



Kölner Schriften zu Recht und Staat

Band 56

ANNA LAGEDER

Die Bindungswirkung von Urteilen im Vertragsverletzungsverfahren

Das Beispiel der vergaberechtlichen Praxis
in Deutschland, Österreich und Italien

Einleitung

A. Hinführung zum Thema

I. Die Bedeutung der Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Unionsrecht

Die zentrale Rolle von Urteilen des EuGH für das Unionsrecht beschreibt *Hallstein* mit folgendem Zitat prägnant: „*In den Entscheidungen des Hohen Gerichts lebt das Gemeinschaftsrecht.*“¹ Was *Kierullf* seinerzeit allgemein als die Aufgabe der Gerichte beschrieben hat,² lässt sich mit gewissen Einschränkungen auf den EuGH übertragen: Diesem obliegt die Anwendung des Unionsrechts auf den Einzelfall und damit die Konkretisierung des „*objective[n] Wille[ns]*“³ der Mitgliedstaaten, der allen voran in den primärrechtlichen Verträgen des Unionsrechts seine „*abstracte Wirklichkeit*“⁴ gefunden hat.⁵ Die Jurisdiktionsgewalt des EuGH ist dabei begrenzt:⁶ Der EuGH kann mit Ausnahme der Amtshafungsklage weder die Mitgliedstaaten noch andere Unionsorgane zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verurteilen.⁷ Der Grad der zu erreichenden Konkretisierung ist folglich beschränkt und den Urteilen wohnt trotz aller Einzelfallbezogenheit ein abstraktes Element inne.⁸ Dennoch zielen die Urteile des EuGH darauf ab, Wirkungen zu zeitigen, die sich entweder unmittelbar in der

1 *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 110.

2 *Kierullf*, Theorie des Gemeinen Civilrechts, S. 18: „*Das Gesetz ist als solches der objective Wille, welcher nur noch abstracte Wirklichkeit hat. Die concrete Wirklichkeit ihm zu geben, ist die Aufgabe des Gerichts, als des Organs der Realisation des Willens des Staats.*“

3 Ebda.

4 Ebda.

5 Ähnlich umfasst nach *Mayer F.C.*, in: *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 19 EUV, Rn. 30 f. [Stand: 7/2010], die Aufgabe des EuGH zur Wahrung des Rechts die Konkretisierung und Fortbildung des Unionsrechts innerhalb bestimmter Grenzen.

6 Zu Umfang und Grenzen eingehend *Hillgruber*, in: *Behrens/Eger/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, S. 1 ff.

7 *Everling*, in: *Kruse* (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 69. Zum insoweit eingeschränkten Spielraum des EuGH bei Untätigkeitsklagen, Vertragsverletzungsklagen und Nichtigkeitsklagen: Laut, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 27, Rn. 29.

8 *Everling*, in: *Kruse* (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (69).

Wirksamkeit von Unionsrechtsakten niederschlagen⁹ oder in sonstiger Weise das Handeln der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten betreffen.¹⁰ Wie die unionsrechtlichen Rechtsnormen sind nämlich auch Urteile des EuGH darauf angelegt, die Wirklichkeit zu beeinflussen,¹¹ um nicht reiner Selbstzweck zu bleiben. Zur Entfaltung dieser Wirkungen bedürfen die Urteile, soweit ihnen nicht unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung zukommt, allerdings des Vollzugs.¹² Die Urteile des EuGH müssen also zumindest die verfahrensbeteiligten Unionsorgane und Mitgliedstaaten bzw. im Vorabentscheidungsverfahren das vorlegende nationale Gericht in der Weise binden, dass diese die gerichtliche Entscheidung als existent akzeptieren und aus ihr Folgerungen ziehen, welche sie ihrem weiteren Handeln zugrunde legen.¹³ Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob tragende Grundprinzipien des Unionsrechts – allen voran das Bestreben nach der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in der „Rechtsunion“¹⁴ – nach einer Erstreckung

