# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MICHAEL B. ELMER
vom 11. Mai 1995 *

1. Diese Rechtssache betrifft die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat, indem sie zwei Richtlinien über das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und öffentlicher Bauaufträge nicht bis zum 3. Februar 1993 nachgekommen ist.

2. Die erste Richtlinie ist die Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG [1] (im folgenden: Richtlinie 88/295). Nach Artikel 20 dieser Richtlinie hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um dieser Richtlinie spätestens zum 1. Januar 1989 nachzukommen, und die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen. Die Richtlinie wurde in der Bundesrepublik Deutschland durch ein Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft vom 22. Dezember 1988 vorläufig in eine innerstaatliche Verwaltungsvorschrift umgesetzt. Der Deutsche Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — nahm aufgrund der Richtlinie außerdem Änderungen an der Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (nachstehend: VOL/A) vor. Die geänderten Bestimmungen wurden vom Bundesminister für Wirtschaft am 6. März 1990 im Bundesanzeiger veröffentlicht.

3. Die zweite Richtlinie ist die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [2] (im folgenden: Richtlinie 89/440). Nach Artikel 3 dieser Richtlinie mußten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um dieser Richtlinie spätestens ein Jahr nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen, und die Kommission unverzüglich davon unterrichten. Die Richtlinie wurde den Mitgliedstaaten am 19. Juli 1989 übermittelt, so daß die Frist zu ihrer Durchführung am 19. Juli 1990 ablief. Der Deutsche Verdingungsausschuß für Bauleistungen erarbeitete aufgrund der Richtlinie eine Neufassung der Verdingungsordnung für Baulei-

* Originalsprache: Dänisch.

1 — ABl. L 127, S. 1.

2 — ABl. L 210, S. 1.

stungen, Teil A (nachstehend: VOB/A), die vom Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau am 19. Juli 1990 im Bundesanzeiger veröffentlicht wurde.

4. Die Kommission teilte der Bundesrepublik Deutschland mit Schreiben vom 27. Februar 1992 mit, daß nach ihrer Meinung die erforderlichen Durchführungsmaßnahmen für diese Richtlinien in Deutschland nicht erlassen worden seien. Die VOL/A und die VOB/A seien als rein privatrechtliche Regelwerke anzusehen, und auch der Umstand, daß die Verwaltung durch interne Verwaltungsvorschriften zu deren Anwendung verpflichtet sei, verleihe dem einzelnen noch kein Recht, sich auf die dort enthaltenen Bestimmungen zu berufen.

Die Kommission hielt in ihren mit Gründen versehenen Stellungnahmen vom 3. Dezember 1992 an ihrer Ansicht fest, daß die Richtlinien nicht ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt worden seien, und setzte der Bundesrepublik eine Frist von zwei Monaten, um die hierzu erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

5. Die Kommission beantragte daraufhin mit Klageschrift vom 3. November 1993, festzustellen, daß die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen habe, indem sie nicht innerhalb der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzten Frist die Maßnahmen mitgeteilt oder erlassen habe, die erforderlich seien, um den Richtlinien 88/295 und 89/440 nachzukommen. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung erläutert, daß der Antrag auf Feststellung einer Vertragsverletzung im vorliegenden Verfahren nur die Frage betreffe, ob die genannten Richtlinien in der Bundesrepublik Deutschland zum 3. Februar 1993, dem Zeitpunkt, zu dem die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzte Frist abgelaufen sei, durchgeführt worden seien. Die Frage, inwieweit einige von der Bundesrepublik zum 1. Januar 1994 umgesetzte Bestimmungen eine ordnungsgemäße Durchführung der Richtlinien darstellten, werde von der Kommission gesondert untersucht und könne später eventuell zu einem gesonderten Vertragsverletzungsverfahren führen.

