

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

M. POIARES MADURO

vom 8. Oktober 2008<sup>1</sup>

1. Kann ein Mitgliedstaat der in Art. 24 der Richtlinie 93/37/EWG<sup>2</sup> enthaltenen Aufzählung einen Grund für den Ausschluss von der Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge hinzufügen? Unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen? Bei diesen mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfenen Fragen geht es darum, ob die Mitgliedstaaten, wenn eine gemeinschaftliche Harmonisierung besteht, zur Rechtsetzung befugt sind und, wenn ja, welchen Umfang diese Befugnis hat. Dieses Problem ist nicht neu. Es gibt bereits eine umfassende Rechtsprechung dazu. Das Besondere am vorliegenden Fall ist jedoch, dass die in Rede stehende nationale Rechtsvorschrift eine Verfassungsbestimmung ist. Kann dies für die zu gebende Antwort von Bedeutung sein? Das sind die zentralen Punkte, um die es hier geht.

**I — Rechtlicher Rahmen**

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Art. 24 der Richtlinie 93/37 nennt die Gründe für einen Ausschluss von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge:

„Von der Teilnahme am Vergabeverfahren können Unternehmer ausgeschlossen werden,

- a) die sich im Konkursverfahren, im gerichtlichen Vergleichsverfahren oder in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit eingestellt haben oder sich auf-

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54).

grund eines in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahrens in einer entsprechenden Lage befinden;

f) die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie ansässig sind, oder nach den Rechtsvorschriften des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;

b) gegen die ein Konkursverfahren oder ein gerichtliches Vergleichsverfahren oder die Liquidation eröffnet ist oder gegen die andere in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehene gleichartige Verfahren eingeleitet worden sind;

g) die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Kapitel eingeholt werden können, in erheblichem Masse falscher Erklärungen schuldig gemacht haben.

...“

c) die mit rechtskräftigem Urteil aus Gründen bestraft worden sind, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen;

## B — *Nationales Recht*

d) die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von den öffentlichen Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde;

3. Art. 14 Abs. 9 Unterabs. 5, 6 und 7 der griechischen Verfassung von 1975 bestimmt in seiner aus der Verfassungsänderung vom 6. April 2001 hervorgegangenen Fassung:

e) die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie ansässig sind, oder nach den Rechtsvorschriften des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;

„Die Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens ist mit der Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptak-

tionärs oder einer Führungskraft eines Unternehmens, das mit der Durchführung von Bauarbeiten oder Lieferungen oder Dienstleistungen gegenüber dem Staat oder einer juristischen Person des öffentlichen Sektors im weiteren Sinn betraut ist, unvereinbar.

tionsmedien tätig sind, sieht ein Verbot vor für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge

Dieses Verbot erstreckt sich auch auf Mittelspersonen jeder Art wie Ehegatten, Verwandte, finanziell abhängige Personen oder Gesellschaften.

— an ein Medienunternehmen oder einen Medienunternehmer (Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionär oder Führungskraft eines Medienunternehmens);

— an ein Unternehmen, dessen Gesellschafter, Hauptaktionäre, Mitglieder der Verwaltungsorgane oder Führungskräfte Medienunternehmen oder Gesellschafter, Hauptaktionäre, Mitglieder der Verwaltungsorgane oder Führungskräfte von Medienunternehmen sind;

Ein Gesetz regelt die Einzelheiten, die Sanktionen — die bis zum Entzug der Lizenz einer Rundfunk- oder Fernsehstation und bis zum Verbot des Abschlusses oder bis zur Nichtigkeitsklärung des betreffenden Vertrags gehen können — sowie die Einzelheiten der Kontrolle und die Garantien zur Verhinderung einer Umgehung der vorstehenden Bestimmungen.“

— an einen Unternehmer (Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionär oder Führungskraft eines Bauunternehmens), der *Ehegatte oder Verwandter* des Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens ist, sofern dieser Unternehmer nicht nachweist, dass er gegenüber dieser Person wirtschaftlich unabhängig ist.

