

4. Die Kommission erhoffte sich als Folge der Gespräche ein sofortiges Handeln der österreichischen Stellen durch

— eine korrekte Durchführung der noch einzuleitenden Vergabeverfahren,

— eine Korrektur der bereits eingeleiteten noch nicht durch Zuschlagerteilung abgeschlossenen Verfahren sowie

— die Rückabwicklung noch nicht erfüllter, gemeinschaftsrechtswidrig zustandegekommener Verträge im Rahmen des Möglichen.

5. Die österreichischen Stellen zeigten sich grundsätzlich einverstanden, wiesen jedoch darauf hin, daß sie für die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen (Vergabegesetz und AAVB) eine ausreichend bemessene Übergangsfrist in Anspruch nehmen müßten.

6. Der Kommission ging die Bereitschaft der österreichischen Stellen zur Anpassung ihrer Vergabepraxis nicht weit genug, so daß sie mit einem Mahnschreiben vom 15. Dezember 1995 ein Vertragsverletzungsverfahren einleitete. In diesem Mahnschreiben stellt sie dar, daß die österreichischen Stellen zugesagt hätten, sich bei den verantwortlichen Beschlußgremien für eine Beachtung des Gemeinschaftsrechts ab Ende Januar 1996 verwenden zu wollen. [3] In dem Mahnschreiben führt die Kommission u. a. aus, sie erstrecke ihre Vorwürfe „ausdrücklich auch auf diejenigen Lose, in denen eine Vergabeentscheidung bereits erfolgt, ein gemeinschaftsrechtskonformes Ausschreibungsverfahren jedoch unterblieben" sei. Sie forderte die Republik Österreich auf, „die Beachtung des Gemeinschaftsrechts in den noch ausstehenden Vergabeverfahren sicherzustellen" und „die Rechtswirkungen bereits erfolgter gemeinschaftsrechtswidriger Vergaben auszusetzen bzw. ihre Abwicklung zu unterbinden, die bevorstehenden Vergabeentscheidungen solange auszusetzen, bis eine Beachtung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gesichert ist, und eine umgehende Änderung des niederösterreichischen Landesvergabegesetzes und der Allgemeinen Angebots- und Vergabebedingungen sicherzustellen". [4] In dem Mahnschreiben vom 15. Dezember 1995 setzte die Kommission eine Frist von einer Woche zur Äußerung.

7. Die österreichische Regierung nahm daraufhin Stellung mit Schreiben vom 22. Dezember 1995. Dort heißt es, daß ungeachtet der „in der Paketsitzung bekanntgegebenen terminlichen Schwierig-

3 — Vgl. Nr. 6 des Mahnschreibens.

4 — Vgl. Nr. 10 erster und fünter Absatz des Mahnschreibens.

keiten" die Gremien der NÖPLAN „mit der Vergabethematik befaßt" wurden und beschlossen hätten, „daß die NÖPLAN *ab sofort* die EU-Richtlinien anzuwenden hat". [5] Abschließend wird noch einmal betont, „daß ungeachtet zusätzlicher Kosten und terminlicher Verschiebungen *ab sofort* für alle Ausschreibungen die EG-Richtlinien anzuwenden sind". [6]

8. In der begründeten Stellungnahme vom 21. Februar 1996 erinnert die Kommission daran, daß die Vergabestellen des Landes Niederösterreich „in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtskonformen Umsetzung unmittelbar aus dem direkt anwendbaren Gemeinschaftsrecht zur Beachtung seiner Vorgaben verpflichtet" [7] seien. Die Kommission hält die Antwort der österreichischen Regierung auf das Mahnschreiben im übrigen für unzureichend. Sie vermißt das Anerkenntnis einer Handlungspflicht im Hinblick auf schwebende Verfahren, „da sich die Ausführungen zur Veröffentlichungspflicht ... nur auf die Zukunft beziehen". Die Kommission erinnert daran, daß sie darum gebeten habe, „ihr eine Liste der Aufträge zu übermitteln, für die bereits ein Vergabeverfahren eingeleitet ist oder in Zukunft Gegenstand einer Veröffentlichung sein werden, sowie Angaben zu den Werten dieser Aufträge zu machen". Sie stellt fest: „Bis heute ist keine ausreichende Auflistung übermittelt worden". Schließlich fordert sie die österreichischen Stellen auf, „alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die dargestellten Verletzungen abzustellen". [8] Dafür setzte sie eine Frist von zwei Wochen ab Bekanntgabe der Stellungnahme.

9. Unterdessen hatte der Vergabeausschuß der NÖPLAN in einer Sitzung vom 6. Februar 1996 beschlossen, alle schwebenden Verfahren auszusetzen und die noch zu vergebenden Aufträge gemeinschaftsrechtskonform auszuschreiben und zu vergeben. In der weiteren Folge wurden die Beanstandungen an dem Vergabegesetz behoben und die AAVB gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet. Seither erfolgte die Vergabepraxis offenbar in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht.

10. Dennoch erhob die Kommission am 3. Oktober 1996, beim Gerichtshof eingetragen am 7. Oktober 1996, Vertragsverletzungsklage mit dem Begehren, festzustellen, daß die Republik Österreich bei der Vergabe der vor dem 6. Februar 1996 vergebenen Aufträge, die am 7. März 1996 — also bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 21. Februar 1996 gesetzten Frist — noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren, gegen ihre gemeinschaftsrechtlichen Pflichten verstoßen habe. Im Kern wirft die Kommission der Republik Österreich vor, keine Anstrengungen unternommen zu haben, die nach der Paketsitzung vom 28. November 1995, also in Kenntnis der gemeinschaftsrechtlichen Probleme, vergebenen Aufträge rückgängig zu machen.

11. Die Republik Österreich erhebt mehrere Zulässigkeitsrügen und hält die Klage auch materiell für unbegründet.

5 — Vgl. Nr. 1 des Antwortschreibens vom 22. Dezember 1995; Hervorhebung durch den Verfasser.

6 — Vgl. „Zu Punkt 8" des Antwortschreibens vom 22. Dezember 1995; Hervorhebung durch den Verfasser.

7 — Vgl. Nr. 15 der begründeten Stellungnahme vom 21. Februar 1996.

8 — Vgl. zu den Zitaten in diesem Absatz Nr. 16 der begründeten Stellungnahme vom 21. Februar 1996.

12. Die Kommission beantragt,

1. festzustellen, daß die Republik Österreich im Rahmen des Neubaus des niederösterreichischen Landhaus- und Kulturbezirks St. Pölten bei der Vergabe der Aufträge, die in der Zeit vor dem 6. Februar 1996 vergeben, am 7. März 1996 jedoch noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren, gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 [9] und 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 [10] sowie Artikel 30 EG-Vertrag verstoßen hat und

2. die Republik Österreich zu verurteilen, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

13. Die Republik Österreich beantragt,

1. die Klage der Europäischen Kommission vom 7. Oktober 1996 auf Feststellung, daß die Republik Österreich im Rahmen des Neubaus des niederösterreichischen Landhaus- und Kulturbezirks St. Pölten bei der Vergabe der Aufträge, die in der Zeit vor dem 6. Februar 1996 vergeben, am 7. März 1996 jedoch noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren, gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 und 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 sowie Artikel 30 EG-Vertrag verstoßen hat, als unzulässig (in eventu als unbegründet) abzuweisen,

2. die Europäische Kommission zu verurteilen, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

14. Auf den Vortrag der Beteiligten wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen sein.

B — Stellungnahme

I. *Zulässigkeit*

15. Die österreichische Regierung hält die Klage aus mehreren Gründen für unzulässig.

9 — Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (zitiert in Fußnote 1).

