URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)
19. Mai 1999 *

In der Rechtssache C-225/97

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater Hendrik van Lier als Bevollmächtigten, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Klägerin,

gegen

Französische Republik, vertreten durch Kareen Rispal-Bellanger, Abteilungsleiterin für internationales Wirtschaftsrecht und Gemeinschaftsrecht in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, und Philippe Lalliot, Sekretär für Auswärtige Angelegenheiten in derselben Direktion, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Französische Botschaft, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Französisch.

wegen Feststellung, daß die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 1 Absatz 2, 2 Absätze 1 Buchstabe c und 5 sowie den Kapiteln 2 und 4 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 76, S. 14) verstoßen hat, daß sie nicht alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um dieser Richtlinie nachzukommen,

erläßt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. J. G. Kapteyn (Berichterstatter) sowie der Richter G. Hirsch und G. F. Mancini,

Generalanwalt: A. La Pergola
Kanzler: L. Hewlett, Verwaltungsrätin

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 22. Oktober 1998, in der die Kommission durch Hendrik van Lier und die französische Regierung durch Anne Viéville-Bréville, Chargé de mission in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigte vertreten waren,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 19. Januar 1999,

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 17. Juni 1997 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) Klage erhoben auf Feststellung, daß die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 1 Absatz 2, 2 Absätze 1 Buchstabe c und 5 sowie den Kapiteln 2 und 4 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 76, S. 14) verstoßen hat, daß sie nicht alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um dieser Richtlinie nachzukommen.

Das Gemeinschaftsrecht

2 Nach Artikel 13 der Richtlinie 92/13 erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um dieser Richtlinie vor dem 1. Januar 1993 nachzukommen, und setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

Das Zwangsgeld

3 Kapitel 1 der Richtlinie 92/13 (Artikel 1 und 2) betrifft Maßnahmen auf einzelstaatlicher Ebene.

4 In Artikel 1 ist bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß Entscheidungen von Auftraggebern wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere des Artikels 2 Absatz 8, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich der Auftragsvergabe oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, hinsichtlich

a) der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 90/531/EWG fallenden Auftragsvergabeverfahren und

b) der Beachtung von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a) derselben Richtlinie im Falle der Auftraggeber, auf die die besagte Bestimmung Anwendung findet, nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemein-

schaftsrechts und sonstigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Auftragsvergabeverfahrens einen Schaden geltend machen könnten.

...“

5 In Artikel 2 der Richtlinie 92/13 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

entweder

a) so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Auftragsvergabeverfahren oder die Durchführung jeder Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen;

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in der Vergabebekanntmachung, in der regelmäßigen Bekanntmachung, in der Bekanntmachung eines Qualifikationssystems, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlaßt werden kann;

oder

c) so schnell wie möglich — möglichst im Wege der einstweiligen Verfügung oder falls erforderlich im endgültigen Verfahren zur Sache — andere als die unter den Buchstaben a) und b) vorgesehenen Maßnahmen ergriffen werden können, um den festgestellten Rechtsverstoß zu beseitigen und Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere damit eine Aufforderung zur Zahlung eines Geldbetrags in bestimmter Höhe für den Fall ergehen kann, daß der Rechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird.

Die Mitgliedstaaten können diese Wahl entweder für alle Auftraggeber oder anhand von objektiven Kriterien für bestimmte Kategorien von Auftraggebern treffen, wobei in jedem Fall die Wirksamkeit der Maßnahmen zur Verhinderung einer Schädigung der betreffenden Interessen gewahrt bleiben muß;

d) in beiden vorgenannten Fällen denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann.

Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, daß bei Schadenersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese Entscheidung zunächst aufgehoben oder für rechtswidrig erklärt worden sein muß, sofern ihr innerstaatliches Rechtssystem dies erforderlich macht und über die mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanzen verfügt.

(2) Die in Absatz 1 genannten Befugnisse können getrennt mehreren Instanzen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

(3) Die Nachprüfungsverfahren haben als solche nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren.

