SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO

vom 15. Mai 1997 *

1. Mit der vorliegenden Vorabentscheidungsfrage ersucht der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes den Gerichtshof um eine Auslegung des Artikels 41 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie) [1].

Der gemeinschaftsrechtliche und nationale rechtliche Rahmen

2. Zum besseren Verständnis der vorliegenden Frage ist zunächst kurz auf ihren gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Kontext einzugehen.

Im einzelnen ersucht der Vergabeüberwachungsausschuß den Gerichtshof um eine Entscheidung darüber, ob die von den Mitgliedstaaten gemäß der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Anwendung der Nachprüfungsverfahren (Nachprüfungsrichtlinie) [2] eingerichteten Instanzen aufgrund dieser Vorschrift bereits seit Ablauf der Frist für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (und auch dann, wenn keine nationalen Durchführungsmaßnahmen getroffen wurden) Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen auf behauptete Verstöße gegen die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts nachprüfen können.

Das Gemeinschaftsrecht

3. Artikel 36 der Dienstleistungsrichtlinie legt die Kriterien fest, die die Behörde bei der Erteilung des Zuschlags anzuwenden hat. Insbesondere sind gemäß Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a im Fall der Erteilung des Zuschlags auf das günstigste Angebot „verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, z. B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis" anzuwenden. In den anderen Fällen ist gemäß Buchstabe b dagegen „aus-

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 209, S. 1.

2 — Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33).

schließlich das Kriterium des niedrigsten Preises" zu berücksichtigen.

Gemäß Artikel 44 der Dienstleistungsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten bis zum 1. Juli 1993 die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen zu erlassen und mitzuteilen.

4. Die Nachprüfungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, daß die in den Anwendungsbereich der entsprechenden Gemeinschaftsrichtlinien [3] fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge rasch und wirksam nachgeprüft werden können, wenn die Rechtmäßigkeit (unmittelbar oder mittelbar) nach dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen ist (Artikel 1 Absatz 1).

Seit dem Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie ist die Nachprüfungsrichtlinie auch auf Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen anwendbar; Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie, um deren Auslegung der Vergabeüberwachungsausschuß den Gerichtshof ersucht, ändert nämlich Artikel 1 der Nachprüfungsrichtlinie ausdrücklich dahin, daß auch Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen.

5. Artikel 2 Absatz 8 der Nachprüfungsrichtlinie sieht vor, daß eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, ihre Entscheidung schriftlich begründen muß. In diesem Falle haben die Mitgliedstaaten ferner sicherzustellen, daß „eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages ist, gemacht werden kann".

Um ihre Unabhängigkeit zu gewährleisten, verlangt Artikel 2 Absatz 8 Unterabsatz 2 darüber hinaus, daß für die Mitglieder dieser Instanz bezüglich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen gelten müssen wie für Richter; zumindest der Vorsitzende muß die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Schließlich heißt es in dieser Bestimmung, daß diese Instanz in einem kontradiktorischen Verfahren erkennt und daß ihre Entscheidungen rechtsverbindlich sind.

3 — Es handelt sich dabei offenkundig um die Aufträge nach den Richtlinien 71/305/EWG (ABl. L 185, S. 5) und 77/62/EWG (ABl. L 13, S. 1), heute Richtlinie 93/37/EWG (ABl. L 199, S. 54) bzw. Richtlinie 93/36/EWG (ABl. L 199, S. 1).

Das nationale Recht

6. Die Umsetzung der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft in das deutsche Recht erfolgte durch Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG). Im einzelnen fügte der deutsche Gesetzgeber mit dem 1993 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Änderung des HGrG [4] die neuen §§ 57a bis 57c an, mit denen die Richtlinien über öffentliche Bau- und Lieferaufträge sowie die Nachprüfungsrichtlinie durchgeführt werden sollten [5].

Dagegen wurde die Dienstleistungsrichtlinie noch nicht in das deutsche Recht umgesetzt, wie der Vorlagebeschluß ausdrücklich feststellt.

7. § 57a HGrG stellt die allgemeine Rechtsgrundlage für den Erlaß von Vorschriften zur Durchführung der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft dar. Diese Vorschrift ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen durch die dort aufgezählten Auftraggeber zu regeln.

Die folgenden Vorschriften (§ 57b und § 57c) betreffen die Rechtsbehelfe, die bei Verstößen gegen die Gemeinschaftsvorschriften (oder nationale Umsetzungsvorschriften) gegeben sind, und sehen zu diesem Zweck ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren vor. Eine erste Nachprüfung erfolgt durch die zuständigen Vergabeprüfstellen; gegen deren Entscheidungen können die von den einzelnen Ländern eingerichteten Vergabeüberwachungsausschüsse oder — wenn eine Bundesbehörde für das streitige Vergabeverfahren zuständig ist — der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes angerufen werden.

8. § 57b HGrG regelt im einzelnen die Tätigkeit der Vergabeprüfstellen. Gemäß § 57b Absatz 2 erläßt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen über deren Zuständigkeit. Die Absätze 3, 4 und 5 enthalten eine Reihe von Bestimmungen über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, die Aussetzung verdächtiger Vergabeverfahren und die Auskunftspflichten der Auftraggeber.

Gemäß Absatz 6 verliert der Bürger, der sich mit einem Antrag an die zuständige Prüfstelle wendet, dadurch nicht das Recht, vor den ordentlichen Gerichten Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes gegen das Vergabeverfahren geltend zu machen.

9. § 57c HGrG enthält Rechtsvorschriften für die Vergabeüberwachungsaus-

4 — BGBl. 1993 I S. 1928.

5 — Diese Gesetzgebungstechnik wird von der deutschen Lehre allgemein als „haushaltsrechtliche Lösung" bezeichnet.

schüsse [6]; die Mitglieder dieser Ausschüsse, deren Zusammensetzung in den Absätzen 2, 3 und 4 dieser Vorschrift im einzelnen geregelt ist, üben ihre Tätigkeit unabhängig und in eigener Verantwortung aus. Gemäß § 57c Absatz 3 gelten insbesondere einige Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes (DRiG) für die Nichtigkeit und Rücknahme der Berufung sowie die Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der beamteten Mitglieder der Vergabeüberwachungsausschüsse entsprechend [7].

Die Vergabeüberwachungsausschüsse überprüfen ausschließlich die Rechtmäßigkeit der Vergabeverfahren, ohne die Tatsachen zu prüfen, die der Entscheidung der Vergabeprüfstellen zugrunde liegen; sie können deren Entscheidungen gegebenenfalls aufheben und sie anweisen, erneut zu entscheiden (§ 57c Absatz 5). Antragsberechtigt ist, wer einen Verstoß gegen Vergabevorschriften geltend gemacht hat (Absatz 6).

10. § 57c Absatz 7 enthält schließlich Sondervorschriften für den Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes. Seine beamteten Mitglieder sind Vorsitzende und Beisitzer der Beschlußkammern des Bundeskartellamts [8]. Die Aufgaben der Vorsitzenden von Kammern werden von Vorsitzenden der Beschlußabteilungen des Bundeskartellamts wahrgenommen. Die ehrenamtlichen Beisitzer [9] ernennt der Präsident des Bundeskartellamts auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der öffentlich-rechtlichen Kammern; der Präsident des Bundeskartellamts regelt auch die Bildung und Besetzung von Kammern und führt im Auftrage der Bundesregierung die Dienstaufsicht.

6 — Diese Vorschriften gelten im übrigen neben den Sondervorschriften des § 57c Absatz 7 (vgl. die folgenden Ausführungen) auch für den Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes.

