

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Fünfte Kammer)

10. April 2003 *

In den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch J. Schieferer als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W.-D. Plessing als Bevollmächtigten im Beistand von H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unterstützt durch

Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland, vertreten durch
R. Magrill als Bevollmächtigte im Beistand von R. Williams, Barrister,

Streithelfer,

wegen zweier Klagen auf Feststellung,

- dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 und Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, dass der Abwasservertrag der Gemeinde Bockhorn (Deutschland) nicht ausgeschrieben und das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht wurde,

- dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 8 und 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 verstoßen hat, dass die Stadt Braunschweig (Deutschland) einen Müllentsorgungsvertrag im

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben hat, obwohl die Voraussetzungen des genannten Artikels 11 Absatz 3 für die freihändige Vergabe ohne europaweite Ausschreibung nicht vorlagen,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten W. Wathelet sowie der Richter D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (Berichterstatter) und A. Rosas,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: M.-F. Contet, Verwaltungsrätin,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 10. Oktober 2002,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 28. November 2002

I - 3632

folgendes

Urteil

- 1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschriften, die am 16. und 23. Januar 2001 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen sind, gemäß Artikel 226 EG zwei Klagen erhoben auf Feststellung,
 - dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 und Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, dass der Abwasservertrag der Gemeinde Bockhorn (Deutschland) nicht ausgeschrieben und das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht wurde;
 - dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 8 und 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 verstoßen hat, dass die Stadt Braunschweig (Deutschland) einen Müllentsorgungsvertrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben hat, obwohl die Voraussetzungen des genannten Artikels 11 Absatz 3 für die freihändige Vergabe ohne europaweite Ausschreibung nicht vorlagen.

Rechtlicher Rahmen

- 2 Artikel 8 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs I A sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben.“

- 3 Titel V (Artikel 15 bis 22) der Richtlinie 92/50 enthält gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften. Nach Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie teilen die Auftraggeber, die einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen, eines nicht offenen oder — in den in Artikel 11 dieser Richtlinie genannten Fällen — eines Verhandlungsverfahrens vergeben wollen, ihre Absicht durch Bekanntmachung mit.

- 4 Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Die Auftraggeber können in folgenden Fällen Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben:

...

- b) wenn die Dienstleistungen aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Dienstleistungserbringer ausgeführt werden können“.

- 5 Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 lautet:

„Die Auftraggeber, die einen Auftrag vergeben, schicken dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften eine Bekanntmachung über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens.“

Sachverhalt und Vorverfahren

Rechtssache C-20/01

- 6 Die Gemeinde Bockhorn im Land Niedersachsen schloss mit Wirkung vom 1. Januar 1997 und für einen Zeitraum von mindestens dreißig Jahren mit dem Energieversorgungsunternehmen Weser-Ems Aktiengesellschaft (im Folgenden: EWE) einen Vertrag über die Ableitung ihrer Abwässer.
- 7 Die Kommission forderte die deutsche Regierung mit Schreiben vom 30. April 1999 auf, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 im vorliegenden Fall hätten angewandt werden müssen.

- 8 Die deutsche Regierung räumte in ihrem Antwortschreiben vom 1. Juli 1999 ein, dass der Auftrag von der Gemeinde Bockhorn nach der Gemeinschaftsregelung hätte vergeben werden müssen. Außerdem wies sie darauf hin, dass das Innenministerium des Landes Niedersachsen den Vorgang zum Anlass nehmen werde, die Bezirksregierungen aufzufordern, die Gebietskörperschaften nachdrücklich auf die strikte Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften hinzuweisen.
- 9 Die Kommission richtete am 21. März 2000 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik Deutschland, in der sie geltend machte, dass die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 hätten angewandt werden müssen und es rechtlich unerheblich sei, dass der Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen von Deutschland anerkannt worden sei. Außerdem forderte sie diesen Mitgliedstaat auf, die in Frage kommenden Behörden alsbald auf die auf diesem Gebiet geltenden Erfordernisse hinzuweisen und sie für die Zukunft dazu anzuhalten, ihnen nachzukommen.
- 10 In einer Mitteilung vom 12. Mai 2000 räumte die deutsche Regierung den ihr zur Last gelegten Vertragsverstoß erneut ein. Sie führte aus, das Innenministerium des Landes Niedersachsen habe aufgrund ihrer auf das Mahnschreiben der Kommission folgenden Intervention mit Erlass vom 21. Juni 1999 alle Bezirksregierungen dieses Landes angewiesen, in geeigneter Weise sicherzustellen, dass die auftragsvergebenden Stellen des Landes die gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften strikt einhielten. Als Reaktion auf die mit Gründen versehene Stellungnahme habe die niedersächsische Landesregierung erneut eindringlich an die Beachtung dieser Bestimmungen erinnert.
- 11 Im Übrigen gebe es nach deutschem Recht kaum eine Möglichkeit, den Verstoß gegen die Richtlinie 92/50 auszuräumen, da zwischen der Gemeinde Bockhorn und EWE seit dem 1. Januar 1997 ein rechtskräftiger Vertrag bestehe, der nicht gelöst werden könne, ohne dass an EWE Schadensersatz in beträchtlichem Umfang zu leisten sei. Die Kosten einer solchen Vertragskündigung stünden in keinem Verhältnis zu dem von der Kommission angestrebten Ziel.