(4) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß die zuständige Instanz bei Prüfung der Frage, ob vorläufige Maßnahmen zu ergreifen sind, deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann und daß sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen beeinträchtigt nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers.

(5) Der gemäß Absatz 1 Buchstabe c) zu zahlende Betrag ist so hoch anzusetzen, daß er ausreicht, um den Auftraggeber davon abzuhalten, einen Rechtsverstoß zu begehen oder darauf zu beharren. Die Zahlung dieses Geldbetrags kann von einer endgültigen Entscheidung abhängig gemacht werden, aus der hervorgeht, daß der Rechtsverstoß tatsächlich begangen worden ist.

...“

Die Bescheinigung

6 Kapitel 2 der Richtlinie 92/13 (Artikel 3 bis 7) betrifft das Bescheinigungsverfahren.

7 Nach Artikel 3 geben die Mitgliedstaaten den Auftraggebern die Möglichkeit, ein Bescheinigungsverfahren im Sinne der Artikel 4 bis 7 in Anspruch zu nehmen.

8 Artikel 4 lautet:

„Die Auftraggeber können ihre Vergabeverfahren und -praktiken, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 90/531/EWG fallen, regelmäßig von einem Prüfer untersuchen lassen, um eine Bescheinigung darüber zu erhalten, daß diese Verfahren und Praktiken zu dem gegebenen Zeitpunkt mit dem Gemeinschaftsrecht über die Auftragsvergabe und mit den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übereinstimmen."

9 Nach Artikel 7 der Richtlinie 92/13 gelten die Vorschriften der Artikel 4, 5 und 6 als wesentliche Anforderungen für die Ausarbeitung europäischer Normen für das Bescheinigungsverfahren.

Das Schlichtungsverfahren

10 In Kapitel 4 der Richtlinie 92/13 (Artikel 9 bis 11) ist das Schlichtungsverfahren geregelt.

11 Artikel 9 lautet:

„(1) Jeder, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag im Sinne der Richtlinie 90/531/EWG hat oder hatte und der meint, daß ihm im Zusammenhang mit dem Verfahren für die Vergabe dieses Auftrags durch einen Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften

zur Umsetzung dieses Gemeinschaftsrechts ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, kann das in den Artikeln 10 und 11 vorgesehene Schlichtungsverfahren in Anspruch nehmen.

(2) Der Antrag nach Absatz 1 ist schriftlich an die Kommission bzw. an die im Anhang aufgeführten einzelstaatlichen Behörden zu richten. Diese Behörden übermitteln die betreffenden Anträge so bald wie möglich der Kommission."

Das französische Recht

12 Die französischen Behörden übermittelten der Kommission mit Schreiben vom 14. Januar 1994 den Wortlaut des Gesetzes Nr. 93-1416 vom 29. Dezember 1993 über Nachprüfungsverfahren auf dem Gebiet der Vergabe bestimmter Aufträge für Lieferungen und Arbeiten im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (JORF vom 1. Januar 1994, S. 10).

13 Artikel 1 dieses Gesetzes bestimmt:

„Nach Artikel 7 des Gesetzes Nr. 92-1282 vom 11. Dezember 1992 über die Verfahren zur Vergabe bestimmter Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor werden die Artikel 7-1 und 7-2 eingefügt, die wie folgt lauten:

‚Art. 7-1. — Im Falle eines Verstoßes gegen die Bekanntmachungs- und Wettbewerbspflicht, die für die Vergabe der in Artikel 1 bezeichneten, dem Privatrecht unterliegenden Aufträge gilt, kann das Gericht vor dem Abschluß des Vertrages nur unter den im folgenden festgelegten Voraussetzungen entscheiden.

Auf Antrag jeder Person, die ein Interesse am Vertragsabschluß hat und der durch eine Pflichtverletzung ein Schaden entstehen kann, kann der Präsident des zuständigen ordentlichen Gerichts oder sein Beauftragter anordnen, daß der Urheber der Pflichtverletzung seine Verpflichtungen zu erfüllen hat. Er setzt die Fristen fest, innerhalb deren der Urheber der Pflichtverletzung der Anordnung nachzukommen hat. Er kann auch ein vorläufiges Zwangsgeld vom Zeitpunkt des Ablaufs der festgesetzten Fristen an festsetzen. Er kann jedoch die mutmaßlichen Folgen der letztgenannten Maßnahme für alle möglicherweise betroffenen Interessen, insbesondere das öffentliche Interesse, berücksichtigen und von ihrer Verhängung absehen, wenn ihre nachteiligen Folgen ihre Vorteile überwiegen könnten.