7 — Es handelt sich um folgende Vorschriften des DRiG:
- § 18 Absätze 1 und 2 regelt die Fälle der Nichtigkeit der Ernennung von Richtern (Ernennung durch eine sachlich unzuständige Behörde, Ernennung einer Person, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter besitzt); nicht anwendbar ist dagegen § 18 Absatz 3 (der vorsieht, daß eine solche Nichtigkeit erst geltend gemacht werden kann, nachdem ein Gericht sie rechtskräftig festgestellt hat), doch gilt statt dessen § 57c Absatz 3, der vorsieht, daß die Nichtigkeit einer Ernennung erst geltend gemacht werden kann, nachdem die ernennende Stelle sie bestandskräftig festgestellt hat;
- § 19 Absätze 1 und 2 betrifft die Fälle, in denen die Ernennung zurückgenommen werden kann. § 19 Absatz 3, der die Zurücknahme der Ernennung von der Zustimmung des Betroffenen oder von einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung abhängig macht, gilt jedoch nicht;
- § 26 Absätze 1 und 2 sieht vor, daß die Dienstaufsicht die Unabhängigkeit der Richter nicht beeinträchtigen darf;
- § 27 Absatz 1 (den Richtern wird ein Richteramt bei einem bestimmten Gericht übertragen);
- § 30 Absätze 1 und 3 sowie die §§ 31 bis 33 und § 37, die die Voraussetzungen regeln, unter denen ein Richter seines Amtes enthoben oder versetzt werden kann; dies ist im allgemeinen nach einem förmlichen Disziplinarverfahren oder aus Gründen der Veränderung der Gerichtsorganisation möglich. Nicht anwendbar ist wohlgemerkt § 30 Absatz 2, der vorschreibt, daß die Versetzung oder Amtsenthebung außer aus Gründung der Veränderung der Gerichtsorganisation nur aufgrund rechtskräftiger richterlicher Entscheidung ausgesprochen werden kann.

8 — Das Bundeskartellamt ist die für den Wettbewerb zuständige nationale Behörde.

9 — Neben den beamteten (kartellamtsinternen) Mitgliedern gehören dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes auch externe (oder ehrenamtliche) Mitglieder an. Dieser besteht zur Zeit aus nur einer Kammer, der ein Vorsitzender einer Beschlußabteilung des Bundeskartellamts vorsitzt und der vier interne, fünf externe und fünf stellvertretende externe Mitglieder angehören (vgl. Stockmann, *Die Vergabeüberwachung des Bundes*, WUW 1995, S. 572 ff.; der Verfasser ist der derzeitige Vorsitzende des Ausschusses).

Nach dieser Vorschrift ist der Vergabeüberwachungsausschuß verpflichtet, sich eine Geschäftsordnung zur Regelung der Verteilung und des Gangs der Geschäfte zu geben.

11. Aufgrund dieser Vorschriften erließ die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates am 22. Februar 1994 zwei Durchführungsverordnungen. Die erste, die Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge, findet ausdrücklich nur auf Bau- und Lieferaufträge, also nicht auf Dienstleistungsaufträge Anwendung [10].

Die zweite Verordnung gilt jedoch allgemein und enthält Vorschriften zur Umsetzung der Verpflichtung, angemessene Verfahren zur Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge bereitzustellen (Nachprüfungsverordnung — NpV) [11]. § 1 NpV legt zunächst fest, welche Vergabeprüfstellen für die Vergabeverfahren der einzelnen in § 57a HGrG aufgeführten Auftraggeber zuständig sind. Gemäß § 2 NpV kann die Vergabeprüfstelle das Vergabeverfahren aussetzen; die Entscheidung ergeht schriftlich, ist zu begründen und wird der Vergabestelle und demjenigen, der den Verstoß geltend gemacht hat, zugestellt. Die Vergabeprüfstelle weist letzteren auf die Möglichkeit hin, den Vergabeüberwachungsausschuß anzurufen, und benennt den zuständigen Ausschuß.

10 — BGBl 1994 I, S. 321.
11 — BGBl. 1994 I, S. 324.

12. § 3 NpV betrifft schließlich die Tätigkeit der Vergabeüberwachungsausschüsse. Diese sind nach § 3 verpflichtet, den Gerichtshof nach Maßgabe des Artikels 177 anzurufen, wenn sie die Entscheidung einer Frage über die Auslegung des Vertrages oder über die Gültigkeit und Auslegung eines auf seiner Grundlage ergangenen Rechtsakts für erforderlich halten.

Sie sind außerdem gehalten, sich unter Beachtung der Grundsätze des Gesetzes zur Änderung des HGrG eine Geschäftsordnung zu geben, die das Verfahren vor dem Ausschuß regelt. Ihre Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten schriftlich und ist zu begründen. Nach § 3 Absatz 4 sind die Vergabeüberwachungsausschüsse anders als die Vergabeprüfstellen nicht zur Aussetzung eines Vergabeverfahrens befugt.

13. Die Geschäftsordnung des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes ist am 1. August 1995 in Kraft getreten und wurde nicht veröffentlicht. Die von der deutschen Regierung im vorliegenden Verfahren vorgelegte Fassung besteht aus fünf Abschnitten; sie regelt Organisation und Geschäftsverteilung, den Gang des Verfahrens, das aus einer schriftlichen und einer mündlichen Phase besteht, die Beschlüsse sowie andere technische Fragen, darunter einige die abschließende Entscheidung betreffende Formalitäten.

Diese Fassung der Geschäftsordnung scheint eine Änderung einer im Juni 1994 in Kraft getretenen früheren Fassung zu sein, die ebenfalls nicht veröffentlicht wurde. Nach den Ausführungen der Kommission, die diese — bezeichnenderweise nicht bestrittenen — Angaben in der mündlichen Verhandlung gemacht hat, weist die zur Zeit gültige im Vergleich zu der ursprünglichen Fassung einige Unterschiede auf, insbesondere im Hinblick auf die Öffentlichkeit und die Notwendigkeit einer Anhörung sowie bezüglich der Verfahrensfristen [12].

14. Im übrigen war die Durchführung der Vergaberichtlinien der Gemeinschaft vor kurzem Gegenstand zweier Urteile, mit denen der Gerichtshof festgestellt hat, daß die deutsche Regierung ihren Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag nicht nachgekommen ist. Die erste Feststellung einer Vertragsverletzung betraf die fehlerhafte Umsetzung der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge [13], während es bei der zweiten um die Nichtumsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ging [14].

Die Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie ist zur Zeit Gegenstand eines von der Komission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens [15]. Die Kommission wirft der deutschen Regierung im wesentlichen vor, daß die Nachprüfungsverordnung dem Bürger geringeren Schutz gewähre als die entsprechende Richtlinie vorschreibe.

Sachverhalt

15. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt ist anders als die Rechtslage einfach und läßt sich wie folgt zusammenfassen:

1995 schrieb die Bundesbaugesellschaft Berlin mbH (Vergabestelle) einen Dienstleistungsvertrag für Generalfachplanungsleistungen für Regierungsneubauten

12 — Die Kommission hat im übrigen zu verstehen gegeben, daß sie Zweifel hat, welche Fassung der Geschäftsordnung zur Zeit als gültig anzusehen ist. Sie führt nämlich aus, daß die einzige von der deutschen Regierung offiziell übermittelte Fassung diejenige vom Juni 1994 sei, die als amtliches Dokument im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vorgelegt worden sei, das die Kommission gemäß Artikel 169 gegen Deutschland eingeleitet habe (vgl. hierzu die folgenden Ausführungen), und die später nicht offiziell aktualisiert oder geändert worden sei.

13 — Urteil vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-433/93 (Kommission/Deutschland, Slg. 1995, I-2303); damals waren auf Lieferaufträge die Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 (ABl. L 127, S. 1) und auf Bauaufträge die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 (ABl. L 210, S. 1) anwendbar. Der Gerichtshof hat gemäß seiner ständigen Rechtsprechung die Vertragsverletzung unter Zugrundelegung der Rechtslage festgestellt, die bei Ablauf der von der Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist bestand (in dieser Rechtssache der 3. Februar 1993).

14 — Urteil vom 2. Mai 1996 in der Rechtssache C-253/95 (Kommission/Deutschland, Slg. 1996, I-2423).

15 — Das Schreiben vom 31. Dezember 1995 mit der Aufforderung zur Äußerung wurde in deutscher Sprache in ZIP 1995, S. 1940, veröffentlicht. Die mit Gründen versehene Stellungnahme wurde am 29. Juli 1996 übersandt (vgl. Pressemitteilung Nr. IP/96/614 der Kommission).

in Berlin aus [16]. Da es sich um geistigschöpferische Dienstleistungen handelte, entschied sich die Vergabestelle für ein Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung, wie es Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe c der Dienstleistungsrichtlinie zuläßt.

