



## VERGABERECHT

### Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Der Europäische Gerichtshof hat am 19. April 2007 in der Rechtssache [C-295/05](#) ein weiteres Urteil zur Frage des Vergaberechts im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen gefällt. Der Gerichtshof bestätigt mit der Entscheidung seine bereits früher vertretene Auffassung, dass bei einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle das EU-Vergaberecht für öffentlich-rechtliche Unternehmen nicht gilt.

Der Entscheidung lag ein Vorabentscheidungsgesuch eines spanischen Gerichts über folgende Frage zu Grunde. Kann ein Mitgliedstaat einem öffentlichen Unternehmen eine Rechtsstellung geben, die es ihm erlaubt, Arbeiten durchzuführen, ohne den EU-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge zu unterliegen? Der Gerichtshof bejahte diese Frage unter der Voraussetzung, dass die betreffenden öffentlichen Stellen über das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Weiter muss das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für diese Stellen verrichten.

Insoweit knüpfte der EuGH an verschiedene frühere Entscheidungen an (vgl. vor allem „Teckal“, Rs. [C-107/98](#); „Stadt Halle“, Rs. [C-26/03](#)). Hintergrund des Verfahrens war ein Rechtsstreit zwischen dem spanischen Verband forstwirtschaftlicher Unternehmen (Asemfo) und dem Unternehmen Transformación Agraria SA (Tragsa). Bei der Tragsa handelt es sich um eine staatliche Holding, die für Aufgaben in den Bereichen ländliche Entwicklung und Forstwirtschaft gegründet worden ist.

### Nachprüfung von Vergabeentscheidungen

Am 07. Juni 2007 hat die zuständige Generalanwältin Eleanor Sharpston beim EuGH zum laufenden Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache [C-241/06](#) in ihren Schlussanträgen zu folgender Frage Stellung genommen. Unter welchen Umständen können Rügefristen in Bezug auf Entscheidungen in öffentlichen Ausschreibungsverfahren den der Rechtsmittelrichtlinie [89/665/EWG](#) zugrunde liegenden Effektivitätsgrundsatz beeinträchtigen?

Die Generalanwältin stellt fest, dass die Richtlinie dem nicht entgegensteht, wenn einem Bieter das in dieser Richtlinie vorgesehene Recht auf Nachprüfung weiterer Entscheidungen im Vergabeverfahren abgeschnitten wird. Im vorliegenden Fall hatte der Bieter eine Verfahrenswahl, mit der die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags fälschlicherweise außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Schutzbereichs angesiedelt wurde, nicht innerhalb der vom nationalen Recht gesetzten Frist gerügt. Aufgrund des Fristablaufes wurde ihm das Recht auf Nachprüfung der Vergabeentscheidung versagt. Begründung hierfür sei, dass die Anwendung der Frist die Beanstandung der Verfahrenswahl unter den gegebenen Umständen nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert hat. Dies wäre der Fall, wenn für einen durchschnittlich fachkundigen und sorgfältigen Bieter die Angaben in der Bekanntmachung der Ausschreibung oder in den Verdingungsunterlagen nicht ausreichen würden, um zu



erkennen, dass das falsche Verfahren angewandt wurde. Nach Auffassung der Generalanwältin ist es Sache des nationalen Gerichts, dies im Einzelfall zu prüfen.

### **Revision der Rechtsmittelrichtlinie – Abstimmung im Europäischen Parlament**

Das Europäische Parlament hat am 21. Juni 2007 in erster Lesung die sogenannte Rechtsmittelrichtlinie [angenommen](#) (s.S.17). Die Überarbeitung der bisherigen Rechtsmittelrichtlinien ([89/665/EWG](#) und [92/13/EWG](#)) erfolgte auf der Grundlage umfassender [Konsultationen](#) von Vergabebehörden und Unternehmen. Sie soll die rechtlichen Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens stärken.