Der Antrag kann auch von der Staatsanwaltschaft gestellt werden, wenn die Kommission der Europäischen Gemeinschaften dem Staat die Gründe mitgeteilt hat, aus denen sie der Ansicht ist, daß eine eindeutige und offensichtliche Verletzung der in Absatz 1 erwähnten Pflichten begangen worden ist.

Der Betrag des vorläufigen Zwangsgeldes wird unter Berücksichtigung des Verhaltens desjenigen, an den die Anordnung gerichtet worden ist, und der Schwierigkeiten, auf die er bei ihrer Durchführung gestoßen ist, festgesetzt.

Der Präsident des zuständigen ordentlichen Gerichts oder sein Beauftragter entscheidet im ersten und letzten Rechtszug in der Form des vorläufigen Rechtsschutzes.

Ist bei der Festsetzung des vorläufigen Zwangsgeldes die festgestellte Pflichtverletzung nicht abgestellt worden, kann der Richter ein endgültiges Zwangsgeld verhängen. In diesem Fall entscheidet er in der Form des vorläufigen Rechtsschutzes; gegen die Entscheidung kann das auf dem Gebiet des vorläufigen Rechtsschutzes gegebene Rechtsmittel eingelegt werden.

Das vorläufige oder endgültige Zwangsgeld ist unabhängig von Schadensersatz. Das vorläufige oder endgültige Zwangsgeld wird ganz oder teilweise aufgehoben, wenn festgestellt wird, daß die Nichterfüllung oder die verzögerte Erfüllung der Anord-

nung des Richters ganz oder teilweise auf eine dem Betroffenen nicht zuzurechnende Ursache zurückgeht.

Art. 7-2. — Im Fall einer Verletzung der Bekanntmachungs- und Wettbewerbspflicht, die für die Vergabe der in Artikel 1 bezeichneten, dem Privatrecht unterliegenden Aufträge gilt, kann jede Person, die ein Interesse am Vertragsabschluß hat und der durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstehen kann, beim Richter beantragen, vor dem Abschluß des Vertrages die in Artikel L. 23 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel [Gesetz über die Verwaltungsgerichte und die Berufungsgerichte in Verwaltungssachen] vorgesehenen Maßnahmen zu treffen.'"

14 Artikel 4 des Gesetzes Nr. 93-1416 lautet:

„Artikel L. 23 des Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel erhält folgende Fassung:

‚Art. L. 23. — Im Fall eines Verstoßes gegen die Bekanntmachungs- oder Wettbewerbspflicht, der die Verträge im Sinne von Artikel 7-2 des Gesetzes Nr. 92-1282 vom 11. Dezember 1992 über das Verfahren zur Vergabe bestimmter Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor unterliegen, kann der Präsident des Tribunal administratif oder sein Beauftragter angerufen werden. Der Richter kann vor dem Abschluß des Vertrages nur unter den im folgenden festgelegten Voraussetzungen entscheiden.

Antragsberechtigt sind Personen, die ein Interesse am Abschluß des Vertrages haben und denen durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstehen kann.

Der Präsident des Tribunal administratif oder sein Beauftragter kann anordnen, daß der Urheber der Pflichtverletzung seine Verpflichtungen zu erfüllen hat. Er setzt die Fristen fest, innerhalb deren der Urheber der Pflichtverletzung der Anordnung nachzukommen hat. Er kann auch ein vorläufiges Zwangsgeld vom Zeitpunkt des Ablaufs der festgesetzten Fristen an festsetzen. Er kann jedoch die mutmaßlichen Folgen der letztgenannten Maßnahme für alle möglicherweise betroffenen Interessen, insbesondere das öffentliche Interesse, berücksichtigen und von ihrer Verhängung absehen, wenn ihre nachteiligen Folgen ihre Vorteile überwiegen könnten.