16. Die Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH (Antragstellerin) nahm an dem Wettbewerb teil und reichte am 25. August 1995 ein Angebot ein.

Die Vergabestelle prüfte die 18 eingegangenen Angebote und bezog sieben Bewerber, die für eine Beauftragung in Frage kamen, in die Wertung ein; dann beschloß sie, den Auftrag an zwei der anderen Unternehmen zu vergeben, die ein Angebot abgegeben hatten, und beauftragte sie, eine Arbeitsgemeinschaft zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen zu bilden. Der schriftliche Vertrag wurde am 12. Januar 1996 unterzeichnet, nachdem die Arbeitsgemeinschaft ihre Tätigkeit bereits aufgenommen hatte.

17. Die Antragstellerin war der Ansicht, daß ihr Ausschluß einen Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie sowie gegen die entsprechenden nationalen Vorschriften darstelle, und beantragte beim Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (als zuständiger Vergabeprüfstelle), das Vergabeverfahren vorläufig auszusetzen und die Vergabestelle zu verpflichten, ihr den Zuschlag zu erteilen. Sie stützte ihren Antrag darauf, daß die Vergabestelle ihr wiederholt sowohl ihre fachliche Kompetenz bestätigt habe sowie auch die Tatsache, daß ihr Angebot das preislich günstigste sei.

Durch Bescheid vom 20. Dezember 1995 erklärte sich die Vergabeprüfstelle für unzuständig und wies den Antrag ohne Sachprüfung zurück. Zur Begründung hieß es, die gesetzlich vorgesehene Rechtsverordnung des Bundes, mit der die Regierung die Zuständigkeit der Vergabeprüfstellen auch für die Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen hätte begründen sollen, sei noch nicht erlassen worden.

18. Die Mitteilung der Entscheidung der Vergabeprüfstelle enthielt eine Rechtsbehelfsbelehrung, derzufolge Antrag auf Entscheidung durch den Vergabeüberwachungsausschuß gestellt werden könne. Die Antragstellerin rief diesen Ausschuß an und beantragte, die Entscheidung der Vergabeprüfstelle, mit der diese sich für unzuständig erklärt hatte, aufzuheben, das Vergabeverfahren auszusetzen und die Vergabestelle zur Erteilung des Zuschlags an die Antragstellerin zu verpflichten; hilfsweise, den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die streitige Frage zu ersuchen.

16 — Veröffentlicht im *Amtsblatt Berlin* vom 23. Juni 1995 und im ABl. S 120, S. 166.

Der Vergabeüberwachungsausschuß hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Frage zu ersuchen, ob die von den Mitgliedstaaten gemäß der Nachprüfungsrichtlinie eingerichteten Instanzen nach Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie ab dem Zeitpunkt, zu dem diese in nationales Recht hätte umgesetzt werden müssen, auch Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nachprüfen können.

Diese Frage haben die Beteiligten sowohl in den schriftlichen Erklärungen als auch in der mündlichen Verhandlung lebhaft erörtert. Von Bedeutung ist, daß die Antragstellerin selbst, die (wenn auch nur hilfsweise) ausdrücklich beantragt hatte, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung über die streitige Frage zu ersuchen, eingeräumt hat, daß der Vergabeüberwachungsausschuß *kein Gericht* im Sinne von Artikel 177 sei; sie hat dem Gerichtshof dennoch vorgeschlagen, die vorgelegte Frage zu beantworten, allerdings aufgrund von nicht ganz widerspruchsfreien Erwägungen zum Schutz des Bürgers und seines Rechts auf einen effektiven *gerichtlichen* Rechtsschutz.

Zur Zulässigkeit

19. Vor einer sachlichen Erörterung der Vorlagefrage ist zu prüfen, ob der Gerichtshof befugt ist, über die Vorlage des Vergabeüberwachungsausschusses zu entscheiden. Die soeben dargestellte Rechtslage, auf der dieser Ausschuß beruht, wie auch die Rechtsvorschriften, die seine Tätigkeit regeln, lassen erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob diese Einrichtung als „Gericht" im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag bezeichnet werden kann, ob also die Frage zulässig ist [17].

Die Kommission hält die Frage so eindeutig für unzulässig, daß sie inhaltlich gar nicht auf sie eingeht. Die deutsche Regierung vertritt die Auffassung, daß die besagte Stelle ein Gericht im Sinne von Artikel 177 sei. Sie hat jedoch in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich eingeräumt, daß sie Verfahren zur Änderung der einschlägigen Vorschriften eingeleitet habe, um u. a. die Erhebung von Klagen gegen Entscheidungen der Vergabeüberwachungsausschüsse bei den ordentlichen Gerichten zu ermöglichen mit dem Ziel, den Betroffenen einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren [18].

17 — Ich möchte betonen, daß mit dieser Würdigung nur festgestellt werden soll, ob die subjektiven Voraussetzungen für eine Entscheidung des Gerichtshofes über die vorgelegte Frage vorliegen, nicht jedoch, ob die Nachprüfungsrichtlinie richtig umgesetzt wurde, was unter Umständen Gegenstand eines anderen Verfahrens sein könnte. Gewiß weist das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren, in dem es um die fehlerhafte Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie durch die deutsche Regierung geht, Ähnlichkeiten mit dem vorliegenden Fall auf; es gibt aber auch Unterschiede, so daß man beide sowohl formell als auch materiell streng auseinanderhalten sollte.

18 — Die Kommission, die in der mündlichen Verhandlung auf diesen Umstand hingewiesen hat, sieht darin einen weiteren Beleg dafür, daß die Vergabeüberwachungsausschüsse in ihrer derzeitigen Form keine Gerichte seien; diese Schlußfolgerung wird dagegen von der deutschen Regierung gerügt, die ebenfalls in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten hat, daß diese Änderungen lediglich einige Verbesserungen an einem unter dem Gesichtspunkt des gerichtlichen Rechtsschutzes bereits zufriedenstellenden System bewirken sollten; sie verweist im übrigen darauf, daß diese Angaben im Rahmen eines anderen, unterschiedlichen Verfahrens gemacht worden seien.

20. Zunächst ist bemerkenswert, daß das nationale Recht selbst den besagten Ausschuß (und die Vergabeüberwachungsausschüsse der Länder) als „gerichtsähnliche Einrichtungen" und nicht als Gerichte im eigentlichen Sinne bezeichnet [19].

Dieser Umstand ist zwar an und für sich nicht ausschlaggebend, da der Begriff des Gerichts im Sinne von Artikel 177 ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff ist [20], unter den der Gerichtshof (gelegentlich) auch Stellen subsumiert hat, die nach nationalem Recht keine Gerichte waren [21], jedoch müssen dann das Wesen der Stelle und die Art und Weise, wie sie ihre Aufgaben wahrzunehmen hat, im einzelnen untersucht werden, vor allem um festzustellen, ob die Stelle jeweils die organisatorischen und funktionellen Merkmale aufweist, von denen es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes abhängt, ob eine Stelle, die kein Gericht ist, dennoch unter Artikel 177 fallen kann.

19 — Vgl. die Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des HGrG, mit dem die §§ 57a bis 57c eingefügt wurden (BT-Drucksache 12/4636, S. 12). Dies ist im übrigen verständlich, wenn man die Besonderheiten des deutschen Verfassungsrechts berücksichtigt. Die Einrichtung eines Bundes-„Gerichts" im eigentlichen Sinne durch Änderung eines einfachen Gesetzes (wie des HGrG) hätte nämlich (zumindest hinsichtlich der Errichtung des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes) einen Verstoß gegen das geltende Verfassungsrecht dargestellt, da das Grundgesetz (Artikel 95 und 96) eine abschließende Aufzählung der Bundesgerichte enthält, die nur durch Verfassungsänderung geändert werden kann.

20 — Aus Gründen der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts kann er sich nicht nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten bestimmen (vgl. bereits allgemein Urteil vom 1. Februar 1972 in der Rechtssache 49/71, Hagen, Slg. 1972, 23).

21 — Vgl. z. B. bereits Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65 (Vaassen-Göbbels, Slg. 1966, 584).