Rechtssache C-28/01

- 12 Die ebenfalls im Land Niedersachsen liegende Stadt Braunschweig und die Braunschweigischen Kohlebergwerke (im Folgenden: BKB) schlossen einen Vertrag, wonach BKB ab Juni/Juli 1999 für die Dauer von dreißig Jahren Restabfall zur thermischen Behandlung zur Verfügung gestellt werden sollte.

- 13 Die zuständigen Behörden der Stadt Braunschweig hielten die Richtlinie 92/50 zwar für anwendbar, nahmen jedoch unter Berufung auf Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie keine Vergabebekanntmachung vor und vergaben den Auftrag im Wege des Verhandlungsverfahrens.

- 14 Dieser Auslegung trat die Kommission mit ihrem Mahnschreiben vom 20. Juli 1998 entgegen.

- 15 Die deutsche Regierung nahm mit Schreiben vom 4. August, 19. Oktober und 15. Dezember 1998 zu dem Mahnschreiben Stellung und machte geltend, dass die Voraussetzungen des Artikels 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 insoweit erfüllt seien, als die thermische Abfallbehandlung aus technischen Gründen allein BKB habe anvertraut werden können. Die räumliche Nähe der Verbrennungsanlagen zum Gebiet der Stadt Braunschweig sei ein wesentliches Kriterium für die Auftragsvergabe gewesen, um größere Transportentfernungen zu vermeiden.

- 16 Mit Schreiben vom 16. Dezember 1998 räumte die deutsche Regierung ein, dass die Stadt Braunschweig im vorliegenden Fall gegen die Richtlinie 92/50 verstoßen habe, indem sie unzulässigerweise auf das Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung zurückgegriffen habe.
- 17 Unter dem 6. März 2000 richtete die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik Deutschland, in der sie diese insbesondere aufforderte, die betroffenen Behörden alsbald auf die einschlägige Regelung hinzuweisen und sie für die Zukunft zur Einhaltung der anwendbaren Vorschriften anzuhalten.
- 18 In einer Mitteilung vom 17. Mai 2000 räumte die deutsche Regierung den ihr zur Last gelegten Verstoß ein. Sie teilte weiter mit, dass die niedersächsische Landesregierung alle Bezirksregierungen angewiesen habe, die vergaberechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Wie in der Rechtssache C-20/01 könnten auch hier die Folgen des Verstoßes gegen die Richtlinie 92/50 nicht durch eine Kündigung des Vertrages beseitigt werden. Im Übrigen würde die Stadt Braunschweig durch eine solche Vertragskündigung verpflichtet, ihrem Vertragspartner sehr hohen Schadensersatz zu leisten. Die Kosten einer solchen Kündigung wären daher unverhältnismäßig.
- 19 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 15. Mai 2001 sind die Rechtssachen C-20/01 und C-28/01 zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.
- 20 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 18. Mai 2001 ist das Vereinigte Königreich als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen worden.