4. Das auf Art. 14 Abs. 9 Unterabs. 7 der griechischen Verfassung gestützte Gesetz Nr. 3021/2002 über Beschränkungen der Vergabe öffentlicher Aufträge an Personen, die für Unternehmen im Bereich der Informa-

5. Außerdem heißt es in dem Gesetz Nr. 3021/2002 unter Androhung der Nichtigkeit des Vertrags oder des öffentlichen Auftrags, dass die Vergabestelle vor Erteilung eines öffentlichen Auftrags beim Nationalen

Rundfunkrat (Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, im Folgenden: ESR) die Ausstellung einer Bescheinigung beantragen muss, wonach keine Unvereinbarkeit im Sinne dieses Gesetzes besteht.

## II — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

6. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2001 veranstaltete das öffentlich-rechtliche Unternehmen Erga eine Ausschreibung für die Durchführung von Erdarbeiten und technischen Arbeiten für den Unterbau der neuen zweispurigen Hochgeschwindigkeitseisenbahnlinie zwischen Korinth und Kiatos mit veranschlagten Aufwendungen in Höhe von 51,7 Mio. Euro. An dieser Ausschreibung beteiligten sich u.a. die Gesellschaften Michaniki und Sarantopoulos.

7. Am 22. Mai 2002 vergab die Vergabestelle den Auftrag an die Gesellschaft Sarantopoulos, die in der Folge von der Gesellschaft Pantechniki übernommen wurde. Die Vergabestelle hatte zuvor von ESR im Hinblick auf Pantechniki die nach dem griechischen Gesetz Nr. 3021/2002 erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung verlangt und erhalten. Nach Auffassung des ESR fiel Herr K. Sarantopoulos, Hauptaktionär und stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender von Pantechniki, obwohl er mit Herrn G. Sarantopoulos, Mitglied in mehreren Aufsichtsräten griechischer Medienunternehmen, verwandt (nämlich dessen Vater) sei, nicht unter die Unvereinbarkeitsbestimmungen des griechischen Rechts, da er gegenüber Herrn G. Sarantopoulos wirtschaftlich unabhängig sei.

8. Das Unternehmen Michaniki, erfolgloser Wettbewerber des Zuschlagsempfängers, beantragte beim griechischen Staatsrat, die vom ESR ausgestellte Unbedenklichkeitsbescheinigung für nichtig zu erklären, weil das Gesetz Nr. 3021/2002, auf dem die Bescheinigung beruhe, gegen Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung verstoße.

9. Das vorliegende Gericht ist in Übereinstimmung mit der Antragstellerin des Ausgangsverfahrens der Auffassung, dass die beanstandeten Rechtsvorschriften dadurch, dass sie es einem Unternehmer, der öffentliche Bauarbeiten durchführe, ermöglichten, die nach diesen Rechtsvorschriften bestehende Unvereinbarkeit auszuschließen, indem er beweise, dass er gegenüber dem mit ihm verwandten Eigentümer, Geschäftspartner, Aktionär oder der mit ihm verwandten Führungskraft eines Medienunternehmens wirtschaftlich unabhängig sei, gegen Art. 14 Abs. 9 der Verfassung verstießen, nach dem der genannte Unternehmer, selbst wenn er gegenüber diesem Verwandten wirtschaftlich unabhängig sei, gleichwohl den Nachweis zu erbringen habe, dass er nicht als Mittelsperson, sondern selbständig für eigene Rechnung und in eigenem Interesse gehandelt habe.

10. Das vorliegende Gericht hat jedoch Zweifel an der Vereinbarkeit der genannten verfassungsrechtlichen Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht, nach der ein Unternehmen von der Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen werden könne, wenn sein