Die bisherigen Richtlinien unterscheiden zwischen den Nachprüfungsverfahren, die vor Vertragsschluss erfolgen und in erster Linie dazu dienen, Verstöße gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht zu beseitigen, und Nachprüfungsverfahren nach Vertragsschluss, die sich in der Regel auf die Zuerkennung von Schadensersatz beschränken. Die neue Richtlinie soll eine Verbesserung der nationalen Nachprüfungsverfahren bewirken, die Unternehmen zur Verfügung stehen, wenn sie der Ansicht sind, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag nicht ordnungsgemäß vergeben hat. Die rechtswidrige freihändige Vergabe öffentlicher Aufträge, die den schwersten Verstoß gegen das EU-Beschaffungsrecht darstellt, soll bekämpft werden. Weiter werden Sanktionen bei rechtswidrigen Direktvergaben eingeführt, so dass illegale Direktvergaben die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge haben. Das Gleiche gilt für die rechtswidrige Vergabe innerhalb einer Rahmenvereinbarung. Zudem müssen die Vergabebehörden jetzt zwischen der Zuschlagsentscheidung und der eigentlichen Vertragsunterzeichnung mindestens 10 Tage verstreichen lassen. Diese „Stillhaltefrist“ soll Bietern die Möglichkeit geben, die Entscheidung zu prüfen und zu bewerten, ob es angemessen ist, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Wurde die Stillhaltefrist nicht eingehalten, schreibt die Richtlinie den einzelstaatlichen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen vor, dass sie einen unterzeichneten Vertrag aufheben, indem er für „unwirksam“ erklärt wird. Hintergrund der Stillhaltefrist ist, dass das Fehlen koordinierter Vorschriften über die Fristen für Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss dazu geführt hat, dass in den meisten Mitgliedstaaten innerstaatliche Regelungen beibehalten worden sind. Es war daher nicht möglich, im Falle der Anfechtung von Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig den Vertragsschluss zu verhindern. Um die Wirksamkeit der überarbeiteten Richtlinie zu garantieren und alle Fälle abzudecken, in denen seitens der Bieter eine Nachprüfung beantragt werden kann, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie präzisiert worden. Sie gilt nun für öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Baukonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme. Die neue Rechtsmittelrichtlinie muss noch vom Rat verabschiedet werden. Sie soll voraussichtlich noch in diesem Jahr im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden.

## **ARBEITSRECHT**

### **Binnenmarktfreiheiten und sozialpolitische Regelungen**

Am 23. Mai 2007 hat der EuGH zwei Stellungnahmen seiner Generalanwälte veröffentlicht. In beiden Fällen muss sich der Gerichtshof mit dem Verhältnis zwischen den Binnenmarktfreiheiten und arbeits- und sozialpolitischen Regelungen in den Mitgliedstaaten auseinandersetzen.

Im ersten Fall (Rs. [C-341/05](#)) hatte eine schwedische Gewerkschaft einen schwedischen Subunternehmer an der Vertragserfüllung gegenüber seinem lettischen Generalunternehmer gehindert. Mit der Baustellenblockade sollte das lettische Bauunternehmen gezwungen werden, schwedische Baurifvereinbarungen



anzuerkennen. Das angerufene schwedische Arbeitsgericht hat dem EuGH die Frage nach der Legalität von grenzüberschreitenden Arbeitsk Kampfmaßnahmen vorgelegt. Generalanwalt Mengozzi hat dies insoweit bejaht, als dass es nach schwedischem Recht Sache der Tarifparteien sei, Arbeitslöhne zu vereinbaren und diese notfalls per Arbeitsk Kampfmaßnahmen durchzusetzen. Dies stünde auch im Einklang mit der Entsende-Richtlinie ([96/71/EG](#)).

Im zweiten Fall (Rs. [C-438/05](#)) hatte eine finnische Gewerkschaft mit ihrem internationalen Dachverband ein finnisches Unternehmen daran gehindert, eine ihrer Fähren umzuflaggen. Die Fähre sollte unter estnischer Flagge fahren, um die finnische gegen eine estnische Besatzung austauschen zu können. Laut Generalanwalt Maduro verstießen die Gewerkschaftsmaßnahmen nicht gegen Art. 43 [EG](#), solange sie nur der Einhaltung der Tarifvereinbarung dienten. Sie stellten weder ein Hindernis für die Anstellung EU-ausländischer Besatzungen dar, noch verhinderten sie das grenzüberschreitende Anbieten von Dienstleistungen, sobald der Standortwechsel durchgeführt sei.