Der Betrag des vorläufigen Zwangsgeldes wird unter Berücksichtigung des Verhaltens desjenigen, an den die Anordnung gerichtet worden ist, und der Schwierigkeiten, auf die er bei ihrer Durchführung gestoßen ist, festgesetzt.

Sofern sich der Antrag nicht auf Aufträge oder Verträge bezieht, die vom Staat vergeben bzw. geschlossen werden, kann er auch von diesem gestellt werden, wenn ihm die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Gründe mitgeteilt hat, aus denen sie der Ansicht ist, daß eine eindeutige und offensichtliche Verletzung der oben erwähnten Verpflichtungen begangen worden ist.

Der Präsident des zuständigen ordentlichen Gerichts oder sein Beauftragter entscheidet im ersten und letzten Rechtszug in der Form des vorläufigen Rechtsschutzes.

Ist bei der Festsetzung des vorläufigen Zwangsgeldes die festgestellte Pflichtverletzung nicht abgestellt worden, kann der Richter ein endgültiges Zwangsgeld verhängen. In diesem Fall entscheidet er in der Form des vorläufigen Rechtsschutzes; gegen die Entscheidung kann das auf dem Gebiet des vorläufigen Rechtsschutzes gegebene Rechtsmittel eingelegt werden.

Das vorläufige oder endgültige Zwangsgeld ist unabhängig von Schadensersatz. Das vorläufige oder endgültige Zwangsgeld wird ganz oder teilweise aufgehoben, wenn festgestellt wird, daß die Nichterfüllung oder die verzögerte Erfüllung der Anordnung des Richters ganz oder teilweise auf eine dem Betroffenen nicht zuzurechnende Ursache zurückgeht.'"

Das vorgerichtliche Verfahren

15 Die Kommission teilte den französischen Behörden mit Mahnschreiben vom 8. September 1995 mit, daß die in der Richtlinie 92/13 vorgesehene Zwangsgeldregelung nicht ordnungsgemäß, die Bestimmungen dieser Richtlinie in bezug auf das Bescheinigungsverfahren und das Schlichtungsverfahren überhaupt nicht umgesetzt worden seien. Die Kommission forderte die französische Regierung gemäß Artikel 169 EG-Vertrag auf, sich innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu äußern und die erforderlichen Änderungen zu erlassen.

16 Die französischen Behörden antworteten am 13. November 1995 und gaben einige Erläuterungen zur Funktionsweise des Zwangsgeldmechanismus und zu den Bestimmungen der Richtlinie 92/13 in bezug auf das Schlichtungsverfahren ab, die im Gesetz Nr. 93-1416 nicht umgesetzt wurden.

17 Die Kommission hielt dennoch in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 8. November 1996 ihre Beanstandungen in bezug auf den Mechanismus des Zwangsgeldes und die Nichtumsetzung der Kapitel 2 und 4 der Richtlinie aufrecht.

18 Die französischen Behörden gaben in ihrem Antwortschreiben vom 20. Februar 1997 an, nach ihrer Ansicht genügten die Vorschriften des Gesetzes Nr. 93-1416 den Anforderungen der Richtlinie 92/13; sie beabsichtigten, demnächst ein Rundschreiben zur Unterrichtung der Öffentlichkeit über das Funktionieren des Schlichtungsverfahrens zu veröffentlichen, und die betroffenen Verwaltungen prüften, welche Maßnahmen ergriffen werden könnten, um die Einführung des Bescheinigungsverfahrens wirkungsvoll zu gestalten.

19 Da die Kommission der Ansicht ist, daß die Antwort der französischen Regierung nicht zufriedenstellend sei, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

Zum Zwangsgeld

20 Es steht fest, daß die Kommission nicht beanstandet, daß die Französische Republik sich für die Möglichkeit gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/13 entschieden hat.

