

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Dritte Kammer)

20. Oktober 2005*

In der Rechtssache C-264/03

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Artikel 226 EG, eingereicht am 17. Juni 2003,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch B. Stromsky, K. Wiedner und F. Simonetti als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Französische Republik, vertreten durch G. de Bergues und D. Petrausch als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Französisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Rosas (Berichterstatter) sowie der Richter J. Malenovský, J.-P. Puissochet, A. Borg Barthet und U. Löhmus,

Generalanwalt: M. Poiares Maduro,
Kanzler: K. Sztranc, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2004,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 24. November 2004

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beim Gerichtshof die Feststellung, dass die Französische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus 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) in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 92/50), insbesondere aus deren Artikeln 8 und 9, sowie aus Artikel 49 EG verstoßen hat, indem sie in Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 vom

12. Juli 1985 über die öffentliche Bauherrschaft und ihre Beziehungen zur privaten Bauleitung (JORF vom 13. Juli 1985, S. 7914) in der durch das Gesetz Nr. 96-987 vom 14. November 1996 über die Durchführung des Paktes zur Wiederbelebung der Stadt (JORF vom 15. November 1996, S. 16656) geänderten Fassung (im Folgenden: Gesetz Nr. 85-704) die Aufgabe der Baubetreuung den in einer abschließenden Liste aufgeführten juristischen Personen französischen Rechts vorbehalten hat.

Rechtlicher Rahmen

Das Gemeinschaftsrecht

- 2 Nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 gelten als „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen die in Artikel 1 Buchstabe a Ziffern i bis ix aufgezählten Verträge. Nach Artikel 1 Buchstabe b dieser Richtlinie gelten als „öffentliche Auftraggeber“ „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“. Artikel 1 Buchstabe c der Richtlinie definiert „Dienstleistungserbringer“ als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“.
- 3 Nach Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 müssen die Auftraggeber dafür sorgen, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet.
- 4 Gemäß Artikel 6 dieser Richtlinie „gilt [diese] nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat“.

- 5 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a dieser Richtlinie gilt diese für öffentliche Dienstleistungsaufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer „mindestens 200 000 [Euro] beträgt“.

- 6 Nach Artikel 8 der Richtlinie 92/50 müssen Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA der Richtlinie sind, nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI der Richtlinie vergeben werden, d. h., sie müssen ausgeschrieben und in angemessener Art und Weise bekannt gemacht werden.

- 7 Kategorie 12 des Anhangs IA dieser Richtlinie betrifft „Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen“.

- 8 Nach Artikel 9 der Richtlinie 92/50 werden Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben. Artikel 14 betrifft gemeinsame technische Vorschriften und Artikel 16 die Bekanntmachungen über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens.

- 9 Die Kategorien 21 und 27 des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 umfassen die „Rechtsberatung“ bzw. „sonstige Dienstleistungen“.

- 10 Artikel 10 dieser Richtlinie bestimmt: „Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben.“

Nationales Recht

- 11 Das Gesetz Nr. 85-704 gilt nach seinem Artikel 1 für die Erstellung aller Bauwerke, bei denen es sich um Gebäude oder Infrastruktureinrichtungen handelt, sowie für gewerbliche Einrichtungen zu ihrem Betrieb, bei denen eine der folgenden Einrichtungen Bauherr ist:

- „1. der Staat und seine öffentlichen Einrichtungen;

2. die Gebietskörperschaften, ihre öffentlichen Einrichtungen, die nach Artikel L. 321-1 des Städtebaugesetzbuchs gegründeten öffentlichen Einrichtungen zur Stadtneugestaltung, ihre Vereinigungen sowie die gemischten Zweckverbände nach Artikel L. 166-1 des Gemeindegesetzbuchs;

3. die in Artikel L. 64 des Sozialversicherungsgesetzbuchs aufgeführten privaten Einrichtungen und ihre Zusammenschlüsse oder Verbände;

4. die in Artikel L. 411-2 des Bau- und Wohngesetzbuchs genannten privaten Einrichtungen für preiswerten Mietwohnraum sowie die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften in Bezug auf staatlich unterstützten Mietwohnraum, der von diesen Einrichtungen und Gesellschaften erstellt wird“.

12 In Artikel 2 dieses Gesetzes wird der Bauherr wie folgt definiert:

„... die in Artikel 1 genannte juristische Person, für die das Bauwerk errichtet wird. Als Hauptverantwortlichem für das Bauwerk kommt ihm eine im Allgemeininteresse liegende, nicht übertragbare Aufgabe zu.