Zur Zulässigkeit der Klage

Vorbringen der Parteien

- 21 Die deutsche Regierung macht in erster Linie geltend, die Klagen seien unzulässig, da es an einer vom beklagten Mitgliedstaat abzustellenden fortdauernden Vertragsverletzung fehle. Das gemeinschaftliche Vergaberecht sei nämlich lediglich Verfahrensrecht. Alle Wirkungen des Verstoßes gegen diese Vorschriften seien mit dessen Begehung bereits erschöpft. Nachdem die Bundesrepublik Deutschland diesen Verstoß anerkannt habe, bestehe kein objektives Interesse an der Erhebung einer Vertragsverletzungsklage mehr.
- 22 Was das Erfordernis eines objektiven Interesses angeht, stellt die deutsche Regierung das Vertragsverletzungsverfahren der Untätigkeitsklage nach Artikel 232 EG gegenüber. Diese sei unzulässig, wenn das betreffende Organ nach vorheriger Aufforderung, tätig zu werden, Stellung genommen habe. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes lasse schon das Eingeständnis einer vertragswidrigen Untätigkeit das objektive Interesse an deren Feststellung entfallen.
- 23 Das objektive Interesse an der Feststellung der fraglichen Vertragsverletzungen könne sich im vorliegenden Fall auch nicht aus der Notwendigkeit ergeben, die Grundlage für eine Haftung des betreffenden Mitgliedstaats zu schaffen. Insbesondere scheide eine Haftung gegenüber Einzelnen aus, da Einzelne durch die von der Gemeinde Bockhorn und der Stadt Braunschweig geschlossenen Verträge nicht geschädigt worden seien.

- 24 Nach Ansicht der deutschen Regierung, die insoweit von der Regierung des Vereinigten Königreichs unterstützt wird, genießen die von den öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Verträge nach dem Gemeinschaftsrecht Bestandschutz. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* sei in der 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) verankert. Indem nämlich Artikel 2 Absatz 6 dieser Richtlinie dem nationalen Recht die Möglichkeit belasse, die Befugnisse der für die Nachprüfung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge zuständigen Stellen auf die Zuerkennung von Schadensersatz an eine durch einen Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vergabebestimmungen geschädigte Person zu beschränken, verlange er gerade nicht, rechtsgültig geschlossene Verträge zu kündigen oder nicht zu erfüllen.
- 25 Das deutsche Vergaberecht sei von dem Grundsatz geprägt, dass ein unter Verstoß gegen Vergabevorschriften von einem öffentlichen Auftraggeber geschlossener Vertrag nur aus wichtigem Grund gekündigt werden könne, wobei dieser Begriff nicht auf Umstände Bezug nehme, die vor dem Abschluss des Vertrages lägen. Die Nichtigkeit eines solchen Vertrages sei nur in eng begrenzten Ausnahmefällen vorgesehen, die die im vorliegenden Fall geschlossenen Verträge nicht betreffen. Hingegen enthalte das nationale Recht die erforderlichen Vorschriften, um geschädigten Personen zu ermöglichen, Schadensersatz zu verlangen.
- 26 Die Kommission macht geltend, für die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG bedürfe es keines besonderen Rechtsschutzinteresses der Kommission. Der Gerichtshof habe das Vorliegen eines solchen Interesses nur in den Fällen geprüft, in denen ein Mitgliedstaat der mit Gründen versehenen Stellungnahme erst nach Ablauf der dort gesetzten Frist nachgekommen sei. Ein solches Interesse könne jedoch nicht nur in der Schaffung einer Grundlage für eine Haftung des betreffenden Mitgliedstaats, sondern auch in der Klärung essenzieller Gemeinschaftsrechtsfragen und der Vermeidung einer Wiederholungsgefahr bestehen.