6. Zur Begründung ihres Antrags verweist die Kommission auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, Richtlinien in nationales Recht so umzusetzen, daß der einzelne in die Lage versetzt werde, von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen, um diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend machen zu können [3]. Die beiden Richtlinien, um die der Rechtsstreit gehe, sollten den einzelnen Lieferer oder Unternehmer nämlich gerade in die Lage versetzen, sich gegenüber den öffentlichen Auftraggebern auf die Vergabevorschriften in den Richtlinien zu berufen und gegebenenfalls Verstöße dagegen vor den nationalen Gerichten beanstanden zu können.

3 — Vgl. z. B. Urteile vom 23. Mai 1985 in der Rechtssache 29/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661) und vom 9. April 1987 in der Rechtssache 363/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 1733).

Eine Durchführung durch interne Verwaltungsvorschriften genüge diesen Erfordernissen nicht, da der einzelne aus solchen Vorschriften keine Ansprüche vor den nationalen Gerichten herleiten könne. Die Einarbeitung der Bestimmungen der Richtlinien in die VOL/A und in die VOB/A sei ebenfalls nicht ausreichend. Diese Regelwerke seien von einem Ausschuß ausgearbeitet worden, der sich aus Vertretern der Gebietskörperschaften, der Wirtschaftsverbände und der Gewerkschaften zusammensetze. Die Befugnisse dieses Ausschusses beruhten nicht auf einer gesetzlichen Grundlage, und die von ihm geschaffenen Regelwerke seien als rein privatrechtliche Verfahrensvorschriften zu qualifizieren. Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache C-361/88 (Kommission/Deutschland [4]), das die Durchführung der Richtlinie 80/779/EWG [5] durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift, die „Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft", betraf. Der Gerichtshof habe in Randnummer 20 seines Urteils festgestellt, daß „die Bundesrepublik Deutschland ... keine nationale Gerichtsentscheidung angeführt hat, mit der dieser Verwaltungsvorschrift über ihre Verbindlichkeit für die Verwaltung hinaus unmittelbare Wirkung gegenüber Dritten zuerkannt würde. Es läßt sich also nicht sagen, daß der einzelne Gewißheit über den Umfang seiner Rechte haben kann, um sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend machen zu können, noch auch daß diejenigen, deren Tätigkeiten geeignet sind, Immissionen zu verursachen, über den Umfang ihrer Verpflichtungen hinreichend unterrichtet sind."

Nach Ansicht der Kommission ergänzen die Nachprüfungsverfahren, die nach der Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [6] (im folgenden: Richtlinie 89/665) vorgeschrieben sind, die Möglichkeiten, Verstöße gegen die Vergaberichtlinien vor den nationalen Gerichten zu beanstanden, ersetzen diese aber nicht.

7. Die Bundesrepublik Deutschland hat in der mündlichen Verhandlung ihren Standpunkt in der vorliegenden Rechtssache wie folgt verdeutlicht: Sie bestreite nicht, daß sie der Kommission die in der Richtlinie vorgeschriebenen Mitteilungen nicht innerhalb der festgesetzten Fristen habe zukommen lassen. Bezüglich der Durchführung der Richtlinien in der Bundesrepublik bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist werde auch nicht bestritten, daß interne Verwaltungsvorschriften und die VOL/A sowie die VOB/A für den einzelnen keine Rechte begründeten, die er vor den nationalen Gerichten geltend machen könne. Jedoch erst mit der Richtlinie 89/665 seien Verfahrensregeln für die Überprüfung von Verstößen gegen die Richtlinien festgelegt worden. Wie sich aus Artikel 2 Absatz 8 dieser Richtlinie ergebe, habe für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit geschaffen werden sollen, Nachprüfungsverfahren durchzuführen, die einer gerichtlichen Überprüfung gleichwertig seien. Der Standpunkt der Kommission, daß sich aus den Vergaberichtlinien das Recht des einzelnen ergebe, Verstöße vor den Gerichten zu beanstanden,

4 — Urteil vom 30. Mai 1991, Slg. 1991, I-2567.

5 — Richtlinie des Rates vom 15. Juli 1980 über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebestaub, ABl. L 229, S. 30.