Hauptaktionär die für ihn als mit dem Eigentümer, einem Gesellschafter, einem Hauptaktionär oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens verwandter Person geltende Vermutung nicht widerlegen könne, dass er als Mittelperson dieses Unternehmens und nicht für eigene Rechnung gehandelt habe. Die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltene Aufzählung der Ausschlussgründe scheine nämlich erschöpfend zu sein und demzufolge ein Hinzufügen von Ausschlussgründen wie dem in Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung auszuschließen. Selbst wenn die Richtlinie 93/37 in dieser Hinsicht eine teilweise Harmonisierung bewirkt haben sollte, wären zusätzliche, von einem Mitgliedstaat vorgesehene Ausschlussfälle nach dem Gemeinschaftsrecht nur dann zulässig, wenn sie ein im Allgemeininteresse liegendes, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbares Ziel verfolgten und verhältnismäßig seien. Sollte der Gerichtshof die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltene Aufzählung der Ausschlussgründe für erschöpfend halten, fragt sich das vorliegende Gericht, ob das daraus abzuleitende Verbot, eine Regelung einzuführen, nach der der Tätigkeitsbereich der Informationsmedien mit dem der öffentlichen Aufträge unvereinbar wäre, nicht den Grundsätzen zuwiderliefe, die mit dem Schutz des normalen Funktionierens des demokratischen Systems, der Beachtung der Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, dem freien und lauterem Wettbewerb sowie der Subsidiarität zusammenhängen.

ist. Bei der zweiten Frage geht es zum einen darum, ob das mit der Einführung einer Regelung — nach der die Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens unvereinbar ist mit der Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Unternehmens, dem ein öffentlicher Auftrag für Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen erteilt wird — angestrebte Ziel mit den allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, und zum anderen darum, ob das daraus resultierende vollständige Verbot der Vergabe öffentlicher Aufträge an die betroffenen Unternehmer mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Die dritte Frage bezieht sich auf die Gültigkeit der Richtlinie 93/37 im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze des Schutzes des Wettbewerbs, der Transparenz und der Subsidiarität für den Fall, dass diese Richtlinie so zu verstehen sein sollte, dass sie es verbietet, ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauarbeiten auszuschließen, wenn dieses Unternehmen, seine Direktion (d. h. der Eigentümer des Unternehmens, sein Hauptaktionär, einer seiner Gesellschafter oder eine seiner Führungskräfte) oder für diese Führungskräfte handelnde Mittelpersonen Tätigkeiten von Medienunternehmen ausüben, die durch den allgemeineren Einfluss, über den sie verfügen, das Verfahren der Vergabe öffentlicher Bauaufträge unzulässig beeinflussen könnte.

11. Das nationale Gericht hat deshalb dem Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die erste geht dahin, ob die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltene Aufzählung der Ausschlussgründe erschöpfend

12. Bevor ich versuche, auf diese Vorlagenfragen eine Antwort zu geben, möchte ich mich zu den Einwänden äußern, mit denen ihre Zulässigkeit in Frage gestellt wurde.

**III — Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen**

13. Die griechische Regierung macht geltend, dass der Gerichtshof für die Beantwortung dieser Vorlagefragen unzuständig sei, weil im Ausgangsverfahren lediglich zwei griechische Unternehmen um die Vergabe eines Auftrags durch einen griechischen Auftraggeber stritten. Da das fragliche Verfahren nur einen rein innerstaatlichen Vorgang in Griechenland betreffe, sei das Gemeinschaftsrecht nicht anwendbar, so dass die Vorlagefragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht erheblich seien. Darüber hinaus seien die Vorlagefragen auch deshalb nicht erheblich, weil die Auslegung des Gemeinschaftsrechts für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits objektiv nicht erforderlich sei, da er sich allein auf die Vereinbarkeit des griechischen Gesetzes mit der Verfassung beziehe.

14. Diese beiden Unzulässigkeitseinwände könnten ohne Weiteres mit dem Hinweis zurückgewiesen werden, dass es nach ständiger Rechtsprechung „im Rahmen der durch Art. 177 EG-Vertrag geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts [ist], in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer

Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, ist der Gerichtshof daher grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden.“<sup>3</sup> Aus der Rechtsprechung ergibt sich jedoch auch, dass es in Ausnahmefällen dem Gerichtshof obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er von dem innerstaatlichen Gericht angerufen wird, und dass er eine Vorlagefrage insbesondere dann für unzulässig erklären kann, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht oder für dessen Entscheidung durch das befassende nationale Gericht objektiv nicht erforderlich ist oder wenn das Problem hypothetischer Natur ist<sup>4</sup>.