...

Der Bauherr bestimmt im Bauplan die Ziele des Vorhabens und die zu befriedigenden Bedürfnisse sowie die mit der Erstellung und der Nutzung des Bauwerks verbundenen sozialen, städtebaulichen, architektonischen, funktionellen, technischen und wirtschaftlichen Qualitätszwänge und -anforderungen und die Zwänge und Anforderungen im Zusammenhang mit der Einfügung in das Landschaftsbild und dem Umweltschutz.

...“

13 Artikel 3 dieses Gesetzes bestimmt:

„[D]er Bauherr [kann] einem Beauftragten unter den in dem Vertrag gemäß Artikel 5 bestimmten Bedingungen die Wahrnehmung sämtlicher oder eines Teils der folgenden bauherrschaftlichen Kompetenzen in seinem Namen und für seine Rechnung übertragen:

1. Festlegung der verwaltungsmäßigen und technischen Bedingungen, unter denen das Bauwerk geplant und erstellt wird;

2. Vorbereitung der Wahl des Bauleiters, Unterzeichnung des Bauleitervertrags nach der Genehmigung der Wahl des Bauleiters durch den Bauherrn sowie Durchführung dieses Vertrages;
3. Genehmigung von Vorentwürfen und Vereinbarungen über das Vorhaben;
4. Vorbereitung der Wahl des Bauunternehmers, Unterzeichnung des Vertrages über die Bauleistungen nach der Genehmigung der Wahl des Unternehmers durch den Bauherrn sowie Durchführung dieses Vertrages;
5. Zahlung der Vergütung für die Bauleitung und die Bauausführung;
6. Abnahme des Bauwerks und Vornahme aller Handlungen in Verbindung mit den oben aufgeführten Aufgaben.

Der Beauftragte haftet dem Bauherrn nur für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Kompetenzen, die ihm vom Bauherrn persönlich übertragen worden sind.

Der Beauftragte vertritt den Bauherrn gegenüber Dritten in Wahrnehmung der ihm übertragenen Kompetenzen so lange, bis der Bauherr die Erfüllung seiner Aufgabe unter den in dem Vertrag gemäß Artikel 5 bestimmten Bedingungen feststellt. Er kann gerichtliche Schritte unternehmen.“

14 Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 bestimmt:

„Die im vorstehenden Artikel aufgeführten Kompetenzen können in den Grenzen der jeweiligen Befugnisse nur übertragen werden:

- a) den in Artikel 1 Nummern 1 und 2 dieses Gesetzes genannten juristischen Personen mit Ausnahme der öffentlichen Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens, die nur für andere derartige öffentliche Einrichtungen Beauftragte sein können;

- b) den juristischen Personen, an denen die in Artikel 1 Nummern 1 und 2 genannten juristischen Personen direkt oder über eine andere Person mindestens die Hälfte der Anteile halten und die den Zweck verfolgen, Bauherren zu unterstützen, sofern sie nicht als Bauleiter oder Unternehmer für einen Dritten tätig werden;

- c) den in Artikel L. 411-2 des Bau- und Wohngesetzbuchs genannten privaten Einrichtungen für preiswerten Mietwohnraum, jedoch nur, soweit sie zugunsten anderer Einrichtungen für preiswerten Mietwohnraum oder in Bezug auf Bauwerke im Zusammenhang mit der Schaffung bezuschussten Wohnraums tätig werden;

- d) den lokalen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften nach dem Gesetz Nr. 83-597 vom 7. Juli 1983 über lokale gemischtwirtschaftliche Gesellschaften;

- e) den nach Artikel L. 321-1 des Städtebaugesetzbuchs gegründeten öffentlichen Einrichtungen sowie den nach den Artikeln L. 322-1 ff. des Städtebaugesetzbuchs genehmigten oder von Amts wegen gegründeten städtischen Liegenschaftsvereinigungen;

- f) den nach Artikel 9 des Gesetzes Nr. 51-592 vom 24. Mai 1951 über Sonderkonten des Fiskus für das Jahr 1951 in der Fassung des Artikels 28 des Gesetzes Nr. 62-933 vom 8. August 1962 zur Ergänzung des Gesetzes über die Ausrichtung der Landwirtschaft gegründeten Gesellschaften;

- g) jeder Person des öffentlichen oder des privaten Rechts, die mit der Verwirklichung einer Zone abgestimmter Entwicklung oder einer Parzellierung ... betraut ist ...;

- h) den Gesellschaften, die einen Vertrag über die Durchführung von Arbeiten zur städtischen Restrukturierung der ... großen Einheiten oder heruntergekommenen Wohnviertel gemäß Artikel L. 222-1 des Bau- und Wohnungsetzbuchs abschließen.