-
- 9 So die Gestaltungsurteile, die im Rahmen von Nichtigkeitsklagen ergehen (zur Gestaltungswirkung: Dörr, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 263 AEUV, Rn. 197 ff. [Stand: 11/2012]; Kirschner/Klipfel, Das Gericht erster Instanz, § 16, Rn. 134; Laut, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 27, Rn. 24 ff.).
 - 10 In Anlehnung an die Aussage von Everling, in: Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (69), wonach je nach Verfahrensart entweder die Unionsorgane oder die Mitgliedstaaten und die nationalen Gerichte die entsprechenden Schlüsse aus den Urteilen ziehen müssen.
 - 11 Ohne auf Urteile einzugehen stellt Classen, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 197 AEUV, Rn. 2 [Stand: 3/2011], fest: „Alles Recht soll die Wirklichkeit beeinflussen.“
 - 12 Ähnlich Classen (ebda), der allgemein feststellt, dass das Recht die Beeinflussung der Wirklichkeit erst durch seinen Vollzug erreicht. Ähnlich auch v. Borries, in: FS Rengeling, 2008, S. 485 ff. (485): „Ohne Vollzug verfehlt das Recht seinen Zweck.“ Für Urteile des EuGH siehe ferner Everling, in: Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (70 f.).
 - 13 In Anlehnung an die Definition der Bindungswirkung bei Schroeder, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG, S. 19 f. Diese versteht die Bindungswirkung von Rechtsakten für Entscheidungsträger zum einen „existenzbezogen“ als Aufhebungsverbot, zum anderen „inhaltsbezogen“ als Pflicht, den Inhalt des Rechtsaktes als gegeben zu akzeptieren und dem weiteren Handeln zugrundezulegen. Ähnliches folgt aber auch aus Everling, in: Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (69 ff.).
 - 14 Der Begriff der „Rechtsunion“ findet sich etwa bei Nowak, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 13, Rn. 5; Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 4. Er geht zurück auf Hallstein, Europäische Reden, S. 108 f., 341 ff. (so auch Calliess,

der Wirkungen von Urteilen des EuGH über den Kreis der Verfahrensbeteiligten hinaus verlangen.¹⁵ Die Bindungswirkung eines Urteils des EuGH erfasst im hier verwandten Sinne daher alle Wirkungen eines Urteils, die zu einer Bindung der Organe der Europäischen Union oder der Mitgliedstaaten an ein Urteil führen, sodass sie es als existent anerkennen und ihr späteres Handeln an ihm orientieren müssen.¹⁶

II. Das Vertragsverletzungsverfahren als zentrales Instrument zur Durchsetzung des Unionsrechts

Im Einzelnen variieren die Wirkungen von Urteilen des EuGH mit der Verfahrensart, in welcher sie erlassen wurden.¹⁷ Dies hängt mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der Verfahrensarten zusammen, aber auch mit dem Verfahrensgegenstand und den Adressaten, an welche sich die Urteile in erster Linie richten. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf Urteile des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren, deren Wirkungen im Gegensatz zu den vieldiskutierten Vorabentscheidungen¹⁸ in der wissenschaftlichen Literatur bisher vergleichsweise

in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 2 EUV, Rn. 25), der allerdings angepasst an die damalige Terminologie noch von der „Rechtsgemeinschaft“ spricht. Zu der Entwicklung des Begriffs (u.a. in der Rspr. des EuGH) s.u. I. Abschnitt E.II.1, S. 72. Zum Erfordernis der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts: EuGH, Urt. v. 13.12.1979 – C-44/79, Slg. 1979, 3727 ff. (3744, Rn. 14) – Hauer; Wegener, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 19 EUV, Rn. 33.

- 15 Ähnliche Argumente zieht für die Bindung nichtverfahrensbeteiligter Mitgliedstaaten an Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren auch heran: *Tsikrikas*, Die Wirkungen der Urteile des EUGH im Vertragsverletzungsverfahren, S. 149. Ferner misst auch *Schoch*, DVBl 2004, 69 ff. (74 f.), dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung bei der Beurteilung der Bindungswirkungen der Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren eine besondere Bedeutung bei.
- 16 In Anlehnung an die Definition der Bindungswirkung bei *Gutsche*, Die Bindungswirkung der Urteile des EuGH, S. 1 und *Schroeder*, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG, S. 19 f.
- 17 *Lasok*, The European Court of Justice, S. 493; *Laut*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 27, Rn. 20.
- 18 Ebenso stellt *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der EU, S. 2 und 324, fest, dass diese Thematik bereits Gegenstand vieler Untersuchungen war und verweist auf seine zahlreichen Fundstellen in späteren Abschnitten und zwar auf den S. 404 ff. und 439 ff. desselben Buches. Ähnlich wie Ersterer: *Ehrcke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, S. 5 f.