15. Zu dem ersten Einwand, dass der Ausgangsrechtsstreit keine gemeinschaftsweite Bedeutung habe, ist zu bemerken, dass der Gerichtshof zwar für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen nicht zuständig ist, die Gemeinschaftsbestimmungen in Fällen betreffen, in denen der Sachverhalt des

3 — Urteil vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38); vgl. auch Urteile vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59), und vom 21. Januar 2003, Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins (C-318/00, Slg. 2003, I-905, Randnr. 41).

4 — Vgl. Beschlüsse vom 16. Mai 1994, Monin Automobiles (C-428/93, Slg. 1994, I-1707), und vom 25. Mai 1998, Nour (C-361/97, Slg. 1998, I-3101); Urteile PreussenElektra, Randnr. 39, vom 15. Juni 1999, Tarantik (C-421/97, Slg. 1999, I-3633, Randnr. 33), und vom 9. März 2000, EKW und Wein & Co. (C-437/97, Slg. 2000, I-1157, Randnr. 52).

Ausgangsverfahrens nicht in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt<sup>5</sup>. Der Gerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass das Gemeinschaftsrecht<sup>6</sup>, namentlich die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr und die dazu erlassenen Durchführungsvorschriften<sup>7</sup>, nicht auf Fälle anwendbar ist, die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen und daher keinerlei Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt. In solchen Fällen steht die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits, und die gegebene Antwort könnte dem nationalen Gericht nicht von Nutzen sein, es sei denn, dass sein nationales Recht vorschreibt, dass einem inländischen Staatsbürger dieselben Rechte zustehen, die einem Staatsbürger eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Gemeinschaftsrechts zustehen<sup>8</sup>, oder auf eine Gemeinschaftsvorschrift verweist, um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt zu regeln<sup>9</sup>.

16. Der Gerichtshof hat jedoch stets auf Vorabentscheidungsersuchen geantwortet, die im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit öffentlichen Verträgen

oder mit öffentlichen Verträgen im weiteren Sinne ergingen, selbst wenn der jeweilige Sachverhalt eher darauf schließen ließ, dass es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelte. So ist er, mit Ausnahme eines einzigen Falles<sup>10</sup>, vorgegangen, wenn sich die erbetene Auslegung auf Vorschriften des Primärrechts, insbesondere über die zum freien Dienstleistungsverkehr<sup>11</sup>, bezog. Ausnahmslos ist er so vorgegangen, wenn die Auslegung Vorschriften der Richtlinien über öffentliche Aufträge betraf<sup>12</sup>. Der Grund hängt ganz allgemein mit den Zielen der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen für öffentliche Aufträge zusammen, zu diesen Aufträgen — ohne Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit — einen möglichst umfassenden Zugang zu gewähren und einen wirksamen und gleichberechtigten Wettbewerb auf diesem Gebiet zu fördern. Es spielt daher keine Rolle, dass alle an dem Verfahren zur Vergabe eines bestimmten Auftrags Beteiligten aus demselben Mitgliedstaat wie der öffentliche Auftraggeber stammen, da auch Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten hätten interessiert sein können<sup>13</sup>. Im Übrigen gelten die Richtlinien über öffentliche Aufträge aus diesem Grund für alle Aufträge, die über den in ihnen festgelegten Betrag hinausgehen, unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Ort der Niederlassung der Bieter<sup>14</sup>. Die Anwendbar-