21 Nach Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 92/13 sei jedoch der gemäß Absatz 1 Buchstabe c dieser Bestimmung zu zahlende Betrag so hoch anzusetzen, daß er ausreiche, um den Auftraggeber davon abzuhalten, einen Rechtsverstoß zu begehen oder darauf zu beharren; die Umsetzung dieser Regelung erfordere eine besondere Bestimmung in bezug auf die Höhe des Zwangsgeldes, mit der sowohl klargestellt werde, daß diese die verlangte abschreckende Wirkung haben könne, als auch der dem Gericht bei der Festsetzung dieses Betrages zugebilligte Beurteilungsspielraum begrenzt werde. Das Fehlen einer solchen Bestimmung könne beim zuständigen Gericht Zweifel hervorrufen.

22 Die französische Regierung erwidert, daß die Richtlinie 92/13 keine ausdrückliche Bestimmung enthalte, die die Mitgliedstaaten verpflichte, die Höhe des Zwangsgeldes festzulegen, und daß es wegen der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte darauf ankomme, dem Gericht die Festsetzung des Zwangsgeldes nach Maßgabe seiner Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts zu ermöglichen, wobei dieser Betrag für die Erreichung der Ziele der Richtlinie 92/13 ausreichend sein müsse.

23 Nach dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 92/13 ist der gemäß Absatz 1 Buchstabe c zu zahlende Betrag so hoch anzusetzen, daß er ausreicht, um den Auftraggeber davon abzuhalten, einen Rechtsverstoß zu begehen oder darauf zu beharren; ob es Sache des Gesetzgebers oder des zuständigen Gerichts ist, die Höhe des zu zahlenden Betrages festzusetzen, ist nicht angegeben.

24 Wie der Generalanwalt in Nummer 13 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, besitzt ein Zwangsgeld, das eine Zwangsmaßnahme darstellt, deren Hauptzweck darin besteht, die Beachtung der Entscheidungen des angerufenen Gerichts zu gewährleisten, schon seiner Natur nach abschreckenden Charakter. Daher kann eine Bestimmung, nach der der gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 zu zahlende Betrag abschreckenden Charakter haben muß, als solche diesen Charakter nicht ändern oder verstärken.

25 Ferner macht die beklagte Regierung, ohne daß die Kommission dem erfolgreich widersprochen hätte, geltend, daß ein Zwangsgeld im französischen Recht seiner Natur nach ein Zwangsmittel und ein wirksames Instrument sei, um die Nichtbeachtung der Anordnungen der Gerichte zu verhindern.

26 Die Kommission wirft der französischen Regierung sodann vor, sie habe in den Artikeln 1 und 4 des Gesetzes Nr. 93-1416 nicht nur vorgesehen, daß das endgültige Zwangsgeld erst zum Zeitpunkt der Festsetzung des vorläufigen Zwangsgeldes verhängt werden könne, sondern auch, daß dessen Höhe unter Berücksichtigung des Verhaltens des Adressaten der Anordnung und der Schwierigkeiten festzusetzen sei, auf die dieser bei deren Durchführung gestoßen sei. Der damit dem Gericht zugebilligte Handlungsspielraum hänge von subjektiven Faktoren ab, die zu ungenau definiert seien, als daß sie das ordnungsgemäße Funktionieren der Regelung gewährleisten könnten.

27 Erstens verpflichtet Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/13 die Mitgliedstaaten, die diese Möglichkeit gewählt haben, nur zur Einführung von Maßnahmen, die es durch die Schaffung eigener Verfahren ermöglichen, die Zahlung eines Geldbetrags in bestimmter Höhe anzuordnen, falls der Rechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird. Nach Absatz 5 dieses Artikels ist dieser Betrag so hoch anzusetzen, daß er ausreicht, um den Auftraggeber davon abzuhalten, einen Rechtsverstoß zu begehen oder darauf zu beharren, ohne daß jedoch festgelegt wird, ob diese Maßnahme endgültig oder vorläufig sein muß. Entgegen dem Vorbringen der Kommission schreibt diese Bestimmung nicht vor, daß das Gericht nur Zwangsgelder mit endgültigem Charakter verhängen darf, um einen Rechtsverstoß zu verhindern oder zu beseitigen.