wenig Beachtung fanden.¹⁹ Dies widerspricht der zentralen Bedeutung, die der Verfahrensart bei der Durchsetzung des Unionsrechts zukommt.²⁰ Das Unionsrecht verfügt über keine Machtmittel, um die Mitgliedstaaten gewaltsam zur Rechtsbefolgung anzuhalten.²¹ Das Vertragsverletzungsverfahren ist in diesem, weitgehend auf freiwillige Mitwirkung angelegten System,²² regelmäßig das letzte Mittel, um die Mitgliedstaaten zu einem unionsrechtskonformen Verhalten und zum Vollzug der Urteile des EuGH zu bewegen.²³ Dennoch werden gerade bei dieser Verfahrensart die Grenzen deutlich, auf die der EuGH bei der Ausübung seiner richterlichen Tätigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten stößt. Seine Befugnis beschränkt sich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlichen Handelns.²⁴ Im Vertragsverletzungsverfahren stellt der EuGH daher lediglich eine Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat fest, ohne ihn zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu verurteilen.²⁵ Allerdings geht die Feststellung

-
- 19 Eingehend untersuchen die Wirkungen von Entscheidungen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren: *Gutsche*, Die Bindungswirkung der Urteile des EuGH, S. 32 ff.; *Tsikrikas*, Die Wirkungen der Urteile des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren. Letzterer stellt fest, dass sich die bisherigen Untersuchungen der Problematik „*klarer prozessdogmatischer Fragestellungen weniger unterzogen*“ hätten (*Tsikrikas* a.a.O., S. 22).
- 20 Diese Bedeutung des Vertragsverletzungsverfahrens betonen *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 258 AEUV, Rn. 10 [Stand: 5/2013]; *Wollenschläger P.*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rspr. der Mitgliedstaaten, S. 19 und 75 f.
- 21 *Everling*, in: FS Kutscher, 1981, S. 155 ff. (183); *Mayer F.C.*, in: *Schuppert/Pernice/Haltern* (Hrsg.), Europawissenschaft, S. 429 ff. (479). Ähnlich *Everling*, in: FS Mosler, 1983, S. 173 ff. (181 f.); *ders.*, in: *Kruse* (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (71); *Ortlepp*, Das Vertragsverletzungsverfahren, S. 130: Die Letzteren jeweils in Bezug auf Urteile des EuGH.
- 22 *Mayer F.C.*, in: *Schuppert/Pernice/Haltern* (Hrsg.), Europawissenschaft, S. 429 ff. (479). Ähnlich *Dobler*, in: *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509 ff. (550); *Everling*, in: *Kruse* (Hrsg.), Zölle, Verbrauchersteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (71).
- 23 Ebenso macht *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 258 AEUV, Rn. 10 [Stand: 5/2013], das Vertragsverletzungsverfahren als letztes Mittel zur Erwirkung unionsrechtskonformen Verhaltens der Mitgliedstaaten aus. Ähnlich *Dobler*, in: *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509 ff. (550 f.); *Everling*, in: *Kruse* (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 51 ff. (71).
- 24 *Nettesheim*, in: Vierzehnte Badenweiler Gespräche, S. 205 ff. (205).
- 25 *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 2; *Heidig*, Die Verhängung von Zwangsgeldern und Pauschalbeträgen, S. 36 f.; *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*,

der Vertragsverletzung jedenfalls für den verfahrensbeteiligten Mitgliedstaat mit der Pflicht einher, den von ihm verübten Vertragsverstoß zu beseitigen.²⁶

III. Der Einfluss der Bindungswirkung auf die Rechtsanwendung

Die Bindungswirkung ist Ausdruck der Jurisdiktionsgewalt des EuGH und bestimmt sich in erster Linie nach dem Umfang der ihm in den Gründungsverträgen übertragenen Kompetenzen.²⁷ Auch die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren muss ihre theoretischen Grundlagen daher im unionsrechtlichen Primärrecht finden.²⁸ Die praktischen Konsequenzen der Wirkungen, die von solchen Urteilen ausgehen, werden demgegenüber vor allem im innerstaatlichen Bereich bei der Rechtsanwendung durch die nationalen Einrichtungen sichtbar.²⁹ Die Urteile richten sich nämlich ausweislich des Art. 260 Abs. 1 AEUV an die Mitgliedstaaten, sodass eine Bindungswirkung in erster Linie als Verpflichtung zur Beachtung der Urteile bei der künftigen Rechtsanwendung durch die nationalen Einrichtungen denkbar ist.³⁰ Um die Wirkungen der Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren zu erfassen und zu begreifen, genügt daher nicht der Blick auf die unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen. Vielmehr muss als weiterer Aspekt auch die Rechtsanwendung durch die Mitgliedstaaten im Einzelfall betrachtet werden. Die Untersuchung der Rechtspraxis erfordert allerdings eine Einschränkung der untersuchten Materie in zweifacher Hinsicht.