- 27 Im vorliegenden Fall erschöpften sich die Wirkungen der gerügten Vertragsverletzung nicht in einem Verfahrensmangel, und der Verstoß dauere fort. Zum einen seien die konkreten Verstöße nicht durch die allgemeine Weisung an die Bezirksregierungen beseitigt worden. Zum anderen könne sich ein Mitgliedstaat nicht auf von ihm selbst geschaffene vollendete Tatsachen berufen, um sich dem Klageanspruch der Kommission zu entziehen.
- 28 Außerdem habe der Gerichtshof zwar eine auf dem Gebiet des Vergaberechts erhobene Vertragsverletzungsklage mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, dass der Verstoß bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist nicht mehr bestanden habe; dieses Ergebnis sei aber durch die besonderen Umstände des Falles bedingt gewesen. In den vorliegenden Rechtssachen entfalteten dagegen die gemeinschaftsrechtswidrig zustande gekommenen Verträge ihre Wirkungen noch jahrzehntelang. Die deutsche Regierung habe den Verstoß also nicht abgestellt. Die Unmöglichkeit der Aufhebung der fraglichen Verträge habe keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der Klage, da es den Mitgliedstaaten überlassen bleibe, welchen Weg zu einer geeigneten Wiedergutmachung sie beschritten.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 29 Nach ständiger Rechtsprechung braucht die Kommission bei der Wahrnehmung der ihr in Artikel 226 EG eingeräumten Zuständigkeiten kein spezifisches Rechtsschutzinteresse nachzuweisen. Diese Bestimmung soll nämlich nicht die eigenen Rechte der Kommission schützen. Dieser fällt kraft ihres Amtes im allgemeinen Interesse der Gemeinschaft die Aufgabe zu, die Ausführung des EG-Vertrags und der auf seiner Grundlage von den Organen erlassenen Vorschriften durch die Mitgliedstaaten zu überwachen und etwaige Verstöße gegen die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen feststellen zu lassen, damit sie abgestellt werden (Urteile vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 15, vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-431/92, Kommission/Deutschland, Slg. 1995, I-2189, Randnr. 21, und vom 5. November 2002 in der Rechtssache C-476/98, Kommission/Deutschland, Slg. 2002, I-9855, Randnr. 38).

- 30 In Anbetracht ihrer Rolle als Hüterin des Vertrages ist daher allein die Kommission für die Entscheidung zuständig, ob es angebracht ist, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, und wegen welcher dem betroffenen Mitgliedstaat zuzurechnenden Handlung oder Unterlassung dieses Verfahren zu eröffnen ist. Sie kann beim Gerichtshof daher die Feststellung einer Vertragsverletzung mit dem Vorbringen beantragen, dass das mit der Richtlinie bezweckte Ergebnis in einem bestimmten Fall nicht erreicht worden sei (Urteile vom 11. August 1995, Kommission/Deutschland, Randnr. 22, und vom 5. November 2002 in der Rechtssache C-471/98, Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-9681, Randnr. 39).
- 31 Die deutsche Regierung beruft sich allerdings darauf, dass die Vertragsverletzungen in Verstößen gegen Verfahrensvorschriften bestanden hätten, die alle ihre Wirkungen bereits vor Ablauf der Fristen erschöpft hätten, die in den mit Gründen versehenen Stellungnahmen gesetzt worden seien, und dass diese Vertragsverletzungen vor diesem Zeitpunkt von der Bundesrepublik Deutschland als solche anerkannt worden seien.
- 32 Es trifft zu, dass das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Lage zu beurteilen ist, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde (Urteile vom 27. November 1990 in der Rechtssache C-200/88, Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-4299, Randnr. 13, vom 31. März 1992 in der Rechtssache C-362/90, Kommission/Italien, I-2353, Randnr. 10, und vom 7. März 2002 in der Rechtssache C-29/01, Kommission/Spanien, Slg. 2002, I-2503, Randnr. 11).
- 33 Der Gerichtshof hat zwar tatsächlich eine vergaberechtliche Vertragsverletzungsklage für unzulässig erklärt, dies jedoch damit begründet, dass die streitgegenständliche Ausschreibung bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist alle ihre Wirkungen erschöpft hatte (Urteil Kommission/Italien, Randnrn. 11 bis 13).

- 34 Dagegen hat er eine Einrede der Unzulässigkeit, die darauf gestützt war, dass der behauptete Verstoß abgestellt worden sei, in einer Situation zurückgewiesen, in der zwar die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vor Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist vollständig durchgeführt, die Verträge aber vor diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig erfüllt worden waren (Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-328/96, Kommission/Österreich, Slg. 1999, I-7479, Randnrn. 43 bis 45).
- 35 Außerdem enthält die Richtlinie 92/50 zwar im Wesentlichen Verfahrensvorschriften, sie ist jedoch gleichwohl erlassen worden, um die Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr zu beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer zu schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Dienstleistungen anbieten möchten (vgl. insbesondere Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 32).
- 36 Daher ist festzustellen, dass die durch die Missachtung der Bestimmungen der Richtlinie 92/50 erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fort dauert.
- 37 Im vorliegenden Fall wirken die nach Ansicht der Kommission unter Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 geschlossenen Verträge jahrzehntelang weiter fort. Daher kann nicht gesagt werden, dass die behaupteten Vertragsverletzungen vor Ablauf der in den mit Gründen versehenen Stellungnahmen gesetzten Fristen beendet worden seien.
- 38 Die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung wird auch nicht durch das den Mitgliedstaaten in Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 89/665 verliehene Recht in Frage gestellt, die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung darauf zu beschränken, einer durch einen

Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.