28 Was zweitens das Argument der Kommission angeht, daß die Artikel 1 und 4 des Gesetzes Nr. 93-1416 fälschlicherweise einen Zusammenhang zwischen dem Zwangsgeld und dem Verhalten des Adressaten der Anordnung herstellten, so gehört es zum Wesen des Grundsatzes des Anspruchs auf ein faires Verfahren, daß der Richter in einem Verfahren, wie es in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/13 vorgesehen ist, das Verhalten des Adressaten der Anordnung und die Schwierigkeiten, auf die er bei deren Ausführung gestoßen ist, nicht außer acht lassen kann.

29 Die Kommission macht schließlich geltend, das Gesetz Nr. 93-1416 gewährleiste nicht wirklich die abschreckende Wirkung des Zwangsgeldes und habe damit ein besonderes und weniger zwingendes Verfahren eingeführt, als es im Zivilrecht vorgesehen sei, was gegen Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 92/13 verstoße. Es bestehe ein Unterschied zwischen den Zwangsgeldbestimmungen des Gesetzes Nr. 93-1416 und denjenigen des Gesetzes Nr. 91-650 vom 9. Juli 1991 zur Reform der zivilrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren (JORF vom 14. Juli 1991, S. 9228). Dieser Unterschied belege den Willen des französischen Gesetzgebers, die besonderen Bestimmungen des Gesetzes Nr. 93-1416 weniger zwingend als diejenigen der im Gesetz Nr. 91-650 enthaltenen allgemeinen Regelung zu gestalten.

30 Hierzu genügt die Feststellung, daß, wie die französische Regierung ausgeführt hat, ohne daß die Kommission dem erfolgreich widersprochen hätte, das Gesetz Nr. 93-1416 einen anderen Zweck hat als das Gesetz Nr. 91-650. Letzteres gibt einem Gläubiger, der über einen vollstreckbaren Titel verfügt, die Mittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung aus diesem Titel in das Vermögen des Schuldners im Rahmen der Einziehung einer Forderung, deren Höhe und Fälligkeit zuvor festgestellt worden ist, verleiht aber dem Gericht keine Befugnis, in das Verfahren zur Vergabe eines Auftrags durch einen Auftraggeber einzugreifen.

31 Wie der Generalanwalt in Nummer 17 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, wurde durch das Gesetz Nr. 91-650 zwar ein Zwangsgeldverfahren eingeführt, doch konnte dieses Gesetz nicht als Grundlage für die Umsetzung der Richtlinie 92/13 dienen.

32 Daher ist der Vorwurf der Kommission, der französische Gesetzgeber habe beabsichtigt, ein gegenüber den geltenden Bestimmungen des Zivilrechts besonderes Verfahren einzuführen, das nicht die in der Richtlinie 92/13 vorgesehenen Garantien enthalte, unbegründet.

33 Nach allem ist dem Vorwurf der Kommission, daß Artikel 2 Absätze 1 Buchstabe c und 5 der Richtlinie 92/13 nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden seien, nicht zu folgen.

Zur Bescheinigung

34 Nach Ansicht der Kommission wurde das in Kapitel 2 der Richtlinie 92/13 geregelte Bescheinigungsverfahren nicht in das französiche Recht umgesetzt.

35 Die französische Regierung führt aus, zwar seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, Artikel 3 der Richtlinie 92/13 umzusetzen, doch könnten sie dieser Verpflichtung dadurch nachkommen, daß sie, wie in Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehen, die Benennung der Prüfer unmittelbar vornähmen, oder daß sie, wie dies Artikel 7 der Richtlinie mittelbar erlaube, eine spezialisierte Einrichtung mit der Bestellung der Prüfer beauftragten. Die erstgenannte Möglichkeit setze nicht zwingend den Erlaß einer Umsetzungsmaßnahme voraus, sondern erfordere nur, daß die Auftraggeber von der Möglichkeit unterrichtet würden, die ihnen das Gemeinschaftsrecht biete. Die französische Regierung habe der Richtlinie 92/13 die notwendige Publizität verschafft.