21. Ich möchte daher zunächst kurz — soweit hier von Bedeutung — die Entwicklung dieser Rechtsprechung darstellen, wobei zu betonen ist, daß diese anhand der einzelnen behandelten Fälle entwickelt wurde und sich dabei nie eine allgemeine und umfassende Definition des Gerichtsbegriffs im Sinne von Artikel 177 herausgebildet hat.

22. Der erste Fall betraf ein niederländisches Berufsschiedsgericht (das Scheidsgerecht), das den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung ersucht hatte, dabei jedoch selbst ausgeführt hatte, es sei kein Gericht im Sinne des eigenen nationalen Rechts. In dem bekannten Urteil Vaassen-Göbbels [22] erklärte sich der Gerichtshof für zuständig, über die vorgelegten Fragen zu entscheiden, und kam im konkreten Fall zu dem Ergebnis, daß die vorlegende Instanz die Merkmale eines Gerichts im Sinne von Artikel 177 aufweise.

Der Gerichtshof berücksichtigte insbesondere folgende Umstände: Das Scheidsgerecht war eine nach niederländischem Recht ordnungsgemäß gebildete ständige Einrichtung, die über Streitsachen zu entscheiden hatte; das Streitverfahren vor ihm unterlag Vorschriften, die den für die allgemeinen Gerichte geltenden entsprachen, und es hatte nach Rechtsnormen zu entscheiden. Darüber hinaus mußten sich die Mitglieder der betreffenden Berufskasse bei Streitigkeiten mit ihrem Versicherer an das Scheidsgerecht wenden. Schließlich hatte der zuständige

22 — A. a. O., Fußnote 21.

Minister die Mitglieder dieser Einrichtung zu ernennen, den Vorsitzenden zu bestimmen und die Verfahrensordnung zu erlassen [23].

23. Damit zeigte der Gerichtshof von Anfang an, daß er bei der Qualifizierung einer vorlegenden Stelle als Gericht im Sinne des EG-Vertrages nicht ihrer Bezeichnung, sondern ihren wesentlichen Merkmalen (wie gesetzliche Grundlage, ständige Einrichtung, obligatorische Gerichtsbarkeit, Existenz transparenter Verfahrensvorschriften und Anwendung von Rechtsnormen) ausschlaggebende Bedeutung beimißt. Diesem Ansatz ist voll und ganz zuzustimmen, insbesondere in Anbetracht des geschichtlichen Kontextes, in dem er entwickelt wurde. Zum Zeitpunkt des Urteils Vaassen-Göbbels funktionierte der Mechanismus der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gemeinschaftsgericht nämlich erst seit kurzem, und der Gerichtshof war sich dessen bewußt, daß ein Anreiz geschaffen werden mußte, auf dieses Verfahren zurückzugreifen, um die Verbreitung und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, und zwar auch mit Hilfe einer — falls erforderlich — weiten Auslegung des Begriffes der zur Anrufung des Gerichtshofes befugten Einrichtung.

24. In diesem Lichte sind auch einige spätere Urteile auf diesem Gebiet zu sehen, so z. B. das Urteil Broekmeulen [24], in dem der Gerichtshof eine Frage als zulässig erachtet hat, die ihm ein (niederländischer) Ausschuß vorgelegt hatte, der über Klagen gegen die Verweigerung der Anerkennung als Arzt oder der Eintragung in das entsprechende Berufsregister zu entscheiden hatte. Auch in diesem Fall stellte der Gerichtshof fest, daß der betreffende Ausschuß einige organisatorische und funktionelle Merkmale aufwies, die auf eine gerichtliche Funktion seiner Tätigkeit schließen ließen. So maß der Gerichtshof ausdrücklich dem ständigen Charakter des Ausschusses, der Mitwirkung der Behörden bei seiner Zusammensetzung, der Geschäftsordnung, die ein kontradiktorisches Verfahren vorsah, der Ausschließlichkeit seiner Zuständigkeit und schließlich der Endgültigkeit seiner Entscheidungen Bedeutung bei. Da der Ausschuß im übrigen das Gemeinschaftsrecht anzuwenden hatte, auf das sich die Kläger beriefen, entschied der Gerichtshof, daß die vorgelegte Frage auch im Interesse der praktischen Wirksamkeit desselben zu beantworten war.

25. Unter demselben Aspekt ist die Rechtsprechung zu sehen, die auf das Urteil Simmenthal [25] zurückgeht. Damals war der Gerichtshof im Rahmen eines Mahnverfahrens vom Pretore von Alessandria angerufen worden. Die italienische Regierung hatte die Ansicht vertreten, der Gerichtshof sei für die Beantwortung der Fragen des Pretore nicht zuständig, weil es

23 — Auch in der jüngeren Rechtsprechung hat der Gerichtshof daran festgehalten, daß Berufsschiedsgerichte, die die vorstehenden Voraussetzungen erfüllen, Gerichte im Sinne von Artikel 177 sind. Vgl. in diesem Sinne z. B. das Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 (Danfoss, Slg. 1989, 3199), in dem er festgestellt hat, daß die vorlegende Einrichtung, im konkreten Fall ein dänisches Schiedsgericht zur Auslegung von Tarifverträgen, durch Gesetz geschaffen worden war (das auch im einzelnen die Zusammensetzung des Gerichts, die Zahl der von den Parteien zu bestellenden Mitglieder sowie die Bestellung des Obmanns regelte), daß es ausschließlich für die letztinstanzliche Entscheidung der entsprechenden Streitigkeiten zuständig war und nur von einer der Parteien, auch ohne die Zustimmung der anderen Partei, angerufen werden konnte. Generalanwalt Lenz hatte hierzu ausgeführt, daß diese Einrichtung außerdem Rechtsnormen wie diejenigen der gültigen Tarifverträge anzuwenden hatte.

24 — Urteil vom 6. Oktober 1981 in der Rechtssache 246/80 (Slg. 1981, 2311); vgl. hierzu auch die folgenden näheren Erläuterungen, Nrn. 39 und 40.

25 — Urteil vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 70/77 (Slg. 1978, 1453, Randnr. 10).

an der Voraussetzung eines streitigen Verfahrens fehle, und verwies auf die Befugnis des Richters, im Rahmen dieses Verfahrens allein aufgrund des Vorbringens des Klägers zu entscheiden. Hierzu hat der Gerichtshof im Anschluß an die Feststellung, daß der Pretore „eine richterliche Tätigkeit im Sinne des Artikels 177 ausübt", ausgeführt, daß seine Zuständigkeit für ein Vorabentscheidungsersuchen nicht davon abhänge, ob das Verfahren, in dem der einzelstaatliche Richter eine Vorlagefrage abfaßte, streitigen Charakter aufweise; er hat jedoch hinzugefügt, daß „es gegebenenfalls im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegen [kann], daß die Vorlagefrage erst im Anschluß an eine streitige Verhandlung vorgelegt wird" [26]. Mit anderen Worten: Der Gerichtshof hat festgestellt, daß der Umstand, daß die Frage vor einer (eventuellen) streitigen Verhandlung vorgelegt wurde, immer dann, wenn die Gerichtseigenschaft der vorlegenden Einrichtung unstreitig ist, nicht gegen die Zulässigkeit der Vorlage spricht.

26. Im Rahmen dieser großzügigen Auslegung versäumte es der Gerichtshof jedoch nicht, dem Begriff des Gerichts im Sinne des EG-Vertrages einige klar bestimmte Grenzen zu ziehen. Im Beschluß Borker [27], der später im Beschluß Regina Greis Unterweger [28] bestätigt wurde, führte er nämlich aus, daß er nur von einem Gericht befaßt werden könne, das zu einer Entscheidung „im Rahmen eines Verfahrens aufgerufen ist, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt" [29]. In diesen beiden Fällen, in denen es um den Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris (bei dem ein dort zugelassener Rechtsanwalt beantragt hatte, ihm eine Bescheinigung zur Vorlage in einem bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats anhängigen Rechtsstreit auszustellen) bzw. die italienische Commissione consultiva per le infrazioni valutarie (die beim Schatzministerium eine unverbindliche begründete Stellungnahme abzugeben hatte) ging, entschied der Gerichtshof, daß diese Voraussetzung nicht erfüllt war [30].