5 — Vgl. unlängst noch Beschluss vom 16. April 2008, Club Náutico de Gran Canaria (C-186/07, Slg. 2008, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 19).  
 6 — Vgl. z. B. Urteile du 19. März 1992, Batista Morais (C-60/91, Slg. I-2085, Randnrn. 6 bis 9), vom 2. Juli 1998, Kapasakalis u. a. (C-225/95 bis C-227/95, Slg. 1998, I-4239, Randnrn. 17 bis 24), und vom 11. Oktober 2001, Khalil u. a. (C-95/99 bis C-98/99 und C-180/99, Slg. 2001, I-7413, Randnrn. 70 bis 71).  
 7 — Vgl. Urteile vom 21. Oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Slg. 1999, I-7319, Randnrn. 42 bis 44), und vom 11. Juli 2002, Carpenter (C-60/00, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 28).  
 8 — Vgl. Urteile vom 5. Dezember 2000, Guimont (C-448/98, Slg. 2000, I-10663, Randnrn. 18 bis 24), vom 5. März 2002, Reisch u. a. (C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2157, Randnrn. 24 bis 26), vom 15. Mai 2003, Salzmann (C-300/01, Slg. 2003, I-4899, Randnrn. 32 und 33), und vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Slg. 2008, I-349, Randnr. 69).  
 9 — Vgl. insbesondere Urteile vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763), vom 17. Juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Slg. 1997, I-4161), und vom 11. Dezember 2007, ETI u. a. (C-280/06, Slg. 2007, I-10893, Randnr. 21).

10 — Vgl. Urteil vom 9. September 1999, RLSAN. (C-108/98, Slg. 1999, I-5219, Randnrn. 21 bis 23).  
 11 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287), vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585); siehe auch meine Schlussanträge in der Rechtssache ASM Brescia (C-347/06, Urteil vom 17. Juli 2008, Slg. 2008, I-5641, Randnr. 33).  
 12 — Vgl. Urteile vom 25. April 1996, Kommission/Belgien (C-87/94, Slg. 1966, I-2043), Telaustria und Telefonadress, a. a. O., vom 7. Dezember 2000, ARGE (C-94/99, Slg. 2000, I-11037), und Beschluss vom 30. Mai 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Slg. 2002, I-4685).  
 13 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Belgien vom 25. April 1996, Randnr. 33, Urteil Coname, Randnr. 17, und Urteil Parking Brixen, Randnr. 55.  
 14 — Daraus folgt, dass eine Nichtanwendbarkeit der fraglichen Richtlinie über öffentliche Aufträge auf einen Sachverhalt, der als rein interner Sachverhalt angesehen werden könnte, nicht in Betracht kommt (vgl. Urteil Kommission/Belgien vom 25. April 1996, Randnrn. 31 bis 33).

keit der Richtlinie kann ebenso wie bei anderen auf Art. 95 EG (früher Art. 100a EG-Vertrag) gestützten Richtlinien nicht davon abhängen, ob bei den Sachverhalten, die den Ausgangsverfahren zugrunde liegen, ein hinreichender Zusammenhang mit der Ausübung der Grundfreiheiten besteht<sup>15</sup>. Der auf das Vorliegen eines rein innerstaatlichen Sachverhalts gestützte erste Einwand der griechischen Regierung gegen die Zulässigkeit der Vorlagefrage ist daher zurückzuweisen.

17. Auch die zweite Rüge, wonach die Vorlagefragen nicht erheblich seien, da die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits objektiv nicht erforderlich sei, weil dieser sich allein auf die Vereinbarkeit des griechischen Gesetzes mit der Verfassung beziehe, greift nicht durch. Gewiss würde im vorliegenden Fall die Feststellung, dass das Gesetz Nr. 3021/2002 gegen Art. 14 Abs. 9 der Verfassung verstößt, der von ESR ausgestellten Unbedenklichkeitsbescheinigung die Rechtsgrundlage entziehen und daher aus-

reichen, um dem von der Antragstellerin im Ausgangsverfahren gestellten Antrag stattzugeben.