10 — Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (zitiert in Fußnote 2).

1. Die Unzulässigkeit des Streitgegenstands

Die österreichische Regierung macht geltend, die Klage sei mit dem durch den Klageantrag bezeichneten Streitgegenstand unzulässig. Der Streitgegenstand im Vertragsverletzungsverfahren werde nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes durch das vorprozessuale Verfahren eingegrenzt. Er werde durch die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission bestimmt. Die Klage könne daher nicht auf andere als die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme angeführten Rügen gestützt werden. Das Begehren, die Rückabwicklung noch nicht erfüllter EG-rechtswidrig zustandegekommener Verträge so weit wie möglich vorzunehmen, sei der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission vom 21. Februar 1996 nicht zu entnehmen. In dem Mahnschreiben vom 15. Dezember 1995 sei es allenfalls angeklungen. Daher sei die in der Klage angeführte Rüge „unterlassen einer — noch möglichen — Rückabwicklung", auf die der Antrag entscheidend aufbaue, unzulässig.

16. Es ist der österreichischen Regierung zuzugeben, daß der Streitgegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes durch das Vorverfahren und den Klageantrag definiert wird. Die Klage darf dabei keine grundsätzlich anderen oder neuen Vorwürfe gegenüber den im Vorverfahren erörterten enthalten. Diese Betrachtungsweise erklärt sich mit der Struktur des Vertragsverletzungsverfahrens, das im Rahmen des Vorverfahrens Gelegenheit zu einer gütlichen Einigung vor der Befassung des Gerichtshofes gibt. Darüber hinaus sind die Verteidigungsrechte des Mitgliedstaats zu wahren, so daß er nicht mit neuen Vorwürfen in der Klageschrift konfrontiert werden darf.

17. Es kommt also darauf an, ob der Vorwurf der unterlassenen Rückabwicklung der vor dem 6. Februar 1996 durch Zuschlag geschlossenen Verträge eine neue und damit unzulässige Rüge darstellt. Dabei sind Vorverfahren und Klageantrag vor dem Hintergrund der tatsächlichen Geschehensabläufe zu betrachten.

18. Das *Mahnschreiben* der Kommission vom 15. Dezember 1995, das im Nachgang zu der Paketsitzung vom 27. und 28. November 1995 an die österreichische Regierung gerichtet wurde, nimmt Anstoß an einer gemeinschaftsrechtswidrigen Rechtslage einerseits und einer daran anknüpfenden gemeinschaftsrechtswidrigen Vergabepraxis andererseits. Dem Mahnschreiben ist die Aufforderung zur *unverzüglichen Anpassung der Vergabepraxis an das Gemeinschaftsrecht* [11] zu entnehmen. An anderer Stelle erstreckt die Kommission ihre Vorwürfe „ausdrücklich auch auf diejenigen Lose, in denen eine Vergabeentscheidung bereits erfolgt, ein gemeinschaftsrechtskonformes Ausschreibungsverfahren jedoch unterblieben ist". [12] Abschließend fordert die Kommission die Republik Österreich auf, „die Beachtung des Gemeinschaftsrechts in den noch anstehenden Vergabeverfahren sicherzustellen. Sie fordert die Republik Österreich des weiteren auf, die Rechtswirkungen bereits erfolgter gemeinschaftsrechtswidriger Vergaben auszusetzen bzw. ihre Abwicklung zu unterbinden [und] die bevorstehenden Vergabeentscheidungen so lange auszusetzen, bis eine Beachtung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gesichert ist, ..." [13]

11 — Vgl. Mahnschreiben Nr. 7 Absatz 1.
12 — Vgl. Mahnschreiben Nr. 10 Absatz 1.
13 — Mahnschreiben Nr. 10 Absatz 5.

19. In diesen Formulierungen kommt durchaus die Forderung der Kommission zum Ausdruck, nicht nur ab sofort eine weitere gemeinschaftsrechtswidrige Vorgehensweise zu unterbinden, sondern auch das Verlangen, gemeinschaftsrechtswidrig zustandegekommenen Vergabeentscheidungen die Wirksamkeit zu versagen. Letzteres kann aber nichts anderes bedeuten, als sie sodann auf gemeinschaftsrechtskonforme Weise nachzuholen. Eine Pflicht zur Rückgängigmachung bereits getroffener Vergabeentscheidungen ist dem Begehren der Kommission, so wie es im Mahnschreiben formuliert ist, daher zu entnehmen.

20. Der *begründeten Stellungnahme* der Kommission vom 21. Februar 1996 läßt sich eine Aufforderung zum Eingreifen in bereits der Durchführung unterliegenden Vergabeverfahren nicht mit der gleichen Deutlichkeit entnehmen. Dennoch kann der begründeten Stellungnahme auch die Einbeziehung schwebender Verfahren in den allgemeinen Vorwurf gemeinschaftsrechtswidriger Vergabepraxis entnommen werden. Wenn der Kommission die von der österreichischen Regierung gemachten Zusagen zur Veröffentlichungspflicht für die Zukunft ausdrücklich nicht weit genug gehen und sie bemängelt, daß „diejenigen Vergabefälle, bei denen eine — z. B. nationale — Veröffentlichung erfolgt" [14] sei, nicht einbezogen würden, so ist es unzweifelhaft, daß die Kommission Gemeinschaftsrechtsverstöße in der in die Vergangenheit reichenden Vergabepraxis erkennt und deren Behebung verlangt. So unterstreicht die Kommission, „daß es den österreichischen Stellen obliegt, *alle* geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die dargestellten Verletzungen abzustellen". [15]

21. Weder die begründete Stellungnahme noch der tatsächliche Verlauf der Geschehnisse gaben im übrigen Anlaß zu der Annahme, die bereits im Mahnschreiben formulierte Aufforderung, in bereits zur Durchführung gelangte Vergabeverfahren einzugreifen, habe sich erledigt. Man wird davon ausgehen können, daß die österreichische Regierung das Begehren der Kommission in dem hier dargestellten Sinne verstanden hat. In ihrem Antwortschreiben vom 22. März 1996 hat sie über dreieinhalb Seiten unter der Überschrift „Zu den bereits abgeschlossenen Verträgen" zu der Problematik Stellung genommen. [16] Einem eventuellen Vorwurf der Verletzung des Grundsatzes rechtlichen Gehörs, den man aus der Zulässigkeitsrüge herauslesen könnte, ist daher auch der Grund entzogen.

22. Die österreichische Regierung ist der Ansicht, in die begründete Stellungnahme hätte eine ausdrückliche Aufforderung zur Rückabwicklung bereits durch Zuschlag geschlossener Verträge aufgenommen werden müssen. Die zu ergreifenden Maßnahmen hätten bezeichnet werden müssen. Nachdem einige Punkte wie die Änderung des niederösterreichischen Vergabegesetzes und der AAVB benannt worden seien, habe sie darauf vertrauen dürfen, daß keine darüber hinaus gehenden Maßnahmen verlangt würden.

23. Dieser Betrachtungsweise ist nicht zuzustimmen. Durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes ist bereits anerkannt [17], daß

14 — Vgl. begründete Stellungnahme Nr. 16 Absatz 4.

15 — Vgl. begründete Stellungnahme Nr. 16 Absatz 6; Hervorhebung durch den Verfasser.

16 — Vgl. Antwortschreiben der österreichischen Regierung vom 22. März 1996 Kapitel IV.