Diese Körperschaften, Einrichtungen und Träger unterliegen bei der Wahrnehmung der ihnen vom Bauherrn gemäß diesem Artikel übertragenen Kompetenzen den Bestimmungen dieses Gesetzes.

Für den Abschluss von Verträgen durch den Beauftragten gelten vorbehaltlich gegebenenfalls erforderlicher, durch Dekret erfolgender Anpassungen zur Berücksichtigung der Zwischenschaltung des Beauftragten dieselben Vorschriften, die für den Bauherrn gelten.“

15 Artikel 5 des Gesetzes Nr. 85-704 sieht vor:

„Die Beziehungen zwischen dem Bauherrn und den in Artikel 4 genannten juristischen Personen werden durch einen Vertrag geregelt, der nur dann wirksam ist, wenn er Folgendes enthält:

- a) das Bauwerk, das Gegenstand des Vertrages ist, die dem Beauftragten übertragenen Kompetenzen, die Bedingungen, unter denen der Bauherr die Erfüllung der Aufgabe des Beauftragten feststellt, die Modalitäten der Vergütung des Beauftragten, die von diesem im Fall der Missachtung seiner Verpflichtungen zu zahlenden Vertragsstrafen und die Voraussetzungen, unter denen der Vertrag gekündigt werden kann;

...“

Vorverfahren

- 16 Da die Kommission der Ansicht war, dass manche Bestimmungen des Gesetzes Nr. 85-704, insbesondere diejenigen über die Voraussetzungen, unter denen sich ein Bauherr eines Projektleiters bedienen und die Wahrnehmung bestimmter Kompetenzen einem Baubetreuer übertragen könne, zum einen gegen die Richtlinie 92/50 und zum anderen gegen Artikel 49 EG verstießen, forderte sie die Französische Republik mit Schreiben vom 25. Juli 2001 zur Stellungnahme auf.

- 17 Mit Schreiben vom 8. März 2002 wiesen die französischen Behörden die Beanstandungen der Kommission mit Ausnahme derjenigen betreffend die Projektleitung gemäß Artikel 6 des Gesetzes Nr. 85-704 zurück. Sie räumten insoweit ein, dass die Aufgabe der Projektleitung eine Dienstleistung im Sinne des Gemeinschaftsrechts sei, und teilten mit, dass sie nunmehr vom neuen französischen Gesetzbuch über das öffentliche Auftragswesen erfasst werde.
- 18 Da diese Antwort die Kommission nicht zufrieden stellte, richtete sie am 27. Juni 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Französische Republik, in der sie diese aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dieser Stellungnahme innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Zustellung nachzukommen.
- 19 Mit Schreiben vom 14. Oktober 2002 teilte die Französische Republik der Kommission mit, dass sie an ihren im Schreiben vom 8. März 2002 dargelegten Standpunkten festhalte.
- 20 Da die Kommission der Ansicht war, dass die Vertragsverletzung in Bezug auf die Baubetreuung fortbestehe, hat sie die vorliegende Klage erhoben.
- 21 Nach Einreichung der Vertragsverletzungsklage erließen die französischen Behörden die Verordnung Nr. 2004-566 vom 17. Juni 2004 zur Änderung des Gesetzes Nr. 85-704 (JORF vom 19. Juni 2004, S. 11020), die dieses Gesetz unter Aufhebung des Erfordernisses, dass es sich um eine juristische Person französischen Rechts handeln muss, jedoch unter dem Vorbehalt der Beachtung bestimmter Unvereinbarkeitsregeln zur Verhinderung von Interessenkonflikten dahin gehend ändert, dass mit der Baubetreuung nunmehr jede Person des öffentlichen oder des privaten Rechts beauftragt werden darf. Nach Aussage der französischen Regierung ist diese Änderung keine Konsequenz aus der vorliegenden Klage und ändert nichts an der von ihr in diesem Zusammenhang vertretenen Rechtsansicht.