27. Einen anderen Gesichtspunkt hat der Gerichtshof später erläutert, daß nämlich die vorlegende Stelle auf jeden Fall unabhängig sein muß, wenn sie unter den Begriff des Gerichts im Sinne des Artikels 177 fallen soll. Dieses Kriterium ist — vielleicht, weil es dem Wesen der richterlichen Funktion innewohnt — erst im Urteil Corbiau zum ersten Mal ausdrücklich genannt worden, in dem sich der Gerichtshof für unzuständig erklärt hat, weil die vorlegende Stelle zwar nach nationalem Recht ein Gericht war, nach Ansicht des Gerichtshofes aber keine hinreichenden Garantien dafür bot, daß sie gegenüber den Parteien des Rechtsstreits, über den sie zu entscheiden hatte, die Eigenschaft eines Dritten hatte [31]. Es handelte sich um den Directeur des contributions directes et des accises Luxemburgs, der nach dortigem Recht für die Entscheidung über Streitigkeiten zwischen Steuerpflichtigen und den Dienststellen, die die Steuerbescheide erließen (deren Direktor er war), zuständig war.

26 — Urteil Simmenthal, Randnr. 10.

27 — Beschluß vom 18. Juni 1980 in der Rechtssache 138/80 (Slg. 1980, 1975).

28 — Beschluß vom 5. März 1986 in der Rechtssache 318/85 (Slg. 1986, 955).

29 — Urteil Borker, zitiert in Fußnote 27, Randnr. 4.

30 — Vgl. in diesem Sinne aus neuerer Zeit das Urteil vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-111/94 (Job Centre, Slg. 1995, I-3361), das im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangen ist, in dem es um einen Antrag auf Genehmigung der Gründungsurkunde einer Gesellschaft zum Zweck ihrer Eintragung in das Handelsregister ging. Der Gerichtshof hat die Auffassung vertreten, daß das Tribunale Mailand, das vorgelegt hatte, in diesem Rahmen nicht als Gericht, sondern als Verwaltungsbehörde fungierte.

31 — Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-24/92 (Slg. 1993, I-1277). Einige mehr oder weniger deutliche Hinweise auf das Kriterium der Unabhängigkeit finden sich allerdings bereits in früheren Entscheidungen, so z. B. in der Begründung des Urteils Pretore di Salò, in dem der Gerichtshof u. a. die Unabhängigkeit des vorlegenden Richters geprüft hat und zu dem Ergebnis gelangt ist, daß es sich um ein Gericht im Sinne von Artikel 177 handelte (Urteil vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86, Slg. 1987, 2545, Randnr. 7).

Das Kriterium der Unabhängigkeit war auch in der Rechtssache Asociación Española de Banca Privada [32] ausschlaggebend, führte hier jedoch zum entgegengesetzten Ergebnis. In diesem Fall ging es um das spanische Tribunal de Defensa de la Competencia; Generalanwalt Jacobs hatte in seinen Schlußanträgen eine Reihe von Gesichtspunkten angeführt, aus denen sich ergab, daß das Tribunal ein Gericht im Sinne von Artikel 177 war, so den streitigen Charakter des vom Gesetz klar ausgestalteten Verfahrens, die unabhängige Amtsausübung seiner Mitglieder sowie ihre Unabsetzbarkeit [33]. In dem entsprechenden Urteil ist der Gerichtshof auf dieses Problem nicht eingegangen; daß er die Frage beantwortet hat, läßt aber darauf schließen, daß er sich der Auffassung des Generalanwalts stillschweigend angeschlossen hat.

28. Aus dieser Rechtsprechung wird deutlich, daß der Gerichtshof den Begriff des Gerichts im Sinne von Artikel 177 zwar nicht allgemein definiert, jedoch eine Reihe von wesentlichen Voraussetzungen aufgestellt hat, bei deren Vorliegen eine Stelle zur Vorlage von Vorabentscheidungsfragen befugt ist.

Diese Voraussetzungen betreffen die Errichtung der Stelle, die durch Gesetz und nicht durch eine Vereinbarung der Parteien erfolgt sein muß, ihre Verbindung zur öffentlichen Gewalt, ihre ständige Einrichtung in dem Sinne, daß sie nicht nur gelegentlich eine rechtsprechende Funktion ausüben muß, ihre Zuständigkeit für die Entscheidung von Streitigkeiten, wobei diese Entscheidung justizförmig sein muß, die Durchführung eines dem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ähnlichen Verfahrens vor der betreffenden Stelle, das sich (im Rahmen der oben dargestellten Grenzen) durch eine streitige Verhandlung auszeichnen muß, die Anwendung von Rechtsnormen durch diese Stelle (die also nicht nach Billigkeit entscheiden darf), die obligatorische Gerichtsbarkeit, was bedeutetet, daß es keine anderen Rechtsbehelfe geben darf, und schließlich die Unabhängigkeit der Stelle, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt ihrer Eigenschaft als Dritter gegenüber den Parteien des Rechtsstreits als auch unter dem Gesichtspunkt der Unabsetzbarkeit ihrer Mitglieder.

29. Somit ist zu prüfen, ob der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes diejenigen Merkmale aufweist, die auf die Ausübung einer richterlichen Funktion in dem Sinne schließen lassen, wie es der Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag verlangt.

Wie bereits erwähnt, vertritt die Kommission die Auffassung, daß der Vergabeüberwachungsausschuß keine der in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Voraussetzungen erfülle. Vor allem sei der Vergabeüberwachungsausschuß durch ein objektivrechtliches Gesetz geschaffen worden (ein solches stelle das Zweite Gesetz zur Änderung des HGrG dar), das keine subjektiven Rechte und Pflichten der Bürger begründe und durch Verordnungen ergänzt werden müsse; darüber hinaus könne dem Vergabeüberwachungsausschuß in Fällen wie

32 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-67/91 (Slg. 1992, I-4785).

33 — Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs vom 10. Juni 1992 (Slg. 1992, I-4806, Nr. 11).

dem vorliegenden, in denen es keine zuständige untergeordnete Nachprüfungsinstanz gebe, leicht ihre Rechtsgrundlage „entzogen" werden, so daß sie nicht mehr entscheiden könne. Die Kommission rügt außerdem folgendes: Die vorlegende Stelle entscheide nicht in einem streitigen Verfahren, wie sich aus der Begründung ihrer ersten Entscheidung ergebe [34]; das Verfahren regle sich nach der Geschäftsordnung, die nicht veröffentlicht worden sei und jederzeit autonom geändert werden könne; es gebe keine Rechtsvorschriften, die ihren Entscheidungen bindende Wirkung verliehen; sie sei kein unabhängiges Organ, da sie in die personelle und organisatorische Struktur des Bundeskartellamts eingebunden sei, das selbst eine Verwaltungsbehörde und jedenfalls kein Gericht sei; für ihre beamteten Mitglieder und den Vorsitzenden sei gesetzlich keine Mindestamtszeit festgelegt.

30. In Anbetracht des Wesens des Vergabeüberwachungsausschusses, der Gesetzgebungstechnik, auf die bei seiner Einrichtung zurückgegriffen wurde, und vor allem der Art und Weise der Ausübung seiner Tätigkeit muß ich zugeben, daß ich der Auffassung der Kommission zumindest in einigen Punkten zustimme, die ich im übrigen für besonders wichtig halte.

Zunächst glaube ich nicht, daß die Rechtsnormen, die für das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabeüberwachungsausschüssen gelten, denen entsprechen, die die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte regeln. Im Gegenteil — der Umstand, daß nach den gesetzlichen Vorschriften jeder Ausschuß sich seine Geschäftsordnung selbst geben und diese autonom ändern kann, ja daß nicht einmal deren Veröffentlichung vorgeschrieben ist, läßt mich zu der Überzeugung gelangen, daß Transparenz und Rechtssicherheit im vorliegenden Fall nicht in dem für ein Gerichtsverfahren erforderlichen Umfang gewährleistet sind.