### **Entsenderichtlinie – Kommission erwägt Klage gegen Deutschland**

Am 13. Juni 2007 hat die Kommission ihre Bewertung der Maßnahmen in den Mitgliedstaaten zur Überwachung der Arbeitnehmerentsendung sowie ihre Beurteilung zur Verwaltungszusammenarbeit in einer [Mitteilung](#) vorgestellt. Es handelt sich bei dem Text um ein Folgedokument zu der [Mitteilung](#) von [2006](#), die Leitlinien für die Anwendung der Richtlinie auch im Licht einschlägiger Urteile des Gerichtshofs enthielt. Es geht darum, Hindernisse zu beseitigen, die dem freien Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt entgegenstehen und gleichzeitig einen angemessenen Schutz für entsandte Arbeitnehmer weiterhin sicherzustellen. Diese Vorgehensweise soll unter anderem durch einen hochrangigen Ausschuss von Regierungssachverständigen unterstützt werden, der die Sozialpartner einbezieht, um den Austausch bewährter Verfahren zu erleichtern.

Außerdem wird die Kommission, falls erforderlich, Vertragsverletzungsverfahren einleiten, um die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dies bezieht sich auch auf die deutschen Kontrollen im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern. Arbeitnehmer aus Beitrittsstaaten können grundsätzlich legal in Deutschland arbeiten, wenn sie im Rahmen der [Entsenderichtlinie](#) von einer Firma aus diesen Ländern geschickt werden. Deutschland verlangt von Beschäftigten aus anderen EU-Mitgliedsstaaten, z.B. auf Baustellen, dass deren Tätigkeit registriert wird und diese zudem Unterlagen wie den Arbeitsvertrag, auf Deutsch übersetzt, bei sich tragen müssen. Diese Anforderungen sind laut der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs unverhältnismäßig, weil zu bürokratisch.

Auch die Anforderung, dass für jeden Beschäftigten ein niedergelassener Zustellungsbevollmächtigter erforderlich ist, also in der Regel ein deutscher Anwalt, der die ausländische Firma nur zu diesem Zwecke in Deutschland vertritt, sei zu bürokratisch, kritisiert die Kommission in dem [Hintergrunddokument](#) der Dienststellen. Das Europäische Parlament wird voraussichtlich im Juli 2007 zu der Mitteilung der Kommission eine Entschließung verabschieden.

## **ZIVILPROZESSRECHT**

### **ROM II – PARLAMENT UND RAT**

Am 15. Mai 2007 haben sich das Parlament und der Rat auf einen [Verordnungsentwurf](#) über das auf außergesetzliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)



geeignet. Mit der Verordnung soll das angewandte Recht angeglichen werden und die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsurteilen gefördert werden. Danach ist das Recht des Orts, an dem der Schaden eingetreten ist, grundsätzlich maßgeblich (Territorialprinzip). Für diese Regelung hatte sich auch der DAV in seiner Stellungnahme (Nr. [56/2003](#)) aus 2003 ausgesprochen.

Nur in bestimmten eingeschränkten und hinreichend gerechtfertigten Fällen wird auf Sonderbestimmungen zurückgegriffen. Dies gilt beispielsweise für Fälle der Produkthaftung, der Verletzung des geistigen Eigentums und des unlauteren Wettbewerbs. Hier werden eigene Kollisionsnormen geschaffen. So wurde im Rahmen des unlauteren Wettbewerbs eine Kompromisslösung gefunden, die die Anwendung eines einzigen Rechts ermöglicht und gleichzeitig das „Forum Shopping“ durch die Kläger so weit wie möglich einschränkt. Geregelt wird auch die Berechnung von Personenschäden bei Straßenverkehrsunfällen, die Verbindung zu mehr als einem Staat aufweisen. Es soll ein Erwägungsgrund mit den Kriterien für die Schadensberechnung in die Verordnung aufgenommen werden. Diese sind von den nationalen Justizbehörden gemäß den nationalen Schadensersatzregelungen anzuwenden.

Im Rahmen des ausländischen Rechts wird die Kommission zum einen eine Untersuchung zu den Auswirkungen der Anwendung ausländischen Rechts in den verschiedenen Rechtsordnungen vorlegen. Außerdem untersucht sie die Frage, inwieweit die Gerichte in den Mitgliedstaaten ausländisches Recht aufgrund dieser Verordnung in der Praxis anwenden. Binnen acht Wochen müssen Parlament und Rat die Verordnung beschließen.

## BERUFSRECHT

### Dienstleistungsrichtlinie – Verhaltenskodizes

Die Kommission führt im Rahmen der [Dienstleistungsrichtlinie](#) vom 30. Mai bis zum 30. Juli 2007 eine breite Anhörung zu Verhaltenskodizes durch. Einer der Aspekte der Richtlinie betrifft die Qualität der Dienstleistungen, die u.a. durch gemeinschaftliche Verhaltenskodizes der europäischen Berufsverbände verbessert werden soll (Erwägungsgrund 14 und Art. 37 der Richtlinie).