36 Schon nach dem Wortlaut von Artikel 3 der Richtlinie 92/13 müssen die Mitgliedstaaten den Auftraggebern die Möglichkeit geben, ein Bescheinigungsverfahren im Sinne der Artikel 4 bis 7 der Richtlinie in Anspruch zu nehmen. Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, bedeutet die Tatsache, daß die Richtlinie 92/13 den

in ihren Geltungsbereich fallenden Einrichtungen die Möglichkeit bietet, auf ein Bescheinigungsverfahren zurückzugreifen, nicht, daß die Umsetzung dieses Verfahrens in das nationale Recht freigestellt wäre.

37 In bezug auf die Publizität, die die französische Regierung der Richtlinie 92/13 gegeben hat, genügt der Hinweis, daß nach ständiger Rechtsprechung die Bestimmungen einer Richtlinie mit unbestreitbarer Verbindlichkeit und mit der Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden müssen, die notwendig sind, um den Erfordernissen der Rechtssicherheit zu genügen (vgl. Urteil vom 30. Mai 1991 in der Rechtssache C-59/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2607, Randnr. 24).

38 Daher ist festzustellen, daß das Bescheinigungsverfahren gemäß Kapitel 2 der Richtlinie 92/13 nicht innerhalb der festgesetzten Frist in das französische Recht umgesetzt worden ist.

Zum Schlichtungsverfahren

39 Schließlich wirft die Kommission der Französischen Republik vor, daß sie die Artikel 9 bis 11 der Richtlinie 92/13, die das Schlichtungsverfahren regeln, nicht in das nationale Recht umgesetzt habe.

40 Nach Ansicht der französischen Regierung erfordert das in Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 92/13 vorgesehene Schlichtungsverfahren, das den Mitgliedstaaten keine weitere Verpflichtung als die auferlege, einen von einer betroffenen Person gestellten Schlichtungsantrag so bald wie möglich der Kommission zu übermitteln, nicht ohne

weiteres den Erlaß einer gesetz- oder verordnungsgeberischen Umsetzungsmaßnahme. Zur Erleichterung der Umsetzung dieses Schlichtungsverfahrens habe sie zudem den betroffenen Unternehmen den Inhalt der Richtlinie 92/13 dadurch zur Kenntnis gebracht, daß sie ihn in der April/Mai-Ausgabe von *Marchés Publics*, der insoweit für alle Gewerbetreibenden maßgeblichen Zeitschrift, veröffentlicht habe.

41 Hierzu genügt die Feststellung, daß nach Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 jeder, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag im Sinne der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1) hat oder hatte und der meint, daß ihm im Zusammenhang mit dem Verfahren für die Vergabe dieses Auftrags durch einen Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieses Gemeinschaftsrechts ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, das in den Artikeln 10 und 11 der Richtlinie 92/13 vorgesehene Schlichtungsverfahren in Anspruch nehmen kann. Daher bedarf es einer Umsetzung in das nationale Recht, um den Betroffenen davon Kenntnis zu geben, daß es ein solches Verfahren gibt, und um zu gewährleisten, daß sie auf dieses Verfahren zurückgreifen können.

42 Somit ist festzustellen, daß die Artikel 9 bis 11 der Richtlinie 92/13, die das Schlichtungsverfahren betreffen, nicht innerhalb der festgesetzten Frist umgesetzt worden sind.

43 Nach allem ist festzustellen, daß die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 verstoßen hat, daß sie

nicht innerhalb der festgesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um den Bestimmungen der Kapitel 2 und 4 dieser Richtlinie nachzukommen.

Kosten

44 Nach Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof die Kosten teilen oder beschließen, daß jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Da die Kommission und die Französische Republik mit ihrem Vorbringen teilweise unterlegen sind, sind ihnen ihre jeweiligen eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Französische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch

Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor verstoßen, daß sie nicht innerhalb der festgesetzten Frist alle erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um den Bestimmungen der Kapitel 2 und 4 dieser Richtlinie nachzukommen.

2. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.

Kapteyn Hirsch Mancini

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 19. Mai 1999.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

P. J. G. Kapteyn