31. Ich beziehe mich damit wohlgemerkt nicht nur darauf, daß sich die Parteien nicht in einem streitigen Verfahren gegenübertreten, obwohl dies in der Praxis mittlerweile erwiesen ist. Wichtiger ist meiner Ansicht nach, daß die „funktionellen" Mindestvoraussetzungen fehlen, die ein Verfahren mit Rechtsprechungscharakter im Sinne des Urteils Vaassen-Göbbels kennzeichnen [35]. Wie schon gesagt, wurde im Fall Vaassen-Göbbels die Verfahrensordnung, die den Ablauf des Verfahrens vor der vorlegenden Instanz regelte, vom zuständigen Minister genehmigt, so daß kein Zweifel an der Bestimmtheit, Transparenz und Publizität der anwendbaren Verfahrensvorschriften bestehen konnte. Diesem Umstand, auf den im übrigen ausdrücklich hingewiesen wurde, haben sowohl der Generalanwalt als auch der Gerichtshof Rechnung getragen, so daß sie zu dem Ergebnis gelangten: „Das Streitverfahren vor [dieser Einrichtung] unterliegt

34 — Beschluß vom 2. August 1994 (veröffentlicht in *EU Public contract law* Nr. 3/94, S. 47 ff.), in der der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes festgestellt hat, daß er nicht in einem kontradiktorischen Verfahren tätig werde und daß es sich bei Anträgen der Beteiligten nur um Anregungen für seine Entscheidungsfindung handele.

35 — Selbstverständlich wollte der Gerichtshof, als er (im Rahmen der oben aufgezeigten Grenzen) im Urteil Simmenthal der spezifischen Voraussetzung des streitigen Verfahrens etwas weniger Bedeutung beigemessen hat, damit gewiß nicht auch auf die allgemeinere Voraussetzung verzichten, daß das Verfahren Rechtsprechungscharakter haben muß. Es handelt sich dabei nämlich um eine Grundvoraussetzung, deren Bedeutung nicht nur ausdrücklich im Urteil Vaassen-Göbbels angesprochen wird, sondern sie ist Bestandteil der Konzeption, die auch den anderen Entscheidungen des Gerichtshofes auf diesem Gebiet zugrunde liegt.

Vorschriften, *die den für die allgemeinen Gerichte geltenden entsprechen*" [36].

32. Im vorliegenden Fall sind ähnliche Verfahrensgarantien jedoch schwerlich zu erkennen; selbst wenn es sie geben sollte, können sie auf „undurchsichtige" Weise und autonom von der entscheidenden Stelle selbst geändert werden, was meiner Ansicht nach gegen wesentliche Erfordernisse der Rechtssicherheit verstößt. Hierfür sprechen auch die Bedenken, die die Kommission hinsichtlich der zur Zeit gültigen Fassung der Geschäftsordnung — auf die bereits hingewiesen wurde — vorgebracht hat und die darauf zurückzuführen sind, daß die von der deutschen Regierung im vorliegenden Verfahren vorgelegte Fassung von der im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens eingereichten Fassung abweicht.

Unter diesen Umständen glaube ich nicht, daß man das Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabeüberwachungsausschuß als justizförmiges Verfahren in dem Sinne bezeichnen kann, wie es der Gerichtshof verlangt. Selbst mit einer großzügigen Konzeption, wie sie dem Urteil Vaassen-Göbbels zugrunde liegt, läßt sich der vorliegende Fall nicht erfassen.

36 — Vgl. Urteil Vaassen-Göbbels, zitiert in Fußnote 21, Punkt I (Hervorhebung von mir), sowie die Schlußanträge des Generalanwalts Gand in dieser Rechtssache, wo es heißt, daß das „Verfahren justizförmig" ist (Slg. 1966, 612).

33. Außerdem habe ich schwerwiegende Bedenken an der Unabhängigkeit der in Rede stehenden Stelle, zumindest unter dem Gesichtspunkt der Unabsetzbarkeit ihrer Mitglieder.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang § 57c Absatz 7 HGrG, den ich des besseren Verständnisses wegen noch einmal in Erinnerung rufe: Die beamteten Mitglieder des Vergabeüberwachungsausschusses sind Vorsitzende und Beisitzer von Beschlußabteilungen des Bundeskartellamts; die Aufgaben der Vorsitzenden von Kammern werden von Vorsitzenden der Beschlußabteilungen wahrgenommen. Der Präsident des Bundeskartellamts ernennt die ehrenamtlichen Beisitzer, regelt die Besetzung und die Bildung der Kammern und führt im Auftrag der Regierung die Dienstaufsicht über den Vergabeüberwachungsausschuß [37]. Der Ausschuß stützt sich im übrigen auch materiell auf die Strukturen und Dienste des Bundeskartellamts.

34. Mit anderen Worten, die beamteten Mitglieder des Ausschusses gehören dem Bundeskartellamt an und bleiben formell dessen Beamte. Praktisch bedeutet das, daß

37 — Die Dienstaufsicht beschränkt sich auf die Befugnis zum Vorhalt und zur Ermahnung, so daß sie sich nach der Lehre nicht auf den Inhalt der justizförmigen Entscheidungen erstrecken dürfte. Die Rechtsprechung scheint diese Auffassung zu bestätigen, obwohl es in Fällen offensichtlicher Fehler auch Ausnahmen gibt. Vgl. dazu § 26 Absätze 1 und 2 DRiG, wo es heißt, daß die Dienstaufsicht die Unabhängigkeit der Richter nicht beeinträchtigen darf; diese beiden Absätze sind im vorliegenden Fall anwendbar, dagegen gilt für die beamteten Mitglieder nicht § 26 Absatz 3 DRiG, der ein Recht des Richters vorsieht, gegen Maßnahmen der Dienstaufsicht ein Gericht anzurufen (§ 57c Absatz 3).

sie gleichzeitig die Aufgaben eines Mitglieds des Vergabeüberwachungsausschusses und die eines Beamten des Bundeskartellamts wahrnehmen. Darüber hinaus enthalten die Rechtsnormen, durch die diese Stelle geschaffen wurde, keine Vorschriften über die Dauer der Amtszeit ihrer beamteten Mitglieder; der Umstand, daß die Dauer der Amtszeit der ehrenamtlichen Mitglieder ausdrücklich festgelegt wurde (fünf Jahre) [38], läßt darauf schließen, daß es sich dabei nicht um ein bloßes Versehen gehandelt hat.

Dies alles beweist, daß es keine Garantien hinsichtlich der Unabsetzbarkeit, ja nicht einmal hinsichtlich einer bestimmten Amtszeit der Mitglieder der Stelle gibt, was eine unverzichtbare Voraussetzung für die Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit wäre. Im Gegenteil können sie jederzeit durch rein interne Organisationsmaßnahmen dieses „zusätzlichen" Amtes enthoben und wieder ihren „normalen" Aufgaben zugewiesen werden. Zwar sind, wie wir gesehen haben, auf die Mitglieder des Vergabeüberwachungsausschusses einige die ständige Berufung und Unabhängigkeit der Richter betreffende Vorschriften des DRiG analog anwendbar [39], jedoch gelten für sie nicht diejenigen Vorschriften des DRiG, die gerade das Recht der Richter schützen, sich gegen ihre Abberufung oder Versetzung zu wehren, so daß der Präsident des Bundeskartellamts sie jederzeit frei „absetzen" kann.

35. Ich halte § 57c Absatz 3, wonach die Mitglieder des Ausschusses unabsetzbar und unabhängig sind, für eine Petitio principii, die nicht ausreicht, um eine andere Sichtweise zu begründen, da sie dadurch widerlegt wird, daß die Mitglieder dieses Ausschusses faktisch, auch in funktioneller Hinsicht, weiterhin der Verwaltung angehören. Ich halte ein solches System, bei dem einer begrenzten Anzahl von Beamten vorübergehend zur Ausübung bestimmter Funktionen die Richtereigenschaft zuerkannt und auf sie eine ebenso beschränkte Anzahl der für Richter geltenden Vorschriften angewandt wird — mit Ausnahme jedoch der Garantien, die normalerweise für die Abberufung und die Versetzung von Richtern gelten —, für zu kompliziert und zu wenig transparent, als daß konkret der erforderliche Bestand des Amtes gewährleistet wäre, der die Unabhängigkeit des Richters sichert.