17 — Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-247/89 (Kommission/Portugal, Slg. 1991, I-3659).

die Kommission nicht die zu ergreifenden Maßnahmen bezeichnen muß, um einem vertragswidrigen Zustand abzuhelfen. Diese Aufgabenverteilung ist auch sinnvoll, da es in die Verantwortung eines Mitgliedstaats fällt, wie und mit welchen Mitteln er den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Müßte die Kommission die zu ergreifenden Maßnahmen bezeichnen, wären Kompetenzkonflikte überall da, wo der Mitgliedstaat ein Ermessen hat, auf welche Weise er einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herstellt, vorgezeichnet.

24. In dem vorliegenden Verfahren hat die Kommission auch keinen Vertrauenstatbestand geschaffen, der die österreichischen Stellen berechtigt hätte, davon auszugehen, mit der Änderung der Rechtslage sei alles getan, um die Vertragsverletzung aus der Welt zu schaffen. Die Kommission hat vielmehr — wie bereits dargestellt — im Mahnschreiben die schwebenden Verfahren einbezogen. In der begründeten Stellungnahme hat sie ausdrücklich auf die „unmittelbar aus dem direkt anwendbaren Gemeinschaftsrecht" fließenden Verpflichtungen der Vergabestellen des Landes Niederösterreich in „Ermangelung einer gemeinschaftsrechtskonformen Umsetzung" [18] hingewiesen und unterstrichen, daß es den österreichischen Stellen obliege, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Verletzungen abzustellen.

25. Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen Bedenken, die Rüge der unterlassenen Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidrig zustandegekommener Verträge als ordnungsgemäß durch den Klageantrag bezeichneten Streitgegenstand anzuerkennen.

2. Zum Abstellen der Verstöße vor Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist

26. Die österreichische Regierung erinnert daran, daß gemäß Artikel 169 Absatz 2 des Vertrages und der dazu ergangenen Rechtsprechung maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen einer Vertragsverletzung das Ende der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist sei. Zu diesem Zeitpunkt, dem 7. März 1996, habe Österreich jedoch alle mit der begründeten Stellungnahme vorgeworfenen Verstöße abgestellt gehabt.

27. Die AAVB seien im Sinne der Kommission geändert worden und in ihrer neuen Fassung bereits seit dem 12. Dezember 1995 Grundlage für alle nach den Gemeinschaftsvorschriften veröffentlichten Ausschreibungen gewesen. Außerdem sei auch die Vergabepraxis seit dem 6. Februar 1996 geändert worden. Der Arbeitsausschuß für Vergaben habe seit diesem Termin die ihm zur Entscheidung vorgelegten Vergabeempfehlungen nicht mehr genehmigt und beschlossen, alle noch offenen, nicht EU-konfom abgewickelten Vergabeverfahren sofort aufzuheben und eine neuerliche EU-konforme Ausschreibung durchzuführen. Es seien Vergabeentscheidungen über ein Auftragsvolumen von 217 000 000 ÖS ausgesetzt und zum 7. März 1996 Aufträge in Höhe von insgesamt etwa 470 000 000 ÖS EU-konfom ausgeschrieben und vergeben worden. Da die österreichischen Stellen den Forderungen am 7. März 1996 nachgekommen gewesen seien, sei die Klage unzulässig.

18 — Vgl. begründete Stellungnahme Nr. 15 Absatz 2.

28. Die Kommission entgegnet, die Situation sei am 7. März 1996 nicht vollkommen bereinigt gewesen. Die am 6. Februar 1996 bereits vergebenen, jedoch noch nicht erfüllten Verträge sowie die am 6. Februar bereits vergebenen und (teil)erfüllten, jedoch in zumutbarer Weise noch rückabwickelbaren Verträge seien unangetastet geblieben.

29. Es ist in der Tat so, daß die Kommission mit der Vertragsverletzungsklage nicht mehr die gemeinschaftsrechtswidrige Rechtslage verfolgt, ebenso wenig wie sie die Vergabepraxis nach dem 6. Februar 1996 kritisiert. Sie hält jedoch die im Rahmen des Möglichen unterlassene Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidrig zustandegekommener Verträge für eine andauernde Vertragsverletzung. Diese Rüge hat sie — wie im vorigen bereits festgestellt — in zulässiger Weise zum Gegenstand der Klage gemacht.

30. Indem die Kommission einen von ihr als gemeinschaftsrechtswidrig betrachteten Zustand, der weiterhin Rechtswirkungen erzeugt, bei Ablauf der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist erkennt und behauptet, sollte den Anforderungen an die Zulässigkeit der Klage entsprochen sein. Ob zu dem besagten Zeitpunkt tatsächlich eine Vertragsverletzung vorlag, ist eine Frage der Begründetheit der Klage. Obwohl also die österreichischen Stellen in weiten Bereichen den Forderungen der Kommission am 7. März 1996 bereits nachgekommen waren, ist die Klage im Hinblick auf die noch offenen Beanstandungen zulässig.

3. Zur Bemessung der Fristen im vorprozessualen Verfahren

31. Die österreichische Regierung macht des weiteren geltend, die im Vorverfahren gesetzten Fristen seien zu kurz bemessen gewesen, so daß die Vertragsverletzungsklage auch aus diesem Grunde unzulässig sei. Sie verweist auf die bundesstaatliche Struktur Österreichs, die zur Durchführung gewisser Entscheidungsprozesse bestimmte Zeiträume notwendig in Anspruch nehme. Die im Mahnschreiben gesetzte Frist von einer Woche und die in der begründeten Stellungnahme gesetzte Frist von zwei Wochen seien äußerst kurz gefaßt gewesen. Bereits am 25. Januar 1996 habe die Kommission der internationalen Presse mitgeteilt, eine begründete Stellungnahme an Österreich zu richten, die dann aber erst am 21. Februar 1996 bekanntgegeben worden ist.

32. Die Kommission hätte bei der Fristsetzung auch berücksichtigen müssen, daß sich ihre Vorwürfe ausschließlich auf die Vergangenheit bezogen, da seit dem 6. Februar 1996, der Kommission mitgeteilt am 7. Februar 1996, die österreichischen Stellen ihre Vergabepraxis angepaßt gehabt hätten. Schließlich sei die in Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 vorgesehene Frist von 21 Tagen ein Indiz für die Angemessenheit einer Frist.

33. Die Kommission vertritt demgegenüber den Standpunkt, die kurze Bemessung der Fristen sei unter den gegebenen Umständen angemessen gewesen. Nach Auskunft der österreichischen Dienststellen hätten Anfang Dezember noch Aufträge erheblichen Umfangs ausgestanden. Daher habe

schnellstmöglich die Zusicherung der österreichischen Regierung erwirkt werden müssen, daß diese Auftragsvergabe unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts erfolgen werde und bereits bestehende Verstöße bereinigt werden würden.

34. Die Antwort der österreichischen Regierung auf das Mahnschreiben habe Zweifel an der Bereitschaft bestehen lassen, sämtliche gerügten Verstöße zu korrigieren. Auch sei die zugesagte Auflistung nebst Wertberechnung der noch zu vergebenen Aufträge nicht übermittelt worden. Die Kommission habe davon ausgehen müssen, daß auch Anfang 1996 noch ein bedeutendes Auftragsvolumen zur Vergabe anstand und sie die Schaffung vollendeter Tatsachen verhindern mußte. Die Vorwürfe in der begründeten Stellungnahme hätten sich auch nicht nur auf die Vergangenheit bezogen. Die Kommission habe durchaus auf die Situation bei Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist abgezielt. Schließlich hätte die österreichische Regierung frühzeitig von den Absichten der Kommission durch die Presse erfahren, so daß sie sich nicht auf die Unangemessenheit der Fristen berufen könne.