- 39 Denn diese Bestimmung erlaubt den Mitgliedstaaten zwar, die Wirkungen der unter Verstoß gegen die Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossenen Verträge aufrechtzuerhalten, und schützt somit das berechtigte Vertrauen der Vertragspartner; sie kann jedoch nicht, ohne die Tragweite der die Schaffung des Binnenmarktes betreffenden Bestimmungen des Vertrages zu beschränken, dazu führen, dass das Verhalten des Auftraggebers gegenüber Dritten nach Abschluss dieser Verträge als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen ist.
- 40 Im Übrigen kann sich weder die Tatsache, dass die deutsche Regierung im Vorverfahren das Vorliegen der ihr zur Last gelegten Vertragsverletzungen eingeräumt hat, noch der von ihr angeführte Umstand, dass nach deutschem Recht eine Schadensersatzklage auch ohne Feststellung der Vertragsverletzungen durch den Gerichtshof möglich sei, auf die Zulässigkeit der vorliegenden Klagen auswirken.
- 41 Wie der Gerichtshof nämlich bereits festgestellt hat, ist es seine Sache, festzustellen, ob die beanstandete Vertragsverletzung vorliegt oder nicht, auch wenn der betroffene Mitgliedstaat die Vertragsverletzung nicht mehr bestreitet und den Anspruch Einzelner auf Ersatz des ihnen dadurch eventuell entstandenen Schadens anerkennt (Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89, Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 30).
- 42 Da die Feststellung einer von einem Mitgliedstaat begangenen Vertragsverletzung nicht die Feststellung voraussetzt, dass hierdurch ein Schaden verursacht worden ist (Urteil vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-263/96, Kommission/

Belgien, Slg. 1997, I-7453, Randnr. 30), kann sich die Bundesrepublik Deutschland auch nicht darauf berufen, dass einem Dritten im Rahmen der mit der Gemeinde Bockhorn und der Stadt Braunschweig geschlossenen Verträge kein Schaden entstanden sei.

- 43 Da die gerügten Vertragsverletzungen über den in den mit Gründen versehenen Stellungnahmen festgesetzten Zeitpunkt hinaus fortgedauert haben, kann sich die Bundesrepublik Deutschland, auch wenn sie diese Vertragsverletzungen anerkannt hat, für ihre Auffassung auch nicht auf einen Vergleich mit der Untätigkeitsklage nach Artikel 232 EG und auf die Umstände stützen, bei deren Vorliegen der Gerichtshof eine Untätigkeit als beendet ansieht.
- 44 Nach alledem sind die von der Kommission erhobenen Klagen zulässig.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

- 45 Die Kommission macht in der Rechtssache C-20/01 geltend, die Richtlinie 92/50 sei auf den fraglichen Auftrag anwendbar gewesen, der nach deren Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 hätte ausgeschrieben werden müssen. Das Ergebnis des Vergabeverfahrens hätte nach Artikel 16 der Richtlinie 92/50 veröffentlicht werden müssen.

- 46 In der Rechtssache C-28/01 trägt sie vor, auch hier falle der fragliche Vertrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50. Die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung gemäß Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b dieser Richtlinie seien nicht erfüllt gewesen. Weder der Standort des gewählten Unternehmens in der Nähe des Ortes der Leistungserbringung noch die Dringlichkeit der Auftragsvergabe könne die Anwendung dieser Bestimmung im vorliegenden Fall rechtfertigen.
- 47 Der in Artikel 130r Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 174 EG) vorgesehene Grundsatz, dass Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen seien, sei im Licht dieser Bestimmung insgesamt auszulegen, nach der Umweltschutzerfordernisse bei der Festlegung und Durchführung der übrigen Politiken der Gemeinschaft einzubeziehen seien. Diese Bestimmung sehe nicht vor, dass die gemeinschaftliche Umweltpolitik Vorrang vor den übrigen Gemeinschaftspolitiken habe, wenn die Gemeinschaftspolitiken miteinander in Konflikt stünden. Außerdem dürften in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ökologische Gesichtspunkte nicht zu diskriminierenden Zwecken verwendet werden.
- 48 Der öffentliche Auftraggeber begründe die Entscheidung für das fragliche Vergabeverfahren mit dem Argument der Sicherstellung der Entsorgung. Damit sei aber das Argument widerlegt, dass dieses Verfahren aus Gründen des Umweltschutzes und der räumlichen Nähe der Abfallentsorgungsanlage gewählt worden sei.
- 49 Die deutsche Regierung, die nur hilfsweise zur Begründetheit vorträgt, macht geltend, dass die von der Kommission erhobenen Klagen jedenfalls unbegründet seien, da sämtliche Wirkungen der gerügten Verstöße gegen die Richtlinie 92/50 mit ihrer Begehung erschöpft gewesen seien und die Verstöße bei Ablauf der in den mit Gründen versehenen Stellungnahmen gesetzten Fristen nicht mehr andauert hätten.