Zur Klage

Vorbringen der Parteien

- 22 Die Kommission macht geltend, die Französische Republik habe gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50, insbesondere den Artikeln 8 und 9, sowie aus Artikel 49 EG verstoßen, indem sie in Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 die Aufgabe der Baubetreuung abschließend aufgezählten Kategorien von juristischen Personen französischen Rechts vorbehalten habe.
- 23 Ein Baubetreuungsauftrag sei ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50. Die Aufgaben, die Gegenstand des Auftrags seien, fielen mit Ausnahme der Aufgaben im Zusammenhang mit der Vertretung unter die Kategorie 12 des Anhangs IA dieser Richtlinie, so dass die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 85-704 nicht im Einklang mit Artikel 8 der Richtlinie stünden. Aufträge, die ausschließlich oder hauptsächlich die Vertretung beträfen, fielen unter Anhang IB der Richtlinie 92/50, so dass das genannte Gesetz auch gegen Artikel 9 der Richtlinie verstoße.
- 24 Außerdem stelle Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 in Bezug auf Baubetreuungsaufträge, deren Wert unterhalb der in der Richtlinie 92/50 festgelegten Schwellen bleibe, sowie in Bezug auf Aufträge, die ausschließlich oder hauptsächlich Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie beträfen, eine Beschränkung des in Artikel 49 EG verankerten Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Eine solche Beschränkung könne weder nach den Artikeln 45 EG und 55 EG gerechtfertigt sein, da die betreffenden Aufgaben nicht einmal zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, noch nach den Artikeln 46 EG und 55 EG, weil unter den hier gegebenen Umständen keine Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit angeführt werden könnten.

- 25 Die französische Regierung bringt vor, der Baubetreuungsauftrag im Sinne des Gesetzes Nr. 85-704 sei kein wirtschaftlicher Vertrag und falle nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50. Der Beauftragte wirke an einer Aufgabe des Allgemeininteresses mit und könne nicht als Dienstleistungserbringer angesehen werden. Er vertrete den Bauherrn, was das Wesen des Auftrags ausmache. In diesem Zusammenhang würden ihm Kompetenzen übertragen, mit denen eine Entscheidungsbefugnis einhergehe. Die Vertretungstätigkeit sei untrennbar mit allen Handlungen verbunden, die der Beauftragte für den Auftraggeber vornehme. Bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse, die tatsächlich die eines Auftraggebers seien, unterliege der Beauftragte den Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Aufträge.
- 26 Die französische Regierung beruft sich im Übrigen auf das Urteil vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98 (*Ordine degli Architetti u. a.*, Slg. 2001, I-5409) über die Anwendung der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54). Aus den unter den vorliegenden Umständen entsprechend geltenden Ausführungen des Gerichtshofes in diesem Urteil ergebe sich, dass ein entgeltlicher Vertrag, wenn er einen Auftrag begründe, aus dem Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Aufträge fallen könne. Es genüge, dass für den Beauftragten selbst die Vorgaben gälten, die diese Richtlinien aufstellten. Das Gesetz Nr. 85-704 stelle für die vom Beauftragten geschlossenen Verträge aber dieselben Vorgaben auf wie für vom Bauherrn geschlossene Verträge.
- 27 Da der Baubetreuungsauftrag Merkmale aufweise, aufgrund deren er einem Dienstleistungsvertrag nicht gleichgestellt werden könne, verstoße Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 nicht gegen Artikel 49 EG.

Würdigung durch den Gerichtshof

Vorbemerkungen

- 28 Nach Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704 kann der Bauherr einem Beauftragten unter den in dem Vertrag gemäß Artikel 5 dieses Gesetzes bestimmten Bedingungen die Wahrnehmung sämtlicher oder mancher ausgewählter Kompetenzen in seinem Namen und für seine Rechnung übertragen. Artikel 4 dieses Gesetzes behält die Aufgabe der Baubetreuung abschließend aufgezählten Kategorien von Personen vor. Die französische Regierung hat nicht bestritten, dass diese Personen, wie von der Kommission vorgetragen, juristische Personen französischen Rechts sein müssen.
- 29 Zwar haben die französischen Behörden nach Einreichung der vorliegenden Klage das Gesetz Nr. 85-704 unter Aufhebung des Erfordernisses, dass es sich um eine juristische Person französischen Rechts handeln muss, dahin gehend geändert, dass mit der Baubetreuung nunmehr jede Person des öffentlichen oder des privaten Rechts beauftragt werden darf. Das Vorliegen einer Vertragsverletzung ist jedoch anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde (vgl. u. a. Urteile vom 16. Januar 2003 in der Rechtssache C-63/02, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2003, I-821, Randnr. 11, und vom 16. Dezember 2004 in der Rechtssache C-313/03, Kommission/Italien, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 9). Danach eingetretene Änderungen können vom Gerichtshof nicht berücksichtigt werden (vgl. u. a. Urteile vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-482/03, Kommission/Irland, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 11, und vom 14. April 2005 in der Rechtssache C-341/02, Kommission/Deutschland, Slg. 2005, I-2733, Randnr. 33).
- 30 Daher ist zu prüfen, ob Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 zum einen mit der Richtlinie 92/50 und zum anderen mit dem in Artikel 49 EG verankerten Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit in Einklang steht.

- 31 Im Hinblick auf den Vorwurf des Verstoßes gegen die Richtlinie 92/50 ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit ein Baubetreuungsauftrag im Sinne des Gesetzes Nr. 85-704 in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie nicht für Aufträge gilt, deren Wert unterhalb der in ihr festgelegten Schwelle bleibt.
- 32 Was die Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 49 EG anbelangt, so finden die Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Verkehr auf öffentliche Aufträge Anwendung, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen. Denn auch wenn manche Verträge vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, müssen die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98, Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60, und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 47, sowie Beschluss vom 3. Dezember 2001 in der Rechtssache C-59/00, Vestergaard, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20).
- 33 So verhält es sich u. a. bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, deren Wert nicht die in der Richtlinie 92/50 festgelegten Schwellen erreicht. Allein die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung war, dass die in den Richtlinien über öffentliche Aufträge vorgesehenen besonderen strengen Verfahren nicht angemessen sind, wenn es sich um öffentliche Aufträge von geringem Wert handelt, bedeutet nicht, dass diese vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind (vgl. Beschluss Vestergaard, Randnr. 19). Desgleichen gelten für Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 92/50 wie Konzessionsverträge weiterhin die allgemeinen Regeln des EG-Vertrags (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 16).
- 34 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach den Artikeln 45 Absatz 1 EG und 55 EG Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, in dem betreffenden Staat vom Anwendungsbereich des Artikels 49 EG ausgenommen sind.

Zur Rüge eines Verstoßes gegen die Richtlinie 92/50

- 35 Der Begriff „öffentliche Dienstleistungsaufträge“ ist in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 definiert. Danach handelt es sich um die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge.
- 36 Um festzustellen, ob ein Baubetreuungsauftrag im Sinne des Gesetzes Nr. 85-704 von der Richtlinie 92/50 erfasst wird, ist zu prüfen, ob die Kriterien des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie erfüllt sind. Da diese Vorschrift für die Bestimmung ihrer Bedeutung und ihrer Reichweite keinerlei ausdrücklichen Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten enthält, ist nicht zu untersuchen, wie das französische Recht den genannten Vertrag qualifiziert.
- 37 Hier sind die genannten Kriterien erfüllt.
- 38 Zunächst sieht Artikel 5 des Gesetzes Nr. 85-704 vor, dass die Beziehungen zwischen dem Bauherrn und dem Baubetreuer durch einen Vertrag geregelt werden, den diese schriftlich schließen. Außerdem erhält nach derselben Bestimmung der Baubetreuer eine Vergütung. Daher kann ein solcher Vertrag als schriftlicher entgeltlicher Vertrag angesehen werden.
- 39 Sodann definiert Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 „öffentliche Auftraggeber“ als den „Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“.

- 40 Nach Artikel 1 des Gesetzes Nr. 85-704 können Bauherrenaufgaben aber vom Staat und seinen öffentlichen Einrichtungen, von den Gebietskörperschaften und ihren öffentlichen Einrichtungen, den öffentlichen Einrichtungen zur Stadtneugestaltung und ihren Vereinigungen sowie den gemischten Zweckverbänden wahrgenommen werden. Ebenso dürfen Verträge über Baubetreuungsaufträge nach diesem Gesetz von den in Artikel L. 64 des Sozialversicherungsgesetzbuchs genannten privaten Einrichtungen und ihren Zusammenschlüssen und Verbänden sowie von den privaten Einrichtungen für preiswerten Mietwohnraum und den gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften in Bezug auf von diesen Einrichtungen und Gesellschaften erstellten staatlich unterstützten Mietwohnraum geschlossen werden.
- 41 Im vorliegenden Fall wird nicht bestritten, dass diese Rechtssubjekte öffentliche Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 sein können.
- 42 Schließlich werden „Dienstleistungserbringer“ in Artikel 1 Buchstabe c der Richtlinie definiert als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“. Artikel 50 EG qualifiziert als „Dienstleistungen“ „Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen“. Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA der Richtlinie 92/50 sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI der Richtlinie und Aufträge über Dienstleistungen des Anhangs IB gemäß den Artikeln 14 und 16 der Richtlinie vergeben.
- 43 Die Rechtssubjekte, die mit der Baubetreuung beauftragt werden können, sind in Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 aufgezählt. Es ist darauf hinzuweisen, dass sie teilweise selbst öffentliche Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 sein können. Zwar schließt Artikel 6 der Richtlinie von deren Anwendungsbereich öffentliche Dienstleistungsverträge aus, die an eine Stelle, die selbst ein Auftraggeber ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das diese Stelle gemäß veröffentlichter Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat, doch sind diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

- 44 Die Rechtssubjekte, die mit der Baubetreuung beauftragt werden können, können als „Dienstleistungserbringer“ angesehen werden, soweit die ihnen mit dem Baubetreuungsauftrag gemäß Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704 übertragenen Kompetenzen der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Gemeinschaftsrechts entsprechen.
- 45 Insoweit kann dem Vorbringen, mit dem die französische Regierung dartun möchte, dass der Beauftragte keine Dienstleistungen erbringt, nicht gefolgt werden.
- 46 Aus Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704, der die Kompetenzen aufzählt, die der Bauherr einem Beauftragten übertragen kann, geht hervor, dass der Baubetreuungsauftrag nicht nur ein Vertrag ist, mit dem sich der Beauftragte verpflichtet, den Bauherrn zu vertreten. Die betreffenden Kompetenzen umfassen verschiedene Aufgaben, bei denen es sich zum einen um administrative und technische Hilfsleistungen und zum anderen um Vertretungsaufgaben handelt.
- 47 Was zunächst die Frage anbelangt, ob, wie von der französischen Regierung vorgetragen, die Vertretungstätigkeit untrennbar mit allen sonstigen Handlungen verbunden ist, die der Beauftragte für den Auftraggeber vornimmt, so ist es durchaus vorstellbar, dass diese verschiedenen Aufgaben voneinander getrennt werden. Der Bauherr kann einem Beauftragten nach Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704 nämlich die Wahrnehmung sämtlicher oder eines Teils der in dieser Vorschrift aufgeführten Kompetenzen übertragen. Es ist auch festzustellen, dass, wie der Generalanwalt in Nummer 37 seiner Schlussanträge zutreffend ausgeführt hat, nichts dagegen spricht, dass für diese Aufgaben gegebenenfalls unterschiedliche Regelungen gelten.
- 48 Was sodann die Natur dieser Kompetenzen angeht, so ist die Frage, ob der Beauftragte an einer Aufgabe des Allgemeininteresses mitwirkt, nicht ausschlagge-

bend für die Feststellung, ob er Dienstleistungen erbringt oder nicht. Auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge ist es nämlich nicht ungewöhnlich, dass der Auftraggeber einem Dritten eine wirtschaftliche Aufgabe überträgt, mit der einem im Allgemeininteresse liegenden Bedürfnis entsprochen werden soll. Dies wird u. a. dadurch bestätigt, dass die Richtlinie 92/50 mit bestimmten Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Verteidigung gilt.

- 49 Schließlich ist zu ermitteln, ob, wie von der französischen Regierung behauptet, mit einem Baubetreuungsauftrag öffentliche Gewalt übertragen wird. Dies setzt voraus, dass die Wahrnehmung der fraglichen Kompetenzen auf Seiten des Bauherrn eine direkte Beteiligung an der Ausübung öffentlicher Gewalt umfasst.
- 50 Die französische Regierung hat keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass der Auftraggeber für eine Struktur der „internen“ Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes verantwortlich wäre (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50, und Coname, Randnr. 26). In der Tat gibt es keinen Grund für die Annahme, dass der Auftraggeber über den Beauftragten eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und der Beauftragte im Wesentlichen für die öffentliche Stelle oder die öffentlichen Stellen tätig ist, die seine Anteile innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49).
- 51 Bei den administrativen und technischen Hilfsaufgaben wie der Festlegung der verwaltungsmäßigen und technischen Bedingungen für Planung und Erstellung des Bauwerks handelt es sich um Dienstleistungen im Sinne des Artikels 8 und des Anhangs IA der Richtlinie 92/50, und der Beauftragte wirkt insoweit nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit.

- 52 Zu den Baubetreuungsaufträgen, die Aufgaben, die eine Vertretungstätigkeit umfassen, zum Gegenstand haben, ist vorab festzustellen, dass der Umstand, dass eine Leistung in Erfüllung eines solchen Vertrages erbracht wird, nicht ausreicht, um sie vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 auszuschließen. Diese Feststellung findet, wie von der Kommission als Beispiel angeführt, darin eine Stütze, dass für Beauftragungsvträge zwischen einem Auftraggeber und seinem Rechtsanwalt nach Artikel 9 und Kategorie 21 des Anhangs IB der Richtlinie die Artikel 14 und 16 der Richtlinie gelten.
- 53 Nach Artikel 3 des Gesetzes Nr. 85-704 können dem Beauftragten verschiedene Aufgaben übertragen werden, die die Vertretung des Bauherrn umfassen. Dies trifft insbesondere für die Unterzeichnung des Bauleitervertrags und des Vertrages über die Bauleistungen sowie für die Zahlung der Vergütung an die ausgewählten Leistungserbringer und Unternehmer durch den Beauftragten zu.
- 54 Wie der Generalanwalt in Nummer 41 seiner Schlussanträge zutreffend ausführt, ist der Beauftragte zwar befugt, die Verträge über die Bauleitung und über die Bauleistungen im Namen des Bauherrn zu unterzeichnen, er verfügt aber bei seinen Handlungen nicht über genügend Autonomie, um als Begünstigter einer Übertragung öffentlicher Gewalt angesehen werden zu können. Nach Artikel 2 des Gesetzes Nr. 85-704 kommt dem Bauherrn als Hauptverantwortlichem für das Bauwerk nämlich eine im Allgemeininteresse liegende, nicht übertragbare Aufgabe zu. Außerdem kann der Beauftragte erst nach Genehmigung durch den Bauherrn handeln. Die Finanzierung der Vergütung für die Leistungserbringer und die Unternehmer wird durch den Bauherrn gewährleistet, so dass dem Beauftragten in diesem Bereich kein Handlungsspielraum bleibt. Er streckt nur die Mittel vor, die ihm vom Bauherrn erstattet werden.
- 55 Unter solchen Umständen fallen Baubetreuungsaufträge, die Aufgaben zum Gegenstand haben, die die Vertretung des Bauherrn umfassen, unter Artikel 9 und Anhang IB der Richtlinie 92/50.

- 56 Die Ausführungen des Gerichtshofes in Randnummer 100 des Urteils Ordine degli Architetti u. a. betreffend die Anwendung der Richtlinie 93/37 können dieses Ergebnis nicht in Frage stellen. Der Gerichtshof hat in Bezug auf die Einhaltung dieser Richtlinie bei der Erstellung einer Erschließungsanlage unter Umständen wie den ihm unterbreiteten festgestellt, dass die Gemeindeverwaltung die in dieser Richtlinie vorgesehenen Auftragsvergabeverfahren nicht selbst durchführen muss. Die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie wäre auch dann gewahrt, wenn die Gemeindeverwaltung den Bauträger und Genehmigungsinhaber nach nationalem Recht dazu verpflichten könnte, diese Verfahren für die Erstellung der vereinbarten Anlagen anzuwenden.
- 57 Diese Würdigung erfolgte im Zusammenhang mit einer städtebaulichen Sonderregelung, nach der derjenige, dem eine Baugenehmigung erteilt wurde, einen Beitrag zu den durch sein Vorhaben verursachten Erschließungskosten zahlen musste. Der Betroffene konnte sich jedoch verpflichten, die Erschließungsanlagen unmittelbar zu erstellen, und die Kosten hierfür ganz oder teilweise vom geschuldeten Betrag abziehen. In diesem letzten Fall kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 93/37 handelte. Da die Gemeinde jedoch nicht die Möglichkeit hatte, denjenigen auszuwählen, der die Erschließungsarbeiten durchführen sollte, weil der Betroffene in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Baulands und Inhaber der Baugenehmigung von Gesetzes wegen feststand, war die Feststellung zulässig, dass als Alternative zur Zahlung eines Erschließungskostenbeitrags an die Gemeinde die Vergabeverfahren anstatt von der Gemeinde vom Genehmigungsinhaber angewandt werden konnten, dem Einzigen, dem nach dem Gesetz die Durchführung der Arbeiten möglich war. Diese Situation unterscheidet sich von der im Gesetz Nr. 85-704 geregelten Situation, die dem Bauherrn die Wahl des Beauftragten überlässt und keine Vorverpflichtungen kennt, für die die Vergütung, die der Beauftragte erhält, eine Gegenleistung darstellen würde.
- 58 Nach alledem ist ein Beauftragungsvertrag im Sinne des Gesetzes Nr. 85-704 ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 und fällt in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie.

- 59 Deshalb ist zu prüfen, ob Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704, der die Rolle des Beauftragten abschließend aufgezählten Kategorien von juristischen Personen französischen Rechts vorbehält, im Einklang mit der Richtlinie 92/50 steht.
- 60 Insoweit ist daran zu erinnern, dass diese Richtlinie darauf abzielt, bei den Vergabeverfahren einen besseren Zugang für Dienstleistungserbringer zu gewährleisten, um Praktiken zu unterbinden, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen und die insbesondere der Auftragsvergabe an Angehörige anderer Mitgliedstaaten entgegenstehen. Diese Grundsätze werden in Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie aufgegriffen, der die Diskriminierung von Dienstleistungserbringern verbietet.
- 61 Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 steht nicht im Einklang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Dienstleistungserbringern, da er die Aufgabe der Baubetreuung abschließend aufgezählten Kategorien von juristischen Personen französischen Rechts vorbehält.
- 62 Auch ohne dass die unter Anhang IA und die unter Anhang IB der Richtlinie 92/50 fallenden Dienstleistungen sowie — in diesem Zusammenhang — die möglichen Auswirkungen der Anwendung des Artikels 10 dieser Richtlinie ermittelt zu werden brauchten, steht außerdem fest, dass das Gesetz Nr. 85-704 für die Auswahl des Beauftragten keinerlei Ausschreibungsverfahren vorsieht.
- 63 Unter diesen Umständen ist die Rüge eines Verstoßes gegen die Richtlinie 92/50 begründet.

Zur Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 49 EG

- 64 Für die öffentlichen Dienstleistungsaufträge, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, bleibt zu ermitteln, ob Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 im Einklang mit dem in Artikel 49 EG verankerten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs steht.
- 65 Vorab ist festzustellen, dass dem Beauftragten, wie sich aus den Randnummern 49 bis 55 des vorliegenden Urteils ergibt, mit einem Baubetreuungsauftrag im Sinne des Gesetzes Nr. 85-704 keine Aufgaben übertragen werden, bei denen öffentliche Gewalt ausgeübt wird, ganz gleich, ob es um die ihm übertragenen administrativen oder technischen Hilfsaufgaben oder Vertretungstätigkeiten geht. Folglich kommt die in den Artikeln 45 EG und 55 EG vorgesehene Ausnahme im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung.
- 66 Artikel 49 EG verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Außerdem verlangt diese Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten —, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern (vgl. u. a. Urteile vom 13. Juli 2004 in den Rechtssachen C-262/02, Kommission/Frankreich, Slg. 2004, I-6569, Randnr. 22, und C-429/02, Bacardi France, Slg. 2004, I-6613, Randnr. 31 und die dort zitierte Rechtsprechung).

- 67 Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung all derjenigen Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EG-Vertrags, deren Ziel es ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen (vgl. Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89, Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Randnr. 15).
- 68 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Artikels 49 EG darstellt, weil er im Ergebnis die Aufgabe der Baubetreuung den in einer abschließenden Liste aufgeführten juristischen Personen französischen Rechts vorbehält.
- 69 Nach Artikel 46 EG in Verbindung mit Artikel 55 EG sind jedoch Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Prüfung der Akten hat aber nicht ergeben, dass eine solche Rechtfertigung vorliegt.
- 70 Unter diesen Umständen ist die Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 49 EG begründet.
- 71 Nach alledem ist festzustellen, dass die Französische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50 und aus Artikel 49 EG verstoßen hat, indem sie in Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 die Aufgabe der Baubetreuung den in einer abschließenden Liste aufgeführten juristischen Personen französischen Rechts vorbehalten hat.

Kosten

- 72 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Französische Republik mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr dem Antrag der Kommission entsprechend die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

Die Französische Republik hat gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung und aus Artikel 49 EG verstoßen, indem sie in Artikel 4 des Gesetzes Nr. 85-704 vom 12. Juli 1985 über die öffentliche Bauherrschaft und ihre Beziehungen zur privaten Bauleitung in der durch das Gesetz Nr. 96-987 vom 14. November 1996 über die Durchführung des Paktes zur Wiederbelebung der Stadt geänderten Fassung die Aufgabe der Baubetreuung den in einer abschließenden Liste aufgeführten juristischen Personen französischen Rechts vorbehalten hat.

Unterschriften.