35. Die Prüfung der Zulässigkeitsrüge soll mit diesem zuletzt gegebenen Hinweis begonnen werden. Es ist davon auszugehen, daß das Vorverfahren zur Vertragsverletzungsklage einer gewissen Formenstrenge unterliegt. Dafür sprechen die Anforderungen an die Bezeichung des Streitgegenstands und die Angemessenheit der zu beachtenden Fristen, die bei mangelnder Beachtung zur Unzulässigkeit der Klage führen. Der für den Mitgliedstaat maßgebliche Inhalt muß sich unmißverständlich aus den die einzelnen Verfahrensstadien markierenden Schreiben der Kommission ergeben. Verbindlich kann daher nur die in den dem Mitgliedstaat zugestellten Schreiben gesetzte Frist sein. Für den Mitgliedstaat besteht keine Veranlassung, im Rahmen eines förmlichen Vorverfahrens „vom Hörensagen" tätig zu werden. Es verbietet sich daher, den Zeitraum seit Kenntniserlangung der Absichten der Kommission durch die Presse bis zur förmlichen Zustellung der Stellungnahme als Bearbeitungsfrist anzuerkennen.

36. Jenseits der rein rechtlichen Bewertung halte ich es auch für schlechten Stil, eine Pressemeldung über die bevorstehende Absendung einer begründeten Stellungnahme in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat zu veröffentlichen, während dem betroffenen Mitgliedstaat erst fast vier Wochen später das Dokument zugestellt wird. Die Kommission hätte durch eine frühere Zusendung der begründeten Stellungnahme eine längere Frist geben können. Eine frühere Zusendung wäre unter den gegebenen Umständen möglich gewesen.

37. Für die weitere Begutachtung ist also davon auszugehen, daß allein die in den vorprozessualen Schreiben gesetzten Fristen maßgeblich sind.

38. Um die Angemessenheit einer Frist beurteilen zu können, kommt es zunächst darauf an, welche Reaktion in der gesetzten Frist erhofft wird. Die Abänderung einer Gesetzeslage kann sicher nicht binnen eines in Wochen bemessenen Zeitraums erwartet werden. So war zwar im Vorverfahren auch

von einer gemeinschaftsrechtswidrigen Klausel im niederösterreichischen Vergabegesetz die Rede. Die Gesetzesänderung war unstreitig bei Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist am 7. März 1996 noch nicht vollzogen. Das Verfahren wurde erst im Mai 1996 abgeschlossen. Dennoch hat die Kommission insoweit von der Erhebung der Vertragsverletzungsklage abgesehen, da die Gesetzesänderung ohne nennenswerte Verzögerung in Kraft getreten ist.

39. Der Kommission kam es hingegen darauf an, daß die österreichische Regierung die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Situation erkenne und förmlich anerkennt, um zum einen eine weitere Vergabe von Aufträgen zu unterbinden und zum anderen die gemeinschaftsrechtswidrig vergebenen Aufträge soweit wie möglich rückgängig zu machen.

40. Die österreichische Regierung hat auch auf das Mahnschreiben vom 15. Dezember 1995 binnen Wochenfrist versichert, *„ab sofort"* [19] die Gemeinschaftsrichtlinien auf die noch zu vergebenden Aufträge anzuwenden. Nur wurde rein tatsächlich mit der Vergabe der anstehenden Aufträge fortgefahren. Erst am 6. Februar 1996 wurde der schon früher erwartete Beschluß des Vergabeausschusses zur Aussetzung laufender Verfahren gefaßt.

41. Angesichts der gebotenen Eile, um eine weitere Auftragsvergabe zunächst jedenfalls zu stoppen, war die Frist von einer Woche in diesem Falle angemessen. Die österreichische Regierung ist der Aufforderung durch die Bekundungen in ihrem Antwortschreiben vom 22. Dezember 1995 auch nachgekommen. Die Diskrepanz zwischen Worten und Taten ist davon losgelöst zu betrachten.

42. Im Hinblick auf die Umstände bei Erlaß der begründeten Stellungnahme fällt auf, daß erst nachdem der förmliche Beschluß zur Absendung der begründeten Stellungnahme in der Presse bekannt geworden war, der Vergabeausschuß am 6. Februar 1996 den Beschluß u. a. zur Aussetzung laufender Vergabeverfahren faßte. Die Kommission hatte folglich Anlaß zu der Annahme, die österreichischen Stellen schüfen vollendete Tatsachen und es sei Eile geboten. So besehen scheint auch die in der begründeten Stellungnahme gesetzte kurze Frist von zwei Wochen angemessen.

43. Auch die Möglichkeit zur Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes, worauf in beiden vorprozessualen Schreiben hingewiesen wurde und die ebenso in der mündlichen Verhandlung angesprochen wurde, ist ebenfalls in diesem Kontext zu sehen. Gemäß Artikel 186 des Vertrages kann der Gerichtshof nur in den bei ihm schon anhängigen Sachen die erforderlichen einstweiligen Anordnungen treffen. Eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 169 des Vertrages kann aber nur nach Durchführung des Vorverfahrens wirksam erhoben werden. Bei Gefahr im Verzug muß die Kommission das Vorverfahren also schnell zu einem Abschluß bringen, um irreparable Verstöße nach Möglichkeit zu vermeiden.

19 — Antwortschreiben der österreichischen Regierung vom 22. Dezember 1995, S. 2 und S. 7.

44. Diese Konstellation mag als Schwäche des Systems betrachtet werden, kann aber nur durch Änderung der einschlägigen Rechtsgrundlagen behoben werden. Die Möglichkeiten der Richtlinie 89/665 [20] bieten auch keine befriedigende Lösung als Ausweg aus dem Dilemma. Die Richtlinie bezieht sich in erster Linie auf das Verhältnis Bieter — öffentlicher Auftraggeber. Darüber hinaus sind die der Kommission in Artikel 3 der Richtlinie eingeräumten Möglichkeiten nicht für alle Situationen geeignet und beschränken überdies nicht die Zuständigkeit der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens.

45. Nach alledem sind die von der Kommission im vorprozessualen Verfahren gesetzten Fristen als unter den gegebenen Umständen angemessen zu betrachten.

4. Zur Bestimmtheit des Klageantrags

46. Die österreichische Regierung knüpft an den Satzteil „Aufträge, die in der Zeit vor dem 6. Februar 1996 vergeben, am 7. März 1996 jedoch noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren" des Klageantrags rechtliche Bedenken. Durch die Wendung „in zumutbarer Weise rückabwickelbar" zeige die Kommission, daß auch sie von keiner unbeschränkten Rückabwicklungspflicht ausgehe, lasse aber eine Definition der Zumutbarkeit vermissen. Der Antrag sei daher zu unbestimmt, um die Grundlage für eine sich aus Artikel 171 des Vertrages ergebende Handlungspflicht zu sein, was die Klage an sich unzulässig mache.

47. Die Kommission vertritt die Ansicht, der Gerichtshof sei nicht berufen, darüber zu befinden, was in einem Mitgliedstaat konkret für zumutbar zu erachten sei und was nicht. Dies sei Aufgabe der nationalen Gerichte unter Anwendung nationalen Rechts. Ausführungen zur Frage der Zumutbarkeit gingen daher im Rahmen dieses Rechtsstreits vor dem Gerichtshof bereits im Ansatz fehl.