36. Weitere Zweifel könnten ferner unter dem besonderen Aspekt der Unparteilichkeit des Vergabeüberwachungsausschusses bei der Entscheidung über die in seine Zuständigkeit fallenden Rechtsstreitigkeiten bestehen. Der Ausschuß ist nämlich, wie wir gesehen haben, ein Teil des Bundeskartellamts, also der Verwaltung, und soll dennoch über Rechtsstreitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge — also zwischen der Verwaltung und den Bürgern — entscheiden. Schon deshalb dürfte von einer Eigenschaft als Dritter, also von Unabhängigkeit, eigentlich keine Rede sein. Es sei denn, man verstünde unter der von Richtern geforderten Unabhängigkeit die moralischen Eigenschaften

38 — § 57c Absatz 2 HGrG.
39 — Vgl. oben, Fußnote 7.

der natürlichen Personen, die das Gericht bilden [40].

37. Schließlich kann ich der Kommission auch in einem weiteren, ebenfalls entscheidenden Punkt zustimmen. In den Rechtsvorschriften über die Einrichtung des Vergabeüberwachungsausschusses finden sich keine Vorschriften über die Rechtswirkungen seiner Entscheidungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer bindenden Wirkung. Da es sich um eine Stelle handelt, die nach nationalem Recht kein Gericht ist, greift auch nicht der allgemeine Grundsatz, daß justizförmige Entscheidungen bindende Wirkung haben. Angesichts fehlender ausdrücklicher Vorschriften läßt der Umstand, daß diese Instanz mit der sogenannten „haushaltsrechtlichen Lösung" in der erklärten Absicht geschaffen wurde, den Teilnehmern an Ausschreibungen keine subjektiven Rechte zu verleihen [41], Zweifel an der Verbindlichkeit ihrer Entscheidungen aufkommen [42].

Diese Erwägung weckt weitere Bedenken hinsichtlich der Justizförmigkeit der Entscheidungen, die der betreffende Ausschuß zu erlassen hat; es ist somit fraglich, ob dieser die Merkmale eines Gerichts im Sinne des Artikels 177 aufweist.

38. Nach alledem bin ich daher der Auffassung, daß der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensgarantien und der Unabhängigkeit nicht die Merkmale aufweist, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 auszeichnen; die von ihm zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage ist somit unzulässig.

39. Dem ließe sich entgegenhalten, daß der Gerichtshof immer dann, wenn es für den einzelnen, der sich auf Gemeinschaftsrecht beruft, keinen anderen Rechtsbehelf als die Anrufung der vorlegenden Stelle gibt, auf jeden Fall entscheiden müßte, um zum einen zu verhindern, daß der Kläger ohne effektiven Rechtsschutz bleibt, und um zum anderen die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen.

Dies ist im wesentlichen die Auffassung der Antragstellerin. Wie bereits erwähnt, führt sie zwar aus, daß der Vergabeüberwachungsausschuß kein Gericht im Sinne des Artikels 177 sei, schlägt dem Gerichtshof aber vor,

40 — Vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil Corbiau, a. a. O (Fußnote 31). Zwar stand die vorlegende Stelle damals gerade mit den Dienststellen in Verbindung, die den streitigen Steuerbescheid erlassen hatten; die Konzeption, die der Auffassung des Gerichtshofes (sowie den Schlußanträgen des Generalanwalts Darmon) zugrunde liegt, unterscheidet sich jedoch nicht von derjenigen, die auch im vorliegenden Fall gelten sollte, da der Vergabeüberwachungsausschuß auf jeden Fall Bestandteil der Verwaltung ist und somit in dem Rechtsstreit zwischen der Verwaltung und einem Bürger nicht die Eigenschaft eines Dritten hat.

41 — Vgl. die Begründung des Entwurfs zur Änderung des HGrG (BT-Drucksache 12/4636, S. 12).

42 — Vgl. die Bedenken der Lehre in dieser Hinsicht, insbesondere Boesen, EuZW 1996, S. 586, der ausführt, daß die Entscheidungen des Vergabeüberwachungsausschusses keine Vollstreckungstitel seien; vgl. hierzu auch die an die deutsche Regierung gerichtete Aufforderung zur Äußerung und die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission in dem bereits mehrfach erwähnten Vertragsverletzungsverfahren.

darüber hinwegzusehen und die vorgelegte Frage doch zu beantworten, weil eine andere Lösung sie letztlich benachteiligen würde. Für diese Auffassung könnte das Urteil Broekmeulen sprechen, in dem der Gerichtshof die Frage einer Einrichtung einer Berufsorganisation, die über Streitigkeiten über die Eintragung in das entsprechende Berufsregister zu entscheiden hatte, als zulässig angesehen und folgendes ausgeführt hat: „[Ein] Streitsachenausschuß, der seine Aufgaben mit Zustimmung und unter Mitwirkung der Behörden wahrnimmt und dessen in einem streitigen Verfahren getroffene Entscheidungen faktisch als endgültig hingenommen werden, so daß es auf einem Gebiet, das die Anwendung des Gemeinschafsrechts betrifft, in der Praxis keinen effektiven Rechtsbehelf zu den ordentlichen Gerichten gibt, [muß] als ein Gericht eines Mitgliedstaats im Sinne von Artikel 177 EWG-Vertrag angesehen werden." [43]

40. Ich kann mich der Auffassung der Antragstellerin nicht anschließen; das Urteil Broekmeulen beweist zu viel. Die subjektiven und objektiven Voraussetzungen für das Funktionieren des mit Artikel 177 EG-Vertrag geschaffenen Systems der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gemeinschaftsrichter dürfen nicht von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängen. Ist eine Stelle kein Gericht, so wird sie es nicht deshalb, weil es nichts Besseres gibt. Wollte man eine andere Auffassung vertreten und das Urteil Broekmeulen in diesem Sinne auslegen, so würde einem Merkmal des Verfahrenssystems, in das die Stelle eingegliedert ist, und nicht den Merkmalen der Stelle selbst ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, so daß es dann gar nicht mehr darauf ankäme, ob die vom Gerichtshof ausdrücklich festgelegten Voraussetzungen gegeben sind oder nicht.

41. Doch selbst wenn man dies alles einmal als richtig unterstellen wollte, so bleibt es dabei, daß wir es hier mit einem ganz anderen Fall zu tun haben. Die entscheidende Voraussetzung des Urteils Broekmeulen war, wie gesagt, daß es für den Bürger, der sich auf gemeinschaftsrechtliche Vorschriften beruft, „in der Praxis keinen effektiven Rechtsbehelf zu den ordentlichen Gerichten gibt".

In unserem Fall wird dem Teilnehmer an einer Ausschreibung, der glaubt, zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden zu sein, jedoch ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, auf den Ersatz des ihm eventuell entstandenen Schadens zu klagen; schon diese Möglichkeit könnte grundsätzlich einen ausreichenden Rechtsbehelf darstellen.

42. Darüber hinaus scheinen sich die deutschen ordentlichen Gerichte auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung und trotz Bedenken der Lehre bei Klagen von Teilnehmern an einer Ausschreibung wegen eines angeblichen Verstoßes gegen geltende (auch) gemeinschaftsrechtliche Vorschriften letztendlich für zuständig zu halten. Dies bestätigen zwei neuere Beschlüsse des Kammer-

43 — Urteil Broekmeulen, zitiert in Fußnote 24, Randnr. 17.

gerichts Berlin, in denen dieses Anträge auf Sicherungsmaßnahmen, mit denen von Ausschreibungen ausgeschlossene Bieter die Aussetzung des Vergabeverfahrens begehrten, für zulässig erklärt, in der Sache jedoch zurückgewiesen hat [44].

Dem ist hinzuzufügen, daß die deutsche Regierung — wie bereits erwähnt — der Kommission mitgeteilt hat, sie habe Verfahren eingeleitet, um die deutschen Rechtsvorschriften mit den Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie in Einklang zu bringen; im Rahmen dieser Änderungen sei u. a. ausdrücklich vorgesehen, daß gegen die Entscheidungen der Vergabeüberwachungsausschüsse ein Rechtsbehelf zu den ordentlichen Gerichten eröffnet werden solle [45].