Das Recht der EU, Art. 260 AEUV, Rn. 4 [Stand: 5/2013]; *Ortlepp*, Das Vertragsverletzungsverfahren, S. 107.

- 26 Cremer, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 2 und 4; Heidig, Die Verhängung von Zwangsgeldern und Pauschalbeträgen, S. 39 ff.; Karpenstein, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 260 AEUV, Rn. 9 ff. [Stand: 5/2013]; Ortlepp, Das Vertragsverletzungsverfahren, S. 113. Des Weiteren verdeutlicht Nettesheim, in: Vierzehnte Badenweiler Gespräche, S. 205 ff. (207), dass es sich je nach „*Art und Natur des Fehlverhaltens*“ auch um eine Pflicht zur Unterlassung weiterer Vertragsverstöße handeln kann.
- 27 Ähnlich *Toth*, YEL 1984, 2 ff. (5), der allerdings zwei Arten von Wirkungen der Urteile des EuGH unterscheidet: die „*binding force*“ im Sinne der Gesetzeskraft von Urteilen und sonstige „*legal effects*“.
- 28 *Toth* (ebda), allerdings für die „*binding force*“.
- 29 Dies wird deutlich durch den Beitrag von *Schoch*, DVBl 2004, 69 ff.
- 30 Dem liegt das Verständnis der Bindungswirkung von Rechtsakten bei *Schroeder*, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG, S. 19 f., zugrunde (s.o. S. 2, Fn. 13).

1. Beschränkung der Untersuchung auf das Vergaberecht

Der EuGH hat jährlich über eine Vielzahl von Vertragsverletzungsklagen zu befinden,³¹ die unterschiedliche Politikfelder und Rechtsmaterien betreffen.³² Mit den politischen und rechtlichen Inhalten divergieren auch die Probleme, die sich bei der Umsetzung der Urteile stellen. Ergibt sich für einen Bereich staatlichen Handelns, dass die Mitgliedstaaten geneigt sind, ihr Verhalten an der Rechtsprechung des EuGH zu orientieren, muss dies für andere Lebensbereiche nicht ebenso gelten.³³ Daher beschränkt sich die Untersuchung insoweit auf eine begrenzte Rechtsmaterie, das Vergaberecht, für welches die Nachvollziehung der Reichweite der Urteilswirkungen aus zweierlei Gründen besonders interessant ist:

Die Einflussmöglichkeiten der Rechtsprechung des EuGH auf die Rechtsanwendung variieren mit den Rechtsgebieten. Je stärker ein Rechtsgebiet unionsrechtlich geprägt ist, umso weitreichender können auch die Folgen der Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren für die Rechtsanwendung ausfallen.³⁴ Zum einen steigt mit der Anzahl der unionsrechtlichen Vorgaben in einem Rechtsgebiet die Anzahl der möglichen Unionsrechtsverstöße. Zum anderen ist der Rechtsprechungsauftrag des EuGH auf die Anwendung und Auslegung geltenden Rechts beschränkt.³⁵ Die Befugnisse des EuGH enden also jedenfalls mit den unionsrechtlichen Kompetenzen, deren Reichweite sich im Umfang der unionsrechtlichen Prägung eines Rechtsgebiets widerspiegelt. Das nationale Vergaberecht ist sehr stark durch unionsrechtliche Vorgaben geprägt und seine Entwicklung von einer

31 So sind im Zeitraum von 2008 bis 2012 beim EuGH allein gegenüber Deutschland und Österreich jeweils 29 Vertragsverletzungsklagen neu eingegangen, gegenüber Italien sogar 51. Die Zahlen folgen aus EuGH, Jahresbericht 2012, Statistik S. 99, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_de_proof_01.pdf> (Stand: 10.04.2015).

32 Einen Überblick über die Politikfelder und Rechtsmaterien, die Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH sein können, gibt EuGH, Jahresbericht 2012, S. 97 (Internetfondstelle s.o. Fn. 31).

33 Dies folgt aus *Seiler*, Der souveräne Verfassungsstaat, S. 265, der allgemein feststellt, dass sich die Mitgliedstaaten die wichtigsten Fragen (z.B. Einsatz der Streitkräfte) vorbehalten.

34 Dies folgt aus *Schoch*, DVBl 2004, 69 ff. (69), der die herausragende Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für das Abfallrecht als vom Unionsrecht durchdrungenen Bereich betont.

35 *Hillgruber*, in: *Behrens/Eger/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, S. 1 ff. (2 ff.); *Mayer F.C.*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 19 EUV, Rn. 31 [Stand: 7/2010].

besonderen Dynamik gekennzeichnet.³⁶ Entsprechend weitreichend können auch die Folgen sein, welche sich für die Mitgliedstaaten aus den Urteilen des EuGH in diesem Rechtsgebiet ergeben.