- 50 In der Rechtssache C-28/01 fügt die deutsche Regierung hinzu, dem Kriterium der räumlichen Nähe der Abfallentsorgungsanlage, dessen Heranziehung völlig rechtmäßig gewesen sei, hätte nur BKB gerecht werden können. Dieses Kriterium sei nicht ohne weiteres diskriminierend gewesen, da nicht auszuschließen sei, dass auch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen diese Voraussetzung erfüllen könnten.
- 51 Im Allgemeinen sei ein Auftraggeber berechtigt, Umweltschutzgesichtspunkte in seine Überlegungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge einfließen zu lassen, wenn er festlege, welche Art von Dienstleistung er in Auftrag zu geben beabsichtige. Auch aus diesem Grund könne keine Kündigung des von der Stadt Braunschweig und BKB geschlossenen Vertrages verlangt werden, da im Rahmen einer erneuten Vergabe BKB erneut den Zuschlag erhalten müsse.

Würdigung durch den Gerichtshof

Rechtssache C-20/01

- 52 In der Rechtssache C-20/01 steht fest, dass die Voraussetzungen der Richtlinie 92/50 erfüllt waren. Wie der Generalanwalt in Nummer 65 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, stellt nämlich die Behandlung von Abwasser eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 8 und Anhang I A Kategorie 16 der Richtlinie 92/50 dar. Die Errichtung bestimmter Anlagen hat gegenüber dem Hauptgegenstand des zwischen der Gemeinde Bockhorn und EWE geschlossenen Vertrages nur

untergeordneten Charakter. Dessen Wert übersteigt den in Artikel 7 der Richtlinie 92/50 festgelegten Mindestbetrag bei weitem.

- 53 Nach Maßgabe der Artikel 8 und 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 hätte der Auftrag daher nach dieser Richtlinie vergeben werden müssen. Dass die Gemeinde Bockhorn dies nicht getan hat, steht fest und wird im Übrigen auch nicht von der deutschen Regierung bestritten.
- 54 Das Verteidigungsvorbringen der Bundesrepublik Deutschland zur Begründetheit verweist im Wesentlichen auf die Argumente, die gegen die Zulässigkeit der Klage vorgebracht worden sind. Dieses Vorbringen ist aus den in den Randnummern 29 bis 43 dieses Urteils dargelegten Gründen zurückzuweisen.
- 55 Die Klage der Kommission in der Rechtssache C-20/01 ist daher begründet.

Rechtssache C-28/01

- 56 In der Rechtssache C-28/01 war die Richtlinie 92/50 offensichtlich anwendbar und ist im Übrigen auch von der Stadt Braunschweig angewandt worden. Diese hat sich jedoch unter Berufung auf Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung entschieden.