Der CCBE (Rat der Europäischen Anwaltschaften) verfügt seit vielen Jahren über einen solchen [Verhaltenskodex](#). Die Förderung und Weiterentwicklung von Verhaltenskodizes könnte sich nach Ansicht der Kommission in mehrerer Hinsicht vorteilhaft auswirken. Zum einen würde der freie Dienstleistungsverkehr für Dienstleistungserbringer vereinfacht, da ihnen detaillierte, im Voraus bekannte Verhaltensregeln in die Hand gegeben würden. Zum anderen würde die Wahlfreiheit des Verbrauchers gestärkt, der sich in vollem Vertrauen an den Dienstleister seiner Wahl wenden kann, auch wenn dieser in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist.

Die Kommission führt daher eine umfassende Befragung zu bereits vorhandenen und in Vorbereitung befindlichen Verhaltenskodizes der freien Berufe auf europäischer, aber auch auf nationaler Ebene durch. Dadurch sollen nationale und europäische Berufsorganisationen die Möglichkeit erhalten, mitzuteilen, welche Maßnahmen sie für erforderlich halten, um solche Kodizes aufzuwerten und ihre Entwicklung auf Gemeinschaftsebene zu fördern. Den entsprechenden Online-Fragebogen hierzu finden Sie [hier](#).

### BAUROPA 2007 - Würzburg

Am 4. und 5. Mai 2007 hat die Arbeitsgemeinschaft Baurecht des DAV in Würzburg



die diesjährige Europarechtstagung „Bauropa“ organisiert. Unter der Teilnahme von mehr als 130 interessierten Juristen, vornehmlich aus den Bereichen Bau- und Architektenrecht, gab es Fachvorträge unter anderem zu den Themen grenzüberschreitende Beweissicherung, internationales Vertragsrecht (Rom I) und zur Englischen Limited.

Prof. Dr. Burkhard Hess von der Universität Heidelberg sprach zum Thema grenzüberschreitende Beweissicherung über grenzüberschreitende Justizakte im Europäischen Prozessrecht. Im Rahmen der Europäischen Beweisverordnung sowie der Europäischen Zustellungsverordnung ist nun eine direkte Kommunikation zwischen Gerichten und sind grenzüberschreitende Justizakte möglich. So findet eine wachsende Koordinierung der nationalen Verfahren durch Europäische Rechtsakte wie [Brüssel I](#) (EuGVO), die Europäische Insolvenzverordnung ([EuInsVO](#)) oder die [Eheverordnung](#) (Brüssel II) statt.

Zum Thema [Rom I](#) trug Frau Prof. Dr. Kieninger von der Universität Würzburg vor. Der Rom I-Vorschlag enthält nunmehr eine ausdrückliche Vermutung, dass eine Gerichtsstandswahl auch eine Wahl der lex fori einschließt. Ob diese Neuerung beibehalten wird oder die Vermutung nur in die Erwägungsgründe aufgenommen werden wird, ist gegenwärtig noch offen. Hauptstreitpunkt ist die Frage, inwieweit bei Verbraucherverträgen grundsätzlich das Recht des Verbrauchers gelten soll. Sollte das Recht des Verbrauchers gelten, sieht die Wirtschaft hierin eine untragbare Belastung insbesondere für KUM's. Diese müssten bei Verbraucherverträgen dann beispielsweise die verschiedenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus 27 Mitgliedstaaten beachten. Die Beratungen im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments über den Rom I-Vorschlag sowie die darauf folgende Abstimmung im Plenum finden erst im Herbst 2007 statt.

Zum Thema Englische Limited in Deutschland referierte Prof. Ebke von der Universität Heidelberg. Dabei wurden die Unterschiede zwischen der deutschen GmbH und der Englischen Limited sehr deutlich. Grundsätzlich orientiert sich das Gesellschaftsrecht am Heimatrecht. Der [Aktionsplan](#) „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ der Europäischen Kommission zum Europäischen Gesellschaftsrecht orientiert sich jedoch sehr stark am englischen Gesellschaftsrecht. Weiter ist das englische Gesellschaftsrecht eher präventiv ausgerichtet, während das deutsche Gesellschaftsrecht restriktiv ausgerichtet ist. Prof. Ebke gab als Fazit zu bedenken, dass bei einer Harmonisierung des Gesellschaftsrechts auf europäischer Ebene unbedingt beachtet werden müsse, ob das gewünschte Regelungsziel nicht bereits durch bestehende nationale Regelungen erreicht wird.