Aus unionsrechtlicher Sicht ist die Untersuchung der Wirkungen von Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren anhand des Vergaberechts auch deshalb interessant, weil diesem Rechtsgebiet von Anfang an für die Verwirklichung des Binnenmarktes eine bedeutende Rolle zukam.³⁷ Dies ist nicht zuletzt auf die herausragende wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe innerhalb der Europäischen Union³⁸ zurückzuführen und auf die damit einhergehende besondere Gefahr der Bevorzugung der eigenen nationalen Unternehmen.³⁹

2. Beschränkung der Untersuchung auf Deutschland, Österreich und Italien

Die Pflicht zur Beseitigung des Unionsrechtsverstoßes, welche mit dem Feststellungsurteil im Vertragsverletzungsverfahren einhergeht,⁴⁰ ist unter Berücksichtigung der betroffenen unionsrechtlichen Bestimmungen zu ermitteln.⁴¹ Die Beseitigung des Unionsrechtsverstoßes bedeutet also zugleich die mitgliedstaatliche Durchführung der unionsrechtlichen Bestimmungen, deren Verletzung der EuGH festgestellt hat. Wegen des in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EUV normierten Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und in Ermangelung entsprechender Kompetenzen der Europäischen Union kommt den Mitgliedstaaten insoweit eine weitgehende Verfahrensautonomie zu.⁴² Auch die Umsetzung der mit den Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren einhergehenden

36 Leinemann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, Kapitel 1, Rn. 1. Ähnlich auch Burgi, NZBau 2009, 609 ff. (612), welcher das Europarecht als „Motor der Vergaberechtsentwicklung“ bezeichnet.

37 Ebenso zur Bedeutung des Vergaberechts für den europäischen Binnenmarkt: Burgi, NZBau 2009, 609 ff. (612).

38 Hierzu Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 3, Kapitel 9, Rn. 1696; Weyand, *Vergaberecht*, GWB Teil 1, S. 31, Rn. 1 ff.; aber auch KOM, *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, SWD 2012 (342) final, <ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf>, S. 6 ff. (Stand: 10.04.2015).

39 Ebenso führt Burgi, NZBau 2009, 609 ff. (612), die zentrale Rolle des Vergaberechts für das Unionsrecht u.a. auf die Gefahr der Bevorzugung eigener Unternehmen zurück.

40 S.o. Einleitung A.II, S. 3, Fn. 26.

41 Nettesheim, in: *Vierzehnte Badenweiler Gespräche*, S. 205 ff. (207 f.).

42 Ähnlich v. Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 302, 304 f. und 306 ff. Siehe allerdings den Beitrag von Bobek, in: *Micklitz/De Witte* (Hrsg.), *The European Court of*

Verpflichtungen erfolgt daher vorbehaltlich anderweitiger unionsrechtlicher Regelungen auf der Grundlage der formellen und materiellen Bestimmungen des nationalen Rechts,⁴³ begrenzt durch die unionsrechtlichen Grundprinzipien der Äquivalenz und Effektivität des Unionsrechts.⁴⁴ Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Rechtsgrundlagen, welche den Mitgliedstaaten im Einzelfall zur Umsetzung ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Verfügung stehen, je nach Rechtsordnung variieren.

Das nationale Vergaberecht beruht in den Mitgliedstaaten weitgehend auf den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts, wobei die Vereinheitlichung des Vergaberechts innerhalb der Europäischen Union vorrangig durch den Erlass von Richtlinien vorangetrieben wurde.⁴⁵ Diese sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV nur hinsichtlich der Ziele verbindlich, während die Wahl der Formen und Mittel den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.⁴⁶ Die Umsetzung der unionsrechtlichen

Justice and the Autonomy of the Member States, S. 305 ff., mit dem aussagekräftigen Titel „*Why there is no principle of procedural autonomy of the member States*“.