- 57 Die deutsche Regierung hat zwar im Vorverfahren eingeräumt, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht erfüllt gewesen seien, sie macht jedoch geltend, dass BKB tatsächlich das einzige Unternehmen gewesen sei, dem der Auftrag habe erteilt werden können, und dass eine neue Ausschreibung an diesem Ergebnis nichts ändern könnte.
- 58 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50, der Ausnahmen von den Vorschriften zulässt, die die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist und dass die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, demjenigen obliegt, der sich auf sie berufen will (vgl. zu öffentlichen Bauaufträgen Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-318/94, Kommission/Deutschland, Slg. 1996, I-1949, Randnr. 13).
- 59 Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 ist nur anwendbar, wenn nachgewiesen ist, dass es aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur ein Unternehmen gibt, das zur Erfüllung des betreffenden Vertrages tatsächlich in der Lage ist. Da im vorliegenden Fall künstlerische oder Gründe des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nicht angeführt worden sind, ist nur zu prüfen, ob die von der deutschen Regierung geltend gemachten Gründe technische Gründe im Sinne dieser Bestimmung sein können.
- 60 Ein Auftraggeber kann zwar in den verschiedenen Stadien eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge Umweltschutzkriterien berücksichtigen (vgl. zur Heranziehung derartiger Kriterien als Zuschlagskriterien bei der Vergabe eines Auftrags für den Betrieb einer Linie eines städtischen Busnetzes Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99, Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 57).

- 61 Daher ist nicht auszuschließen, dass ein technischer Grund des Umweltschutzes bei der Prüfung der Frage berücksichtigt werden kann, ob der betreffende Auftrag nicht nur an einen ganz bestimmten Dienstleistungserbringer vergeben werden kann.
- 62 Bei dem wegen des Vorliegens eines solchen technischen Grundes angewandten Verfahren müssen jedoch die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, wie es aus den Bestimmungen des Vertrages über das Niederlassungsrecht und das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs folgt, beachtet werden (siehe entsprechend Urteil Concordia Bus Finland, Randnr. 63).
- 63 Die Gefahr einer Verletzung des Diskriminierungsverbots ist jedoch besonders groß, wenn der Auftraggeber beschließt, einen bestimmten Auftrag nicht dem Wettbewerb zu öffnen.
- 64 Im vorliegenden Fall ist erstens festzustellen, dass die Entscheidung für eine thermische Abfallbehandlung in Ermangelung entsprechender Beweismittel nicht als technischer Grund angesehen werden kann, der die Behauptung, der Auftrag habe nur an einen bestimmten Dienstleistungserbringer vergeben werden können, stützen könnte.
- 65 Zweitens wird der Vortrag der deutschen Regierung, die Entsorgungsnähe sei notwendige Folge der Entscheidung der Stadt Braunschweig zugunsten der thermischen Behandlung von Restabfall, nicht durch Beweismittel gestützt, so dass in diesem Umstand kein solcher technischer Grund gesehen werden kann. Insbesondere hat die deutsche Regierung nicht dargetan, dass der Transport der Abfälle über größere Entfernungen notwendig eine Gefährdung der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit bedeutet.

- 66 Drittens kann auch die Nähe eines bestimmten Dienstleistungserbringers zum Gemeindegebiet allein noch keinen technischen Grund im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 darstellen.
- 67 Folglich hat die Bundesrepublik Deutschland nicht nachgewiesen, dass der Rückgriff auf Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 im vorliegenden Fall gerechtfertigt war. Demgemäß ist auch die Klage der Kommission in der Rechtssache C-28/01 begründet.
- 68 Nach alledem ist festzustellen,
- dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 und Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 verstoßen hat, dass der Abwasservertrag der Gemeinde Bockhorn nicht ausgeschrieben und das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht wurde;
 - dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 8 und 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 verstoßen hat, dass die Stadt Braunschweig einen Müllentsorgungsvertrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben hat, obwohl die Voraussetzungen des Artikels 11 Absatz 3 dieser Richtlinie für die freihändige Vergabe ohne gemeinschaftsweite Ausschreibung nicht vorlagen.

Kosten

- ⁶⁹ Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen. Das Vereinigte Königreich trägt nach Artikel 69 § 4 der Verfahrensordnung seine eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Bundesrepublik Deutschland hat bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 und Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Ver-

fahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstoßen, dass der Abwasservertrag der Gemeinde Bockhorn (Deutschland) nicht ausgeschrieben und das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht wurde.

2. Die Bundesrepublik Deutschland hat bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 8 und 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 verstoßen, dass die Stadt Braunschweig (Deutschland) einen Müllentsorgungsvertrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben hat, obwohl die Voraussetzungen des genannten Artikels 11 Absatz 3 für die freihändige Vergabe ohne gemeinschaftsweite Ausschreibung nicht vorlagen.
3. Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.
4. Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland trägt seine eigenen Kosten.

Wathelet

Edward

La Pergola

Jann

Rosas

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. April 2003.

Der Kanzler

Der Präsident der Fünften Kammer

R. Grass

M. Wathelet