Die neue [Dienstleistungsrichtlinie](#) sowie die [Berufsanerkennungsrichtlinie](#) waren Thema des Vortrages von Prof. Dr. Thode, Richter am BGH a.D. aus Landau, der die Tagung gemeinsam mit Prof. Ulbrich gestaltet hat. Anhand der Bedeutung des Herkunftsland- und des Bestimmungslandprinzip sowie der Abgrenzung der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit stellte Herr Prof. Thode zunächst die gemeinsamen rechtlichen Grundlagen dar und beschrieb die Hintergründe zur Entwicklung der beiden Richtlinien. Die sehr umfangreiche Berufsanerkennungsrichtlinie ist seit 20.10.2005 in Kraft und muss bis zum 20.10.2007 national umgesetzt werden. Bezüglich der Niederlassung wurde hierbei die Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie ([89/48/EWG](#)) nahezu identisch in die Berufsqualifikationsrichtlinie eingearbeitet (Beispiel: Eignungsprüfung, Art. 14 Abs. 3). Bezüglich der Niederlassung wurden gem. Art. 11 zudem vier Berufsqualifikationsniveaus eingeführt, die eine leichtere Vergleichbarkeit der Qualifikationsniveaus in den Mitgliedstaaten erreichen sollen. Bezüglich der Dienstleistungserbringung sieht die Richtlinie vor, dass der Dienstleistungserbringer



die Berufsregeln des Mitgliedstaats anzuwenden hat, in dem er die Dienstleistung erbringt (Art. 5 Abs. 3). Die anwaltspezifische [Niederlassungsrichtlinie](#) und [Dienstleistungsrichtlinie](#) bleiben von der Berufsqualifikationsrichtlinie unberührt.

Prof. Thode berichtete, dass sich im Vorfeld der Dienstleistungsrichtlinie zunächst die heftigsten Diskussionen an dem von der Kommission vorgeschlagenen Herkunftslandprinzip entzündet hatten. Denn demnach müsste sich ein Dienstleister nach den Regeln seines Heimatlandes richten, ungeachtet der Regeln in dem Land, in dem er seine Dienste anbieten möchte. Viele befürchteten dadurch ein Sozialdumping. Die Mitgliedstaaten, in denen die Dienstleistung erbracht wird, müssen nunmehr nach dem gefundenen Kompromiss für die freie Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit innerhalb ihres Hoheitsgebietes sorgen.

Anhand der EuGH-Entscheidungen „Schnitzer I-V“ erläuterte Herr Prof. Thode die Abgrenzung der Niederlassungs- zur Dienstleistungsfreiheit. Hauptkriterium der Unterscheidung ist die Frage, ob der Dienstleister eine lediglich vorübergehende Dienstleistung erbringt oder eine dauerhafte.

Herr Prof. Thode wies bei der Dienstleistungsrichtlinie auf die umfangreichen Informationspflichten über die Dienstleistungserbringung hin. Es bleibt abzuwarten, ob die Mitgliedsstaaten die ihnen zugewiesenen neuen Aufgaben auch entsprechend erfüllen.

## IMPRESSUM

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr oder Anspruch auf Vollständigkeit.

© 2007 DAV Büro Brüssel

### REDAKTION:

RAin Eva Schriever, LL.M. (v. i. S. d. P.), RAin  
Dr: Karolin Hartmann LL.M.  
E-Mail: [BRUESSEL@EU.ANWALTVEREIN.DE](mailto:BRUESSEL@EU.ANWALTVEREIN.DE)

### HERAUSGEBER:

#### ARGE BAURECHT:

Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im Deutschen  
Anwaltverein  
Littenstraße 11, D-10179 Berlin;  
Tel: + 49 30 72 61 52 126, Fax: +49 30 72 61 52 191  
E-Mail: [info@arge-baurecht.com](mailto:info@arge-baurecht.com)  
Internet: [www.arge-baurecht.com](http://www.arge-baurecht.com)

#### Deutscher Anwaltverein, Büro Brüssel

Avenue de la Joyeuse Entrée 1, B-1040 Bruxelles;  
Tel: + 32 2 280 28 12, Fax: +32 2 280 28 13;  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Internet: [www.anwaltverein.de/bruessel](http://www.anwaltverein.de/bruessel)