- 43 Dies folgt aus GA Alber, Schlussanträge v. 19.01.1999 – C-328/96, Slg. 1999, I-7482 ff. (I-7500, Rn. 80) – St. Pölten (Rückabwicklung eines Bauauftrags und Folgen rechtlicher Unmöglichkeit). Ähnlich zur Pflicht zur Beendigung öffentlicher Aufträge im Anschluss an ein stattgebendes Urteil des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren: Bitterich, EWS 2005, 162 ff. (167); Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 131; Ruthig, in: Tagungsband, 8. Düsseldorfer Vergaberechtstag, S. 69 ff. (73 f.); Scharen, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 20. Los, Art. 258, Rn. 65. Ähnlich zur Aufhebung unionsrechtswidriger Verwaltungsmaßnahmen allgemein: Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 493.
- 44 Die Bedeutung der Grundsätze bei der Durchführung des Unionsrechts auf der Grundlage des nationalen Rechts betont in der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Urt. v. 21.09.1983 – Rs. 205/82 bis 215/82, Slg. 1983, 2633 ff. (2666 ff., Rn. 22 ff.) – Deutsche Milchkontor. In der Literatur z.B. Classen, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 197, Rn. 23 [Stand: 3/2011]; Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 45 f.; Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 62. Siehe zur Begrenzung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie durch das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip nach der EuGH-Rspr. auch v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 310 f. und 476 ff.; Bobek, in: Micklitz/De Witte (Hrsg.), The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States, S. 305 ff.
- 45 Zu den Richtlinien als insoweit zentrales Instrument: Frank, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU, S. 281 und S. 58 f.; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 45.
- 46 Dieselbe Argumentation für die verschiedenen nationalen Lösungsansätze bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien wählt Frank, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU, S. 59 und 281.

Vorgaben in den Mitgliedstaaten ist in der Folge unterschiedlich ausgefallen.⁴⁷ Soweit vergaberechtliche Sachverhalte Gegenstand von Vertragsverletzungsverfahren sind, werden sich die nationalen Rechtsgrundlagen, die zur Beseitigung der Unionsrechtsverstöße zur Verfügung stehen, daher regelmäßig je nach betroffenem Mitgliedstaat unterscheiden. Der Europäischen Union gehören heute 28 Mitgliedstaaten an,⁴⁸ sodass die Nachvollziehung der Urteilswirkungen in der vergaberechtlichen Praxis die Beschränkung auf einzelne Mitgliedstaaten erfordert.

Aus vergaberechtlicher Sicht ist die Nachvollziehung der Urteilswirkungen anhand der vergaberechtlichen Praxis in Deutschland, Österreich und Italien sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen besonders interessant. So pflegen die drei Mitgliedstaaten rege wirtschaftliche Beziehungen zueinander. Deutschland ist Italiens wichtigster Handelspartner⁴⁹ und zugleich auch wichtigster Handelspartner Österreichs, in weitem Abstand gefolgt von Italien.⁵⁰ Auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe zeitigt die geographische Nähe zwischen den drei Mitgliedstaaten Wirkungen: So ergab eine Studie der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2011, dass in Österreich rund 84 % der öffentlichen Aufträge, die direkt grenzüberschreitend an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten vergeben werden, deutschen Unternehmen erteilt werden.⁵¹ Weit abgeschlagen, aber dennoch an zweiter Stelle liegen italienische Unternehmen, mit einem Anteil von rund 5 %.⁵² Umgekehrt vergibt auch Deutschland die meisten öffentlichen Aufträge, die direkt grenzüberschreitend an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten vergeben werden, nämlich rund 51 % an österreichische Unternehmen.⁵³ Dasselbe gilt für Italien, wo rund 44 % der direkt grenzüberschreitend vergebenen Aufträge an

47 Frank a.a.O., S. 281 ff.

48 Die Mitgliedstaaten mit Beitrittsdatum sind auf der Internetseite der Europäischen Union aufgeführt, <europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_de.htm> (Stand: 10.04.2015).

49 Auswärtiges Amt, Länderinformation, <auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laenderinfos/Italien/Bilateral_node.html#doc358722bodyText2> (Stand: 10.04.2015).

50 So für das Jahr 2012: Statistik Austria (Bundesanstalt Statistik Österreich), Pressemitteilung 10.479-055/13 v. 08.03.2013, <statistik.at/web_de/presse/070249> (Stand: 10.04.2015).

51 KOM, Final Report Cross Border Procurement Above EU-Thresholds, S. 46 f., <ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cross-border-procurement_en.pdf> (Stand: 10.04.2015).