18. Es entspricht jedoch, wie das vorlegende Gericht bemerkt, der Prozessökonomie, die Frage der Vereinbarkeit der fraglichen Verfassungsvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht bereits in diesem Stadium als erheblich anzusehen. Wenn sich der Gerichtshof außerstande sehen sollte, auf die Vorlagefragen zu antworten, und es zunächst dem vorlegenden Gericht überlassen sollte, die Frage der Vereinbarkeit des Gesetzes Nr. 3021/2002 mit Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung zu entscheiden, spricht alles dafür, dass ihm früher oder später die Frage nach der Vereinbarkeit der Verfassungsvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht vorgelegt würde, da der ESR sich aller Wahrscheinlichkeit nach weigern würde, die für die Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags erforderliche Bescheinigung auszustellen, und zwar mit der Begründung, dass der fragliche Unternehmer für öffentliche Bauarbeiten (Herr K. Sarantopoulos) nicht habe nachweisen können, dass die in der Verfassung genannte Unvereinbarkeit für ihn nicht gelte. Das Ergebnis des Ausgangsrechtsstreits hängt also davon ab, ob die spezifische Regelung, nach der der Sektor der öffentlichen Bauarbeiten mit dem der Informationsmedien unvereinbar ist, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht. Es entspricht daher der Prozessökonomie, schon jetzt dem vorlegenden Gericht die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die ihm eine Entscheidung ermöglichen, denn sollte es feststellen, dass die genannte, in der Verfassung verankerte und mit dem Gesetz Nr. 3021/2002 durchgeführte Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang steht, bliebe ihm, wie es selbst

15 — Vgl. in diesem Sinn in Bezug auf die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, die ebenso wie die Richtlinie 93/37 gestützt auf den früheren Art. 100a EG-Vertrag erlassen wurde, Urteile vom 20. Mai 2003, Österreichischer Rundfunk u. a. (C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Slg. 2003, I-4989, Randnrn. 39 bis 43), und vom 6. November 2003, Lindqvist (C-101/01, Slg. 2003, I-12971, Randnrn. 40 und 41).



bemerkt, nichts anderes übrig, als die Regelung nicht anzuwenden und daher den Antrag von Michaniki zurückzuweisen und die Auftragsvergabe an Pantechniki zu bestätigen.

#### IV — Antworten auf die Vorlagefragen

##### A — Zum erschöpfenden Charakter der in Art. 24 der Richtlinie 93/37 vorgesehenen Ausschlussgründe

19. Die erste Vorlagefrage geht im Wesentlichen dahin, ob die Mitgliedstaaten befugt sind, für die Teilnahme an einer Ausschreibung zur Vergabe eines Auftrags über öffentliche Bauarbeiten andere Ausschlussgründe als die vorzusehen, die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 genannt sind.

20. Die griechische Regierung trägt vor, dass die Aufzählung der in Art. 24 der Richtlinie 93/37 genannten Ausschlussgründe nicht erschöpfend sei, weil die Richtlinie die nationalen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge lediglich koordiniere und keine vollständige Harmonisierung in diesem Bereich bewirkt habe. Das trifft sicherlich zu. Der

Gerichtshof hat festgestellt, dass sich „aus dem Titel und der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie [ergibt], dass diese lediglich die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zum Gegenstand hat und somit keine umfassende Gemeinschaftsregelung in diesem Bereich vorsieht“<sup>16</sup>. Außerdem hat er hinsichtlich der Richtlinie 71/305 für Recht erkannt, dass sie kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft<sup>17</sup>. „Im Rahmen der gemeinsamen Bestimmungen, die sie enthält, bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Verbote, die aus den vom Vertrag bekräftigten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen, unbenommen, materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen.“<sup>18</sup> Es gibt zahlreiche Beispiele für nationale Maßnahmen oder Regelungen, die die gemeinschaftliche Regelung für öffentliche Aufträge ergänzen und für rechtmäßig erklärt wurden. Erwähnt seien nur die Anerkennung von Umweltschutzkriterien<sup>19</sup> oder der Kampf gegen die Arbeitslosigkeit<sup>20</sup> als Kriterien für die Vergabe öffentlicher Aufträge oder die Zulassung einer nationalen Regelung, die es verbietet, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern<sup>21</sup>.

16 — Urteil vom 27. November 2001, Lombardini und Mantovani (C-285/99 und C-286/99, Slg. 2001, I-9233, Randnr. 33).

17 — Vgl. Urteile vom 20. September 1988, Beentjes (31/87, Slg. 1988, 4635, Randnr. 20), und vom 9. Juli 1987, CEI und Bellini (27/86 bis 29/86, Slg. 1987, 3347, Randnr. 15).

18 — Ebd.

19 — Vgl. Urteil vom 17. September 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Slg. 2002, I-7213).

20 — Vgl. Urteil vom 26. