

Anmerkung zu:	EuGH 5. Kammer, Urteil vom 06.10.2021 - C-598/19
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA, Dr. Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	15.02.2022
Quelle:	
Normen:	§ 118 GWB, EGRL 18/2004, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 2/2022 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Wolters, jurisPR-VergR 2/2022 Anm. 1

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer von den Vorgaben des europäischen Vergaberechts abweichenden Regelung auf nationaler Ebene

Tenor

Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat vorbehalten ist der Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit durch diesen Mitgliedstaat nicht verwehrt, über die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen hinaus zusätzliche Voraussetzungen zu verlangen und damit bestimmte Wirtschaftsteilnehmer, die die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllen, von den Verfahren zur Vergabe vorbehaltener öffentlicher Aufträge auszuschließen.

A. Problemstellung

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung ist die Prüfung der Zulässigkeit einer von den Vorgaben des europäischen Vergaberechts abweichenden Regelung auf nationaler Ebene. Diese immer wieder auftretende Frage hat der EuGH hier – fast schon – schulbuchmäßig geprüft. Sie lässt deshalb allgemeine Schlussfolgerungen dahingehend zu, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vorschrift der europäischen Vergaberechtsrichtlinien vom Richtlinien text abweichend in nationales Recht umgesetzt werden darf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung des EuGH liegt ein Ausgangsrechtsstreit über den Erlass einer Anweisung einer spanischen Provinzregierung für ihre Vergabestellen bei der Vergabe von bestimmten Aufträgen vorbehaltene öffentlichen Aufträgen i.S.d. Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU zugrunde. In dieser Anweisung legte die Provinzregierung – zusätzlich zu den Voraussetzungen von Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU – fest, dass eine Vergabe nur an solche Wirtschaftsteilnehmer möglich ist, die „besondere Beschäftigungszentren in sozialer Trägerschaft“ sind. Die Einordnung unter diesen Begriff verlangt, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Gewinnerzielungsabsicht hat. Die Klägerin ist ein Verband für besondere Beschäftigungszentren, die sich in unternehmerischer Trä-

gerschaft befinden. Ihre Mitglieder erfüllen die Anforderung der Richtlinie 2014/24/EU, nicht aber die Voraussetzung der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht. Dementsprechend erhob sie Nichtigkeitsklage beim Obergericht des Baskenlandes gegen die Anweisung und stellte damit inzident die gleichlautende spanische Umsetzung von Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU auf den Prüfstand.

Das zuständige Gericht legte daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob der spanische Gesetzgeber strengere Voraussetzungen für eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren nach Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU aufstellen durfte.

Der EuGH prüft im Rahmen seiner Entscheidung dazu neben dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck („Ziel“) des Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU auch dessen Entstehungsgeschichte. Bei der Auslegung des Wortlauts stellt der EuGH maßgeblich darauf ab, ob die Vorschrift bestimmten Wirtschaftsteilnehmern ein „Recht“ auf Teilnahme an bestimmten Aufträgen vorbehaltenen Aufträgen einräumt. Insbesondere weil die Vorschrift nur den Mitgliedstaaten die Befugnis verleihe, das Recht auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorzubehalten, sei das nicht der Fall. Hinsichtlich des Sinn und Zwecks kommt der EuGH zum Ergebnis, dass die Vorschrift (in Form der Eingliederung von Personen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen in die Gesellschaft) sozialpolitische Ziele verfolge. Bei der Festlegung der Maßnahmen eines sozialpolitischen Ziels hätten die Mitgliedstaaten jedoch einen weiten Ermessensspielraum. Auch das spreche folglich für einen verbleibenden Umsetzungsspielraum. Schließlich unterstütze auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift das Ergebnis eines verbleibenden Umsetzungsspielraums. Denn die Parallelvorschrift der vorhergehenden Richtlinie (Art. 19 der Richtlinie 2004/18/EG) habe noch strengere Voraussetzungen für Wirtschaftsteilnehmer vorgesehen, um als bestimmter Auftragnehmer im Sinne der Vorschrift zu gelten. Aus Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU ergebe sich jedoch nicht, dass aufgrund der von ihr statuierten weniger strengen Voraussetzungen diejenigen Wirtschaftsteilnehmer benachteiligt werden sollten, die noch unter der alten Vorschrift (ausschließlich) privilegiert waren.

Der EuGH belässt es aber nicht bei diesem Ergebnis. Vielmehr stellt der Gerichtshof klar, dass die strengere nationale Umsetzung auch mit den „Grundregeln des AEU-Vertrags“ – und damit insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit – im Einklang stehen muss. Dazu stellt er einige konkrete Vorgaben auf.

C. Kontext der Entscheidung

Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU ist dem Regelungsgehalt nach im Wesentlichen unverändert in § 118 GWB in nationales deutsches Recht umgesetzt worden. Soweit ersichtlich, ist diese Norm bislang nicht Gegenstand der Rechtsprechung geworden. Auch die vorliegende Entscheidung des EuGH bringt allerdings keinen Mehrwert für das Verständnis dieser Vorschrift. Denn sie betrifft – wie oben dargestellt – nicht den Regelungsgehalt von Art. 20 der Richtlinie 2014/24/EU selbst. Die Entscheidung zeigt vielmehr erneut, dass die Vergaberichtlinien oft keine Vollharmonisierung vorsehen (Fritton in: BeckOK VergabeR, 22. Ed. 31.01.2021, GWB EU und GPA Rn. 21-23; anders aber z.B. die Benennung der einzelnen Verfahrensarten: EuGH, Urt. v. 10.12.2009 - C-299/08 - Slg. 2009, I-11587 Rn. 29-31 „Kommission/Frankreich“) und den Nationalstaaten ein Spielraum bei ihrer Umsetzung verbleibt. Die Richtlinien geben häufig nur vor, welchen Regelungsinhalt das nationale Vergaberecht mindestens haben muss (so schon zu den Vorgängerrichtlinien: EuGH, Urt. v. 09.07.1987 - C-27 - 29/86, 27/86, 28/86, 29/86 - Slg. 1987, 3347 Rn. 14 f. „CEI“). Die Antwort auf die Frage, in welche „Richtung“ die nationalen Gesetzgeber abweichen dürfen, ist schwierig zu beantworten und hängt von den jeweiligen Vorschriften der Richtlinien ab. Die vorliegende Entscheidung ist jedoch nicht nur in der Hinsicht bemerkenswert, dass sie die Existenz des regelmäßig vorhandenen Umsetzungsspielraums bekräftigt. Vielmehr erarbeitet sie mit geradezu lehrbuchartiger Methodik, dass und in welche Richtung eine abweichende („strengere“) Umset-

zung der Richtlinienvorgabe im konkreten Fall möglich ist. Die Auslegungsmethoden des EuGH (und des EuG) sind grundsätzlich die gleichen wie die der Gerichte der Mitgliedstaaten (so schon: Kutscher in: Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28.09.1976, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, Luxemburg, 1976, I, 1, 33). Wie der EuGH die Auslegungsmethoden anwendet, kann jedoch mitunter ganz erheblich von der Vorgehensweise anderer (deutscher) Spruchkörper abweichen (Wegener in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV Rn. 28). Ganz grundsätzlich misst der EuGH der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift eine besondere Bedeutung zu (vgl. Mayer in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, 74. Erg.-Lfg. September 2021, Art. 19 EUV Rn. 53). Aus mehreren Gründen ist ihm der Wortlaut einer Vorschrift demgegenüber weniger wichtig (Wegener in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV Rn. 28).

Diese mitunter feine Differenzierung kam vorliegend jedoch nicht zum Tragen. Die Entscheidung fällt in dieser Hinsicht dennoch auf, weil sie die der klassischen Methodenlehre entsprechende Rechtsfindung ausgesprochen nachvollziehbar offenlegt. Dass bei der Frage, ob und in welche Richtung eine von der Richtlinie abweichende Umsetzung zulässig ist, neben dem Wortlaut das „Ziel“ (also der „Sinn und Zweck“ im Sinne der deutschen Methodenlehre) der Regelung das maßgebliche Auslegungskriterium ist, arbeitet der EuGH im Rahmen dieser Entscheidung sehr deutlich heraus. Es ist demnach stets zunächst zu prüfen, ob eine abweichende Umsetzung überhaupt mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar ist. Im zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, ob die „Richtung“, in die die konkrete nationale Regelung von ihrer Vorlage abweicht, zulässig ist. Dafür ist entscheidend, wie sie sich zum mit der Richtlinienvorschrift verfolgten Sinn und Zweck verhält. Den Sinn und Zweck der europäischen Regelung (also ihre Wirkung) darf ein nationaler Gesetzgeber bei der Umsetzung nicht einschränken. Grundsätzlich zulässig ist es demgegenüber, wenn eine nationale Regelung den verfolgten Zweck ebenso oder weiter gehender fördert. Die Zulässigkeit einer dem Regelungszweck dienenden abweichenden Umsetzung ist jedoch nicht grenzenlos. Auch das stellt der EuGH in seiner Entscheidung explizit fest. Denn er betont – auch das ist nicht neu (vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 26.09.2019 - C-63/18 - Slg. 2019, I-78 „Vitali“) – die Bindung der nationalen Gesetzgeber an europäisches Primärrecht bei einer vom Regelungsgehalt einer Richtlinie abweichenden Umsetzung (Friton in: BeckOK VergabeR, GWB EU und GPA Rn. 32). Hierbei stellt der EuGH erwartbar insbesondere auf die Grundsätze der Bietergleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit ab. Insbesondere ihnen muss eine überschießende Regelung entsprechen, um unionsrechtskonform zu sein.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen der Entscheidung für die Auslegung des Vergaberechts in Deutschland werden sich in Grenzen halten. Denn der deutsche Gesetzgeber hat die Vorschrift im Gegensatz zum spanischen Gesetzgeber ihrem Regelungsinhalt nach im Wesentlichen übernommen. Allerdings verdeutlicht die Entscheidung, dass bei der Prüfung des nationalen Vergaberechts stets auch geprüft werden sollte, ob diese Vorschrift auch im konkreten Fall im Einklang mit dem Sinn und Zweck der dahinterstehenden Richtlinienvorlage steht. Ob eine nationale Umsetzung unionsrechtswidrig ist, haben die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Entscheidung (mit) zu prüfen und bei Zweifeln dem EuGH vorzulegen. Ebenso verdeutlicht die Entscheidung, dass im Rahmen der Anwendung des deutschen Vergaberechts nicht mit der Schablone eine „richtlinienkonforme Auslegung“ entlang des Wortlauts der europäischen Vorlage erfolgen kann. Vielmehr ist bei der entsprechenden Prüfung zu berücksichtigen, dass eine nationale Vorschrift unter den vom EuGH etablierten Voraussetzungen (häufig) von ihrer europäischen Vorlage abweichen kann. Der EuGH hat selbst festgestellt, dass im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung neben dem Wortlaut auch der Sinn und Zweck der Regelung auf europäischer Ebene zu berücksichtigen ist (EuGH, Urt. v. 17.09.1997 - C-54/96 - Slg. 1997, I-4961 Rn. 43 „Dorsch Consult“; EuGH, Urt. v. 24.09.1998 - C-76/97 - Slg.

1998, I-5357 Rn. 25 „Walter Tögel“). Dementsprechend kommt die richtlinienkonforme Auslegung insbesondere dann zum Tragen, wenn eine nationale Umsetzung andernfalls gegen den Sinn und Zweck ihrer europäischen Vorlage verstoßen würde. Schließlich lohnt es sich, die aus der Entscheidung abzuleitende Erkenntnis der Maßgeblichkeit der „klassischen“ Methodenlehre und der besonderen Bedeutung der Auslegung nach dem Sinn und Zweck (auch) für die Auslegung der (Vergaberechts-)Richtlinien im Hinterkopf zu behalten.

© juris GmbH