52 KOM a.a.O., S. 47.

53 Ebda.

österreichische Unternehmen vergeben werden, während deutsche Unternehmen noch hinter spanischen und britischen Unternehmen mit einem Anteil von rund 12 % an vierter Stelle stehen.⁵⁴ Neben der geografischen Lage als Nachbarstaaten machte die Europäische Kommission in erster Linie die gemeinsame Sprache, aber auch geschichtliche Hintergründe als Faktoren aus, welche die grenzüberschreitende Auftragsvergabe fördern.⁵⁵

Aus rechtlicher Sicht erweist sich das teilweise völlig andere Verständnis des Vergabegeschehens in Deutschland und Österreich einerseits und in Italien andererseits⁵⁶ als besonders interessant. Während die Auftragsvergabe in Deutschland und Österreich traditionell als fiskalisches Hilfsgeschäft der öffentlichen Hand und damit als privatrechtliches Handeln begriffen wird,⁵⁷ wird die Auftragsvergabe in Italien dem hoheitlichen Handeln zugerechnet.⁵⁸ Daraus resultieren interessante Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede zwischen dem deutschen und österreichischen Vergaberechtssystem einerseits und dem italienischen Vergaberechtssystem andererseits.

B. Fragestellung und Zielsetzung

Durch die Untersuchung soll die Frage geklärt werden, „*inwieweit*“ die Mitgliedstaaten der Europäischen Union an Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren gebunden sind und was diese Bindung für die vergaberechtliche Praxis der Mitgliedstaaten bedeutet. Die Dimension der Reichweite ist dabei eine dreifache

54 Ebda.

55 KOM a.a.O., S. 46 und 14.

56 Frank, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU, S. 57.

57 Zum deutschen Recht: Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, Vor §§ 97 ff. GWB, Rn. 76 f.; Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Einl. VwVfG, Rn. 47; kritisch Fehling, in: Pündler/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 37. Zum österreichischen Recht: Fuchs, JRP 2012, 288 ff. (289 f.); Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, S. 42 f.; Kraus, Der vergaberechtliche Rechtsschutz, S. 1. Im österreichischen Sprachgebrauch wird dabei der Bereich staatlichen Handelns, in dem sich der Staat der Rechtsformen Privater bedient, regelmäßig mit dem Begriff „*Privatwirtschaftsverwaltung*“ umschrieben (zu dieser Terminologie: Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 123, Fn. 413; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 294). Zu beiden Rechtsordnungen: Frank, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU, S. 57.

58 Frank, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU, S. 57.

und impliziert folgende Fragestellungen: Welchen Inhalt hat die Bindungswirkung? Welche Teile eines Urteils sind bindend? Wen binden die Urteile?

Ziel der Untersuchung ist es folglich, die unionsrechtlichen Grundlagen, auf denen die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren fußt, sowie die möglichen Auswirkungen solcher Urteile auf die vergaberechtliche Praxis der Mitgliedstaaten nachzuvollziehen.

C. Gang der Untersuchung

Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren muss ihre theoretischen Grundlagen im Unionsrecht finden.⁵⁹ Andererseits zeitigen die Urteile ihre praktischen Konsequenzen in der Rechtsanwendung durch die Mitgliedstaaten.⁶⁰ Entsprechend ist die Untersuchung in zwei Abschnitte gegliedert:

I. Im ersten Abschnitt der Arbeit werden die unionsrechtlichen Grundlagen der Bindungswirkung von Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren untersucht. Das unionsrechtliche Primärrecht wird dahingehend analysiert, ob es Bestimmungen und Grundprinzipien bereithält, die als Rechtsgrundlage für eine Bindungswirkung der Urteile fungieren könnten und denen sich Aussagen über die objektiven und subjektiven Grenzen einer Bindungswirkung entnehmen lassen. Die Auslegung erfolgt ausgerichtet am Wortlaut, am Sinn und Zweck sowie der Systematik der primärrechtlichen Bestimmungen und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH.

Im Rahmen der Untersuchung der Urteilswirkungen auf der Grundlage der primärrechtlichen Verträge wird zunächst die Einordnung der Urteile des EuGH in die Rechtsquellen des Unionsrechts versucht (1. Abschnitt A.). Dahinter steht die Überlegung, dass Urteile des EuGH, sollte es sich um Rechtsquellen des Unionsrechts handeln, automatisch am Vorrang desselben vor dem nationalen Recht teilnehmen könnten und sich folglich die Nachvollziehung der Urteilswirkungen in der Erörterung dieses tragenden Grundsatzes des Unionsrechts erschöpfen würde. Sodann wird ausgehend vom deutschen Prozessrecht die Definition von Begriffen unternommen, die es ermöglichen sollen, bestimmte Urteilswirkungen abstrahiert vom Einzelfall zu erfassen. Eine zentrale Rolle bei der Analyse des Primärrechts spielt die Entwicklung einer Terminologie, die es ermöglicht bestimmte Urteilswirkungen zu erfassen. Dabei wird differenziert zwischen der Rechtskraft

59 Ähnlich Toth, YEL 1984, 2 ff. (5), allerdings für die „binding force“ in Abgrenzung zu den „legal effects“.