48. In diesem Punkt ist der Kommission uneingeschränkt zuzustimmen. Es ist weder Aufgabe der Kommission noch des Gerichtshofes, die Möglichkeiten zur Rückabwicklung von auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens geschlossenen Verträgen zu eruieren. Ganz im Gegenteil würde sich eine Anweisung — sei es der Kommission oder auch des Gerichtshofes — zur Rückabwicklung eines Vertrages nach einer zu bezeichnenden mitgliedstaatlichen Rechtsnorm als Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaftsorgane gegenüber den mitgliedstaatlichen Stellen darstellen. Diese Freiheit des Mitgliedstaats zur Wahl der Form und der Mittel muß notwendig auch in einer Aufforderung der Kommission zur Beendigung eines vertragswidrigen Zustands zum Ausdruck kommen. Diese relative Unbestimmtheit im Hinblick auf die zu ergreifenden Maßnahmen ist also letztlich Ausdruck der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat. Die streitige Formulierung definiert das Ziel der Rückabwicklung von gemeinschaftsrechtswidrig vergebenen

20 — Vgl. Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (zitiert in Fußnote 2).

Aufträgen im Rahmen des rechtlich Möglichen. Der Antrag ist deshalb nicht zu beanstanden.

5. Zum Rechtsschutzinteresse

49. Bei der Frage nach dem Rechtsschutzinteresse der vorliegenden Klage handelt es sich um einen Zulässigkeitseinwand, der zwar nicht ausdrücklich von der österreichischen Regierung erhoben wurde, jedoch implizit aus den von ihr erhobenen Zulässigkeitsrügen folgt. Wenn die österreichische Regierung geltend macht, es handele sich um ihrer Natur nach irreparable Verstöße, dann ist es in der Tat fraglich, ob ein Interesse an der abstrakten Feststellung einer Vertragsverletzung besteht. Der österreichischen Regierung ist beizupflichten, daß die Anprangerung eines Mitgliedstaats weder Gegenstand noch Ziel eines Vertragsverletzungsverfahrens ist.

50. Für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses ist von Bedeutung, ob das Begehren der Kommission auf eine objektiv unmögliche Handlung gerichtet ist oder ob es nicht doch Mittel und Wege gibt, den Forderungen der Kommission Folge zu leisten, wobei maßgeblicher Zeitpunkt das Ende der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist ist. Die so gekennzeichnete Problematik ist letztlich eine in der Begründetheit der Klage zu beantwortende Frage. Die Beantwortung der Frage nach dem Rechtsschutzinteresse soll daher einer Prüfung der Begründetheit der Klage vorbehalten werden.

II. *Begründetheit*

51. Die Kommission weist zunächst darauf hin, daß Österreich bereits seit seinem Beitritt zum EWR-Abkommen mit Wirkung zum 1. Januar 1994 und erst recht seit dem Beitritt zur Europäischen Union, also dem 1. Januar 1995, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, darunter auch das Vergaberecht, zu beachten habe.

52. Die Kommission trägt vor, Österreich habe bei den in der Zeit vom 27. November 1995 bis 6. Februar 1996 vergebenen Aufträgen im Gesamtwert von 360 000 000 ÖS gegen mehrere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften verstoßen. So sei gegen die Artikel 8, 10 Absatz 6, 11 Absätze 6 und 11, 12 und 30 der Richtlinie 93/37, Artikel 30 des Vertrages und die Artikel 1 Absätze 1 und 3, 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 verstoßen worden. Die Kommission erläutert die behaupteten Verstöße im einzelnen. Für das in dem fraglichen Zeitraum an den Tag gelegte Verhalten, die Verträge „schnell noch unter Dach und Fach zu bringen", gebe es keine mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Begründung.

53. Ausweislich des Antwortschreibens der österreichischen Regierung auf die mit Gründen versehene Stellungnahme hätten die österreichischen Stellen bewußt „auf eigene Gefahr" gehandelt. Zur Änderung der Vergabepraxis hätte es — anders als zur Änderung des Vergabegesetzes — keiner zeitraubenden Verfahren bedurft, was durch den später gefaßten Beschluß des

Vergabeausschusses unter Beweis gestellt werde. Schließlich hätte ohne Schaden für das Gesamtprojekt mit der Vergabe einiger der fraglichen Aufträge [21] noch abgewartet werden können.

54. Die österreichische Regierung vertritt den Standpunkt, im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens könne die Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidrig geschlossener Verträge nicht verlangt werden. Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 1 der Richtlinie 89/665 lasse dem Mitgliedstaat die Freiheit, geschädigte Personen auf einen Schadensersatzanspruch zu beschränken. Die Kommission könne im Verfahren nach Artikel 169 des Vertrages nicht grundsätzlich mehr verlangen.

55. Die Kommission lasse im übrigen erkennen, daß auch sie nicht von einer unbedingten Pflicht zur Rückabwicklung ausgehe. Gegen eine solche spreche im übrigen der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Das Vertrauen der Vertragspartner sei schutzwürdig und gehe dem Begehren der Kommission vor. Schließlich sei der „effet utile" der Richtlinie 93/37 in der Form gleicher Wettbewerbsbedingungen auch durch eine etwaige Rückabwicklung der Verträge nicht mehr sicherzustellen. Die zunächst erfolgreichen Bieter hätten Dispositionen getroffen, die ihnen eindeutig Vorteile gegenüber ihren Konkurrenten verschafften. Eine Rückabwicklung wäre mit einem Stillstand der Bauausführung verbunden und somit letztlich auch aus diesem Grunde unmöglich gewesen.

56. Abschließend wirft die österreichische Regierung zwei Rechtsfragen grundsätzlicher Natur auf. Zum einen stellt sie die Rechtsnatur der NÖPLAN zur Diskussion, um die Frage daran zu knüpfen, inwieweit sich einzelne gegenüber dieser Einrichtung auf eine Richtlinie berufen könnten. Zum anderen hält sie es für ungeklärt, warum das Großprojekt St. Pölten bereits ab dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum den Vergaberichtlinien hätte unterworfen werden müssen. Das Projekt, das als Gesamtprojekt gesehen werden müsse und deshalb nicht aufgeteilt werden könne, sei bereits vor dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens und vor dem Beitritt Österreichs zur Gemeinschaft in Angriff genommen worden.

57. Die Kommission entgegnet, daß ihre Befugnisse aus Artikel 169 des Vertrages unabhängig von dem Verfahren nach der Richtlinie 89/665 seien. Das habe der Gerichtshof bereits andernorts so festgestellt. [22] Zur Rolle der NÖPLAN bemerkt sie, man sei unbestritten einhellig davon ausgegangen, daß die NÖPLAN als verlängerter Arm des Landes Niederösterreich in seiner Funktion als öffentlicher Auftraggeber zu betrachten sei.

58. Aus systematischen Gründen soll die Prüfung mit den von der österreichischen Regierung zuletzt vorgebrachten rechtlichen Bedenken begonnen werden.

21 — Schlußreinigung des niederösterreichischen Landhauses, Beschallungsanlage für das Ladenzentrum, Bepflanzung des Hains etc.

22 — Urteil vom 24. Januar 1995 in der Rechtssache C-359/93 (Kommission/Niederlande, Slg. 1995, I-157, Randnrn. 13 und 14).

59. Die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Vergaberechts beim Beitritt der Republik Österreich zum EWR kann in diesem Verfahren dahinstehen, da es auf jeden Fall durch die Mitgliedschaft zur Europäischen Gemeinschaft am 1. Januar 1995 für den beitretenden Mitgliedstaat verbindlich wurde und dies — soweit nicht ausdrücklich Übergangszeiträume ausgehandelt worden waren — unmittelbar mit dem Beitritt.