43. Unter diesen Umständen ist es unter dem oben dargestellten Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes des einzelnen nicht problematisch und steht überdies ganz im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wenn man den genannten Ausschuß nicht als Gericht im Sinne von Artikel 177 ansieht.

Ich glaube im Gegenteil, daß die von mir vorgeschlagene Lösung — also Unzuständigkeit des Gerichtshofes für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen — eine Perspektive eröffnet, die über den Einzelfall hinausgeht und das Recht des einzelnen auf einen Schutz, der nur effektiv sein kann, wenn es ein gerichtlicher Schutz ist, in höherem Maße gewährleistet. Diese Lösung beruht ganz offensichtlich auf der Überzeugung, daß einzig und allein diejenigen Instanzen als Gerichte im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag anerkannt werden können, die alle diejenigen Garantien bieten können, die der Gerichtshof zum Schutz des einzelnen ausgearbeitet hat.

44. Schließlich darf eine weitere Erwägung, die mit dem Sinn und Zweck der Nachprüfungsrichtlinie zusammenhängt, nicht unerwähnt bleiben. Bekanntlich wurde diese erlassen, weil ein erhebliches Bedürfnis bestand, den gerichtlichen Schutz der Rechte des Bürgers auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verstärken und zu vereinheitlichen. In einigen Mitgliedstaaten waren die Erteilung des Zuschlags oder die anderen dem Zuschlag zugrunde liegenden Verwaltungakte entweder nicht gerichtlich anfechtbar oder sie waren zwar anfechtbar, jedoch hatte diese Anfechtung nur unbefriedigende Auswirkungen auf die weiteren vertraglichen Beziehungen. Gerade um diese Lücken zu füllen, verpflichtet die Nachprüfungsrichtlinie die Mitgliedstaaten, ein System zu schaffen, das die Wahrung der subjektiven Rechte, die das materielle Gemeinschaftsrecht (Bau-, Liefer- und Dienstleistungsrichtlinien) den Teilnehmern an Ausschreibungen verleiht, wirksam gewährleistet. Unter diesem Blickwinkel sind die Vorschriften dieser Richtlinie zu verstehen; unter diesem Blickwinkel haben alle anderen Mitgliedstaaten — zumindest nach Ansicht der Kommission — die Richtlinie bisher durchgeführt. Ein von der Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgelegtes Dokument bietet einen Überblick über die Stellen, denen die einzelnen Mitglied-

44 — Kammergericht Berlin, Entscheidungen vom 10. April 1995 (KartU 7605/94, EuZW 1995, S. 645 ff.) und vom 31. Mai 1995 (KartU 3259/95, NVwZ 1996, S. 415 ff.).

45 — Ich möchte noch kurz darauf hinweisen, daß die bevorstehenden Gesetzesänderungen dazu führen könnten, daß dem Urteil, das der Gerichtshof jetzt zu erlassen hat, nur noch „historische" Bedeutung zukommt; dies wohlgemerkt unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit, also der Vorlageberechtigung der jetzigen Vergabeüberwachungsausschüsse.

staaten im Rahmen der Durchführung der Nachprüfungsrichtlinie die Zuständigkeit für die Entscheidung über öffentliche Aufträge zugewiesen haben: Es handelt sich in den meisten Fällen um ordentliche Gerichte oder — falls es eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt — um Verwaltungsgerichte, die in zweiter Instanz der Kontrolle des Staatsrates unterliegen [46].

Dies ist ein wesentlicher Umstand, der meiner Ansicht nach — obwohl der Unterschied zwischen dem vorliegenden Verfahren und dem Verfahren, das die Kommission gemäß Artikel 169 EG-Vertrag eingeleitet hat, zu beachten ist — angemessen berücksichtigt werden muß.

45. Nach alledem schlage ich vor, das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig zu erklären, da die vorlegende Stelle kein Gericht im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag ist.

Zur Sache

46. Zur Beantwortung der Frage, auf die ich nur der Vollständigkeit halber eingehe, genügen wenige Ausführungen.

46 — Die Kommission hat sich daher befriedigt gezeigt über die in allen anderen Mitgliedstaaten getroffenen Umsetzungsmaßnahmen (das gilt natürlich nicht für Deutschland, weshalb sie ein Verfahren gemäß Artikel 169 eingeleitet hat).

Wie gesagt, geht die Frage dahin, ob die Vergabeprüfstellen seit Ablauf der für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie gesetzten Frist auch Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nachprüfen können, obwohl es keine ausdrückliche normative Bestimmung (im konkreten Fall eine Rechtsverordnung des Bundes, die allerdings gesetzlich vorgesehen ist) gibt, die ihnen diese Zuständigkeit zuweist.

47. Sowohl die Antragstellerin als auch die deutsche Regierung tragen hierzu vor, daß die zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie eingerichteten Stellen in Anbetracht der unmittelbaren Wirkung, die den einschlägigen Vorschriften der Nachprüfungsrichtlinie zuzuerkennen sei [47], in der Lage sein müßten, auch über Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen zu entscheiden.

Offensichtlich kann der Gerichtshof aber im vorliegenden Verfahren nicht über diese Frage entscheiden. Der Gerichtshof darf sich nämlich nicht an die Stelle des nationalen Gesetzgebers setzen, der nach dem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt entscheiden kann, ob die Vergabeprüfstellen auch Verfahren über die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nachprüfen sollen.

47 — Diese unmittelbare Wirkung sei nicht nur daraus abzuleiten, daß die geltend gemachten Bestimmungen hinreichend genau und unbedingt seien, sondern sei vom Gerichtshof, wenn auch indirekt, im Urteil Kommission/Deutschland bestätigt worden, in dem die Vertragsverletzung der deutschen Regierung wegen Nichtumsetzung der Dienstleistungsrichtlinie festgestellt wurde (vgl. Fußnote 14).

48. Daran ändert die Berufung auf die unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie nichts. Selbst wenn der Gerichtshof eine solche unmittelbare Wirkung annähme, hätte dies lediglich zur Folge, daß ein einzelner das Recht hätte, sich vor *einem* Gericht auf diese Vorschriften zu berufen; der Gerichtshof dürfte aber keinesfalls so weit gehen, anzugeben, vor *welchem* Gericht der einzelne dies tun müßte, denn das würde einen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich des nationalen Gesetzgebers darstellen [48].

Gewiß wäre es ein Anzeichen für eine offensichtliche Verletzung des Gemeinschaftsrechts, wenn der Bürger keine konkrete Möglichkeit hätte, sich auf eine Gemeinschaftsvorschrift mit unmittelbarer Wirkung zu berufen, weil kein Gericht für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig wäre [49]. Diese Verletzung könnte jedoch von den zuständigen Stellen mit Hilfe der dazu zur Verfügung stehenden Mittel geahndet werden sowie gegebenenfalls den Weg zu den Rechtsbehelfen eröffnen, die der Gerichtshof auf dem Gebiet der Haftung der Mitgliedstaaten gegenüber dem einzelnen definiert hat, dem durch einen dem betreffenden Staat zurechenbaren Verstoß gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht ein Vermögensschaden entstanden ist. Es handelt sich dabei aber wiederum um Rechtsbehelfe, die sich sowohl formell als auch materiell von dem hier erörterten Verfahren unterscheiden und die daher keinen Einfluß auf die Lösung haben, die ich im vorliegenden Fall vorschlage.

49. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof daher vor, die zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage für unzulässig zu erklären, da der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, der sie vorgelegt hat, kein Gericht im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag ist.

48 — Vgl. bereits in diesem Sinne das Urteil vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 179/84 (Bozzetti, Slg. 1985, 2301, Randnr. 17) sowie das neuere Urteil vom 18. Januar 1996 in der Rechtssache C-446/93 (SEIM, Slg. 1996, I-73), in dem es heißt: „[Es ist] Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats ..., zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht, wobei die Mitgliedstaaten jedoch für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind. Unter diesem Vorbehalt ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung bestimmter, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender Rechtslagen im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwerfen kann" (Randnr. 32).

49 — Dazu käme sehr wahrscheinlich ein Verstoß gegen Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in dem die Rechtsweggarantie niedergelegt ist.