6 — ABl. L 395, S. 33.

stehe deshalb im Widerspruch zu dieser Richtlinie. Im übrigen folge aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, daß der einzelne sich gegenüber der öffentlichen Hand auf Verstöße gegen die Vergabebestimmungen der Richtlinien berufen könne, indem er z. B. eine Schadensersatzklage erhebe.

8. Die Parteien haben in dem Verfahren eine Reihe von Einzelfragen hinsichtlich der Art und Weise, in der die Richtlinien durch die VOL/A und die VOB/A durchgeführt worden sind, erörtert.

9. Lassen Sie mich meine Stellungnahme mit dem Hinweis beginnen, daß die Vergaberichtlinien nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes dem einzelnen Rechte verleihen, die er gegenüber der öffentlichen Hand vor den nationalen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar geltend machen kann (vgl. Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes [7], und vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Costanzo [8]).

10. Die Richtlinie 89/665 datiert vom 21. Dezember 1989 und liegt zeitlich somit nach den genannten Urteilen. Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland zur Bedeutung dieser Richtlinie beruht somit auf der Annahme, daß mit dieser Richtlinie eine Begrenzung der Rechte beabsichtigt sei, die der einzelne nach dieser Rechtsprechung gegenüber den Behörden habe. Eine Untersuchung des Inhalts und der Begründungserwägungen der Richtlinie bietet hierfür jedoch keine Anhaltspunkte. Vielmehr zeigt sich, daß die Richtlinie dazu dient, „die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene derzeit vorhandenen Mechanismen ..., vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können" [9], zu stärken.

11. Artikel 189 Absatz 3 verlangt für die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendigerweise, „daß ihre Bestimmungen förmlich und wörtlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden". Je nach dem Inhalt der Richtlinie „kann ein allgemeiner rechtlicher Rahmen genügen, wenn er tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtline in hinreichend bestimmter und klarer Weise gewährleistet, damit — soweit die Richtlinie Ansprüche der einzelnen begründen soll — die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen" [10].

12. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann ein Mitgliedstaat sich seinen Verpflichtungen aus Artikel 189 Absatz 3 des Vertrages zur Umsetzung von Richtlinien in innerstaatliches Recht nicht mit dem

7 — Slg. 1988, 4635.
8 — Slg. 1989, 1839.

9 — Vgl. 2. Begründungserwägung.
10 — Vgl. das in Fußnote 3 genannte Urteil vom 9. April 1987, Randnr. 7.

Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes entziehen, wonach der einzelne sich unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber der öffentlichen Hand vor innerstaatlichen Gerichten unmittelbar auf Bestimmungen von Richtlinien berufen kann [11].

13. In der vorliegenden Rechtssache ist unbestritten, daß die im Klageantrag der Kommission genannten Richtlinien bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 3. Februar 1993 gesetzten Frist in der Bundesrepublik Deutschland nur durch interne Verwaltungsvorschriften und die privatrechtlichen Bestimmungen der VOL/A und VOB/A durchgeführt waren. Ebenfalls ist unbestritten, daß diese Vorschriften dem einzelnen keine Rechte verleihen, auf die er sich vor innerstaatlichen Gerichten berufen kann.

14. Somit ist dem Antrag der Kommission auf Feststellung einer Vertragsverletzung stattzugeben.

Bei dieser Sachlage braucht auf Einzelfragen bezüglich der Art und Weise, in der die Richtlinien durch die VOL/A und die VOB/A durchgeführt worden sind, nicht eingegangen zu werden.

15. Die Bundesrepublik Deutschland ist in dem Rechtsstreit unterlegen und deshalb gemäß dem Antrag der Kommission zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

## Schlußantrag

16. Nach alledem möchte ich dem Gerichtshof vorschlagen, wie folgt zu entscheiden:

— Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen, indem sie nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Maßnahmen erlassen hat, die erforderlich sind, um der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und der Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der

11 — Vgl. Urteil vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 102/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 1473).

Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG nachzukommen.

— Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.