60. Die Kommission hat sich bereits im Vorverfahren auf den Standpunkt gestellt, die Richtlinie 93/37 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge sei gemäß deren Artikel 6 auf das Bauvorhaben anwendbar. [23]

Artikel 6 Absätze 1 und 3 lauten:

„(1) Diese Richtlinie gilt für die öffentlichen Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer 5 000 000 ECU [24] oder mehr beträgt.

...

(3) Besteht ein Bauwerk aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so muß der Wert eines jeden Loses bei der Errechnung des in Absatz 1 angegebenen Betrages berücksichtigt werden. Beläuft sich der kumulierte Wert der Lose auf den in Absatz 1 genannten Betrag oder übersteigt er ihn, so wird Absatz 1 auf alle Lose angewandt. Die öffentlichen Aufraggeber können von den Bestimmungen des Absatzes 1 bei Losen abweichen, deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer weniger als 1 000 000 ECU beträgt, sofern der kumulierte Auftragswert dieser Lose 20 v. H. des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt."

61. Allein zu dem Auftrag des seinerzeit streitursächlichen Auftrags über die zentrale Gebäudeleittechnik führte die Kommission in der begründeten Stellungnahme aus:

„... Zwar liegt der Auftragswert des lediglich regional ausgeschriebenen Auftrags für die zentrale Gebäudeleittechnik bei etwa 26 Millionen Schilling, also unterhalb des Schwellenwertes der Richtlinie, diese ist gemäß Artikel 6 Absatz 3 Satz 2 aber auch auf einen solchen Auftrag anwendbar (Überschreiten des Schwellenwertes bei Kumulierung von Losen)." [25]

62. Diese rechtliche Bewertung, also die Feststellung, daß der Auftrag dem Gemeinschaftsrecht unterliegt, ist zutreffend

23 — Vgl. begründete Stellungnahme Nr. 13.

24 — 1 ECU entspricht 13,7789 ÖS (Stand 1.12.98).

25 — Vgl. begründete Stellungnahme Nr. 13.

und gilt auch für andere Aufträge des Gesamtprojekts. Die österreichische Regierung hat im übrigen vor dem Gerichtshof außer dem Hinweis auf die Rechtsnatur der NÖPLAN keine Tatsachen vorgetragen, die gegen die Anwendbarkeit der einschlägigen Richtlinien sprechen.

63. Dem Hinweis zur Rechtsnatur der NÖPLAN soll im folgenden nachgegangen werden. Auch im Hinblick auf deren Stellung hat es im Vorfeld zu dem vorliegenden Verfahren bereits einen Austausch gegeben. In den Anlagen zur Klageschrift befindet sich ein Schreiben der österreichischen Regierung vom 12. Mai 1995 an die Kommission, in dem die Beherrschungsverhältnisse der NÖPLAN dargestellt werden. Es heißt dort:

„... Die NÖ Landeshaupstadt Planungsgesellschaft m.b.H. (NÖPLAN) wurde zu dem Zweck der Durchführung aller in Zusammenhang mit der Errichtung der Niederösterreichischen Landeshauptstadt St. Pölten erforderlichen Planungsmaßnahmen als Gesellschaft des privaten Rechts errichtet. Sie steht zu 51 % im Eigentum des Landes Niederösterreich, zu 10 % im Eigentum der Stadt St. Pölten und zu 39 % im Eigentum der NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. Die Zustimmung zur Vergabe von Leistungen mit einem Wert von mehr als 2 Mio. S hat zwingend durch den Vergabeausschuß zu erfolgen. Die Besetzung des Vergabeausschusses erfolgt durch die Niederösterreichische Landesregierung. Die Mitglieder der anderen Gremien der NÖPLAN (Aufsichtsrat, Generalversammlung und Finanzausschuß) werden von den Eigentümern bestellt ..." [26]

64. Im Verlauf des gesamten Verfahrens vor dem Gerichtshof sind die Beteiligten davon ausgegangen, die NÖPLAN sei „verlängerter Arm" der Niederösterreichischen Landesregierung. Diese zwar untechnische Bezeichnung beschreibt anschaulich die Abhängigkeit der juristischen Person von den politisch verantwortlichen Gremien des Landes. Der grundlegende Beschluß vom 6. Februar 1996, die laufenden Verfahren auszusetzen, der dem Verfahren eine grundsätzliche Wendung gab, wurde vom „Vergabeausschuß" getroffen.

65. Die Richtlinie 93/37 definiert in Artikel 1 Buchstabe b den Begriff des öffentlichen Auftraggebers als: „der Staat, Ge-

26 — Vgl. Schreiben der österreichischen Regierung an die Kommission vom 12. Mai 1995, Anlage 3 zur Klageschrift. In dem Antwortschreiben der österreichischen Regierung vom 22. Dezember 1995 auf das Mahnschreiben der Kommission heißt es:
„Zu Punkt 8)
Die NÖPLAN ist nicht nur eine zum ausschließlichen Zweck der Durchführung aller in Zusammenhang mit der Errichtung der Niederösterreichischen Landeshauptstadt St. Pölten erforderlichen Planungsmaßnahmen gegründete Gesellschaft. Zu ihren Tätigkeiten gehört vielmehr neben den gegenständlichen Bauvorhaben auch eine Vielzahl anderer Vorhaben, zu denen unter anderem private Wohnbau- und Gewerbeprojekte zählen, hinsichtlich derer sich die NÖPLAN im gewerblichen Wettbewerb befindet."
Der Gesellschaftszweck wurde vor dem Gerichtshof nicht mehr problematisiert.

bietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände ...". Weiter heißt es:

„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 des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 genannten Kriterien erfüllen, sind in Anhang I enthalten ..."

66. Das Land Niederösterreich als Gebietskörperschaft ist ganz unzweifelhaft öffentlicher Auftraggeber. Selbst wenn man sich nicht auf die Feststellung beschränken will, die NÖPLAN sei „verlängerter Arm" des Landes, was nichts anderes bedeutet, als daß die Verantworlichkeit letztlich beim Land verbleibt, dann führt auch die isolierte Betrachtung der NÖPLAN zu einem vergleichbaren Ergebnis. Gemäß der von der österreichischen Regierung im Schreiben vom 12. Mai 1995 gegebenen Darstellung [27] von Zweck, Rechtspersönlichkeit und wirtschaftlichen Beherrschungsverhältnissen der NÖPLAN erfüllt die Gesellschaft die in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 aufgestellten Tatbestandsmerkmale [28], einer „Einrichtung des öffentlichen Rechts". Eine solche ist als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie zu betrachten. [29]

67. Welche Körperschaft im Ergebnis für etwaige Erstattungsansprüche potentieller Bieter einstehen muß, ist eine nach mitgliedstaatlichem Recht zu beurteilende Frage. Gegenüber der Gemeinschaft ist auf jeden Fall der Mitgliedstaat verantwortlich. [30] Wenn somit an der grundsätzlichen

27 — Zitiert im vorigen, Nr. 63.

28 — Vgl. Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria, Slg. 1998, I-73, Randnr. 21).

29 — Vgl. Urteil in der Rechtssache C-44/96 (zitiert in Fußnote 28, Randnr. 29).

30 — So zuletzt Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-353/96 (Kommission/Irland, Slg. 1998, I-8565, Randnr. 23).

Einstandspflicht im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts kein Zweifel besteht, reduziert sich die vom Gerichtshof zu beurteilende Frage auf die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen einer Rückabwicklungspflicht einmal geschlossener Verträge.