60 Dies wird deutlich im Beitrag von Schoch, DVBl 2004, 69 ff.

der Urteile (1. Abschnitt C.), der innerprozessualen Bindungswirkung (1. Abschnitt D.) und der außerprozessualen Bindungswirkung (1. Abschnitt E).⁶¹ An die Begriffsdefinition schließt jeweils die Analyse des unionsrechtlichen Primärrechts dahingehend an, ob es die Existenz entsprechender Rechtsinstitute für Urteile des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren rechtfertigen kann. Schließlich wird das Verhältnis dieser Bindungswirkungen der Urteile im engen Sinne zu der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Beseitigung des Unionsrechtsverstoßes untersucht.

Eine entscheidende Rolle bei der Auslegung der primärrechtlichen Bestimmungen kommt der Rechtsprechung des EuGH zu. Die Mitgliedstaaten haben ausweislich des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV dem EuGH die verbindliche Auslegung des Unionsrechts anvertraut.⁶² Daher bestimmt sich die Reichweite der Urteilswirkungen nicht zuletzt nach den Inhalten, die er den unionsrechtlichen Bestimmungen beimisst.⁶³ Die Gefahr einer unverhältnismäßigen Inanspruchnahme der Mitgliedstaaten besteht nicht, soweit der EuGH seiner verfahrensrechtlichen „*Mittlerposition zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten*“⁶⁴ Rechnung trägt und bei der Auslegung des Rechts neben der Sicherung der unionsrechtlichen Rechtsordnung auch den begrenzten Zuständigkeitsbereich der Europäischen Union beachtet.⁶⁵

II. Der zweite Abschnitt der Untersuchung beschäftigt sich mit den Konsequenzen von Urteilen des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren für die vergaberechtliche Praxis Deutschlands, Österreichs und Italiens. Der Abschnitt steht in engem Zusammenhang mit dem vorhergehenden, da die Bindungswirkung von

61 Dieser grobe Aufbau sowie die Terminologie entsprechen weitestgehend denjenigen bei *Tsikrikas*, Die Wirkungen der Urteile des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren, S. 44 ff.

62 Ebenso, ohne allerdings auf die Aufgabenbeschreibung in den Gründungsverträgen einzugehen, *Bernhardt R.*, in: FS Kutscher, 1981, S. 17 ff. (23). Ähnlich BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 ff. (S. 397) – Lissabon. Zu den in Art. 19 EUV beschriebenen „*zwei Aufgabenbereichen*“ des EuGH (Kontrolle der Anwendung des Unionsrechts und Auslegung des Unionsrechts): *Schwarze*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, Art. 19 EUV, Rn. 30.

63 Davon geht wohl auch *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der EU, S. 326 ff., incident aus, der im Rahmen der Untersuchung der Rechtskraft von Urteilen des EuGH u.a. die Rspr. des EuGH eingehend analysiert.

64 *Hillgruber*, in: *Behrens/Eger/Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, S. 1 ff. (2).

65 Ähnlich beschreibt *Hillgruber* (ebda) die „*Mittlerposition*“ des EuGH als Aufgabe zur „*Wahrung des Rechts nach beiden Seiten hin*“.

Urteilen ihre eigentliche Bedeutung erst durch die Beeinflussung der Wirklichkeit gewinnt.⁶⁶ Andererseits müssen sich die praktischen Konsequenzen der Urteile des EuGH in den Grenzen der unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen halten.⁶⁷ Anhand eines konkreten Urteils des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren, nämlich des Urteils in den Rechtssachen „*Bockhorn und Braunschweig I*“⁶⁸ soll daher nachvollzogen werden, wie Urteile des EuGH im Einzelfall die Rechtsanwendung beeinflussen können. Die Systematik der Urteilsbesprechung baut weitgehend auf den im ersten Abschnitt gefundenen Erkenntnissen auf und wird daher erst an späterer Stelle erörtert (2. Abschnitt A.III.).

-
- 66 In Anlehnung an *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 197 AEUV, Rn. 2 [Stand: 3/2011], dort in anderem Zusammenhang zu dem Grundsatz, wonach alles Recht auf die Beeinflussung der Wirklichkeit angelegt ist.
- 67 Dies folgt letztlich auch aus den Ausführungen von *Toth*, YEL 1984, 2 ff. (5), zur „*binding force*“ im Sinne der Gesetzeskraft von Urteilen.
- 68 EuGH, Urt. v. 10.04.2003 – C-20/01 und C-28/01, Slg. 2003, I-3630 ff. – *Bockhorn und Braunschweig I*.