68. Zunächst ist dem formalen Argument nachzugehen, die Befugnisse im Vertragsverletzungsverfahren dürften nicht über die dem Mitgliedstaat ausdrücklich durch das abgeleitete Recht eingeräumte Möglichkeit hinausgehen, die Folgen einer gemeinschaftsrechtswidrigen Auftragsvergabe auf einen Schadensersatzanspruch des geschädigten Bieters zu beschränken. Dem Vorbringen, das Verfahren nach Artikel 3 der Richtlinie 89/665 und das Vertragsverletzungsverfahren hätten das gleiche Ziel, ist insofern zuzustimmen, wenn man das Ziel definiert als die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Regel zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Darüber hinaus muß jedoch davon ausgegangen werden, daß die von der Richtlinie geforderten Nachprüfungsverfahren in erster Linie das Verhältnis zwischen dem Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber betreffen. Das Verfahren nach Artikel 3 der Richtlinie, das die Kommission zum Einschreiten ermächtigt, ist — wie von der Rechtsprechung des Gerichtshofes bereits ausdrücklich festgestellt [31] — eine vorbeugende Maßnahme. Die Befugnisse der Kommission nach Artikel 169 des Vertrages werden durch das besondere Verfahren nach der Richtlinie weder abgeändert noch ersetzt. [32] Es kann also davon ausgegangen werden, daß die der Kommission durch die Richtlinie 89/665 eingeräumten Kompetenzen ihre grundsätzlich umfassenden Befugnisse im Vertragsverletzungsverfahren weder formal noch inhaltlich einschränken.

69. Eine besondere Problematik ergibt sich im vorliegenden Fall aus dem Umstand, daß bei Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist die im Rahmen des Gesamtprojekts noch ausstehenden Aufträge gemeinschaftsrechtskonform vergeben wurden. Es ist daher erst festzustellen, inwiefern zu dem besagten Zeitpunkt noch ein Verstoß vorlag. Der behauptete Verstoß läßt sich auf eine kurze Formel bringen: Durch den Abschluß der gemeinschaftsrechtswidrig zustande gekommenen Verträge war der Verstoß vollendet aber noch nicht beendet. Die Durchführung der Verträge stand noch aus.

70. Zu den durch Zuschlag zustandegekommenen Verträgen ist folgendes anzumerken. An der objektiven Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Zustandekommens bestehen keine Zweifel. Ein Auseinanderklaffen der damaligen mitgliedstaatlichen Rechtslage und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist aus heutiger Sicht unstreitig. Die österreichische Regierung hat diese Bewertung zu gegebener Zeit geteilt und sowohl die kritisierten AAVB als auch die Gesetzeslage anzupassen veranlaßt. Man wird auch davon ausgehen können, daß die gesetzgebenden Körperschaften von der Anwendbarkeit des allgemeinen Vergaberechts auf das Großprojekt St. Pölten ausgingen, als sie die umstrittene Ausnahmevorschrift in das niederösterreichische Vergabegesetz aufnahmen.

31 — Urteil in der Rechtssache C-359/93 (Kommission/Niederlande, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 13). Zuletzt Urteil in der Rechtssache C-353/96 (Kommission/Irland, zitiert in Fußnote 30, Randnr. 22).

32 — Vgl. Urteil in der Rechtssache C-359/93 (Kommission/Niederlande, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 14) und Urteil in der Rechtssache C-353/96 (Kommission/Irland, zitiert in Fußnote 30, Randnr. 22).

71. Auf letzteres kommt es jedoch nicht entscheidend an. Fest steht die objektive Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der im Jahr 1995 durchgeführten Vergabeverfahren. Auf die Einzelheiten der Unvereinbarkeit des damals geltenden Vergaberechts braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden, da sie von den österreichischen Stellen anerkannt und durch Gesetzesänderung zur Anpassung an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bereinigt wurden und von der Kommission im vorliegenden Verfahren nicht mehr gerügt werden.

72. Fraglich ist jedoch, inwiefern die objektive Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nach dem 27. und 28. November 1995 eine andere Qualität erlangte, an die gegebenenfalls eine Rückabwicklungspflicht der nach diesem Datum geschlossenen Verträge geknüpft werden kann.

73. Die Kommission vertritt den Standpunkt, daß die österreichischen Stellen bereits durch den im Laufe des Jahres 1995 stattgefundenen Schriftwechsel über die gemeinschaftsrechtliche Problematik informiert waren. In der Paketsitzung vom 27. und 28. November 1995 sei jedoch die gesamte Problematik eingehend diskutiert worden, so daß die österreichischen Stellen bei der zeitlich daran anschließenden Auftragsvergabe wider besseren Wissens gehandelt hätten.

74. Dem entgegnet die österreichische Regierung — worauf der Vertreter der österreichischen Regierung in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich hingewiesen hat —, daß die Gespräche bei der Paketsitzung in einem unverbindlichen Rahmen stattgefunden hätten. Von einer Rechtsbindungswirkung ausgelöst durch diese Gespräche könne man nicht ausgehen. Außerdem hätten die österreichischen Stellen mit gutem Recht zunächst einen anderen Standpunkt vertreten und sich erst später den Vorstellungen der Kommission gebeugt.

75. Es ist in der Tat fraglich, inwiefern die österreichische Regierung von der Verbindlichkeit der von der Kommission vertretenen Ansicht anläßlich der Paketsitzung ausgehen mußte. Unmittelbare Rechtswirkungen zu erzeugen ist eine derartige informelle Sitzung nicht geeignet. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, daß objektiv ein Verstoß vorlag und eine Fortsetzung der gemeinschaftsrechtswidrigen Praxis mit erheblichen, teilweise nicht wiedergutzumachenden wirtschaftlichen Folgen drohte. Spätestens nach der förmlichen Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens durch das Mahnschreiben vom 15. Dezember 1995 hatten die österreichischen Stellen die Pflicht, weiteren Schaden zu verhindern. Es bedurfte insofern nicht — wie bereits angedeutet — eines aufwendigen Verfahrens zur Gesetzesänderung, sondern die vorläufige Aussetzung bis zur Prüfung der Lage hätte genügt. Daß ein derartiges Vorgehen auch praktisch möglich war, zeigt der spätere Beschluß des Vergabeausschusses am 6. Februar 1996.

76. Daher bin ich der Ansicht, daß es sich bei der Auftragsvergabe seit der förmlichen Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens bis zu dem Beschluß vom 6. Februar 1996 um einen qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht handelt, an den sich durchaus auch eine Pflicht zur Rückabwicklung knüpfen läßt. Es handelt sich immerhin um Aufträge mit einem Volumen

von wesentlich mehr als 300 000 000 ÖS, die über einen Zeitraum von über sechs Wochen vergeben wurden. Soweit die während dieses Zeitraums geschlossenen Verträge am 3. März 1996 wirksam und noch nicht durchgeführt waren, bestand der Verstoß fort und konnte die Kommission die Rückabwicklung der Verträge fordern. Dieses Begehren scheint auch nicht unbillig, da die österreichischen Stellen ausdrücklich „auf eigene Gefahr" [33] gehandelt haben. Das Handeln „auf eigene Gefahr" kann kaum bedeuten, vollendete Tatsachen zu schaffen, an die keine Sanktionen geknüpft werden könnten.

77. Wenn die österreichische Regierung vor dem Gerichtshof vorbringt, die Rückabwicklung der streitigen Aufträge sei unmöglich, dann kommt es auf die Natur der Unmöglichkeit an, also ob es sich um eine ursprüngliche oder eine nachträgliche, eine rechtliche oder eine tatsächliche Unmöglichkeit handelt. Soweit es sich um eine nachträgliche Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen handelt, weil das Bauvorhaben inzwischen durchgeführt ist, so kann dieser Umstand an der abstrakten Pflichtenlage so, wie sie sich am 7. März 1996 dargestellt hat, nichts ändern. Darüber hinaus ist es in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt, daß sich ein Mitgliedstaat nicht auf von ihm geschaffene Tatsachen berufen kann, um einem Vertragsverletzungsverfahren den Boden zu entziehen. [34]

78. Vor diesem Hintergrund ist auch das Argument der anfänglichen Unmöglichkeit der Rückabwicklung der Verträge wegen der Dringlichkeit des weiteren Baufortschritts zu bewerten. Die Forderung der Kommission zur Rückabwicklung der Verträge ist nur im Hinblick auf die Verträge gestellt worden, die in Kenntnis ihrer möglichen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit auf eigene Gefahr des öffentlichen Auftraggebers geschlossen wurden. Der Mitgliedstaat hätte einer derartigen Forderung aus dem Weg gehen können, hätte er unverzüglich Vorkehrungen getroffen in der Form eines Beschlusses, wie dem vom 6. Februar 1996, um vollendete Tatsachen zu verhindern.

79. Die vorliegende Betrachtungsweise wird untermauert durch eine der Richtlinie 93/37 zugrunde gelegte Wertung. Artikel 7 Absatz 3 Buchstabe c der Richtlinie berechtigt den öffentlichen Auftraggeber, einen Bauauftrag im Verhandlungsweg zu vergeben, wenn dringliche, zwingende Gründe es nicht zulassen, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Allerdings müssen die Gründe auf Ereignissen beruhen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte.

80. Gelten die vorstehenden Überlegungen für behauptete Fälle tatsächlicher Unmöglichkeit, sind etwaige Folgen rechtlicher Unmöglichkeit noch ungeklärt. Die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung stößt hier an eine Grenze. Denn — wie die Kommission zu Recht vorträgt und im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung bereits angeklungen ist — fällt eine etwaige Rückabwicklung in die Zuständigkeit des Mitgliedstaats. Die Rechtsgrundlagen und das Ausmaß einer eventuellen Rückabwicklung richten sich nach innerstaatlichem Recht und können hier folglich nicht verbindlich festgestellt werden.

33 — Vgl. Beschluß des Präsidenten vom 22. April 1994 in der Rechtssache C-87/94 R (Kommission/Belgien, Slg. 1994, I-1395, Randnr. 34), auf den sich die österreichische Regierung ausdrücklich beruft.

34 — Vgl. Urteil vom 7. Februar 1973 in der Rechtssache 39/72 (Kommission/Italien, Slg. 1973, 101, Randnr. 10); vgl. auch Schlußanträge des Generalanwalts vom 13. März 1991 in der Rechtssache C-247/89 (Kommission/Portugal, Slg. 1991, I-3670, Randnr. 36); vgl. auch Beschluß in der Rechtssache C-87/94 R (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 40).

81. Von wesentlicher Bedeutung ist daher der Vortrag der österreichischen Regierung. Dieser enthält zwar eine Reihe von Gründen, warum die Rückabwicklung der Verträge im nachhinein unmöglich sei, dennoch wurde zu keiner Zeit behauptet, daß es sich um eine absolute anfängliche Unmöglichkeit aus Rechtsgründen gehandelt habe. Indem die österreichische Regierung bis zuletzt auch vor dem Gerichtshof die Aufforderung der Kommission zur Rückabwicklung der Verträge als unberechtigtes Begehren betrachtet hat, kann davon ausgegangen werden, daß sie sicherlich keinen Versuch unternommen hat, dem Begehren zum damaligen Zeitpunkt nachzukommen.

82. Für die weitere Prüfung soll davon ausgegangen werden, daß die Behauptung der Unmöglichkeit zur Rückabwicklung jedenfalls keine absolute war. Wenn es auch nur *eine* Möglichkeit gegeben hätte, dann wäre das Begehren der Kommission nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen. Es soll also davon ausgegangen werden, daß durch die Aufforderung der Kommission eine Rechtspflicht zum Handeln bestand.

83. Die österreichische Regierung führt nun vor dem Gerichtshof aus, eine Rückabwicklung sei unzumutbar gewesen wegen des schutzwürdigen Vertrauens der Vertragspartner, das dem Begehren der Kommission vorgehe. Dieses Argument geht fehl. Die österreichische Regierung beruft sich auf Rechtspositionen Dritter, die in rechtswidriger Weise durch den öffentlichen Auftraggeber erzeugt wurden. Für die grundsätzliche Pflichtenlage des Mitgliedstaats gegenüber der Gemeinschaft kann sich der Mitgliedstaat nicht erfolgreich auf die Folgen seines rechtswidrigen Vorgehens berufen, um die Rechtspflicht an sich in Frage zu stellen. In welchem Ausmaß im konkreten Fall eine Rückabwicklung zumutbar war, entzieht sich — wie bereits dargestellt — der Beurteilung durch den Gerichtshof.

84. Schließlich soll auf das Argument der österreichischen Regierung eingegangen werden, der „effet utile" der Richtlinien sei nach einmal erfolgter Auftragsvergabe nicht mehr zu erreichen gewesen. Die Wettbewerbsverhältnisse seien in einer Art und Weise beeinflußt gewesen, daß man einen Zustand wie vor der Vergabe nicht mehr hätte herstellen können. Die beteiligten Bieter hätten immer auch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber später beteiligten potentiellen Bietern davongetragen. Diese Argumentation mag in tatsächlicher Hinsicht zutreffen. Dennoch ist sie nicht geeignet, jeglichem Versuch zur Aufhebung eines rechtswidrigen Verhaltens den Boden zu entziehen. Gegebenenfalls hätten sich z. B. durch eine neuerliche gemeinschaftsweite Ausschreibung Unternehmen an der Ausschreibung beteiligt, die unter den gegebenen Umständen schlicht keine Kenntnis von der Ausschreibung hatten. Diese potentiellen Bieter sind — im Nachhinein — nicht individualisierbar, so daß sie keinerlei Entschädigungsansprüche je werden geltend machen können.

85. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß am 7. März 1996 durch das Begehren der Kommission eine Pflicht zum Tätigwerden bestand, deren objektive anfängliche Unmöglichkeit nicht festgestellt werden konnte.

86. Abschließend ist nochmals auf die in der Zulässigkeitsprüfung insoweit nicht zu beantwortende Frage nach dem Rechts-

schutzinteresse zurückzukommen. Da davon auszugehen ist, daß eine abstrakte Pflicht zum Handeln bestand, die österreichische Regierung diese jedoch bis zuletzt bestritten hat, muß das Rechtsschutzinteresse schon aus diesem Grunde bejaht werden. Darüber hinaus kann ein Feststellungsurteil im vorliegenden Verfahren im Streit um etwaige Ersatzansprüche gegebenenfalls eine Rolle spielen, so daß auch aus diesem Grunde das Rechtsschutzinteresse zu bejahen ist.

Kosten

87. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung hat die unterliegende Partei die Kosten zu tragen. Da die österreichische Regierung mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

C — Ergebnis

88. Als Konsequenz vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor:

1. Die Republik Österreich hat im Rahmen des Neubaus des niederösterreichischen Landhaus- und Kulturbezirks St. Pölten bei der Vergabe der Aufträge, die in der Zeit nach Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens und vor dem 6. Februar 1996 vergeben, am 7. März 1996 jedoch noch nicht erfüllt oder in zumutbarer Weise rückabwickelbar waren, gegen ihre Verpflichtungen aus den Richtlinien 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 und 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 sowie Artikel 30 EG-Vertrag verstoßen.

2. Die Republik Österreich trägt die Kosten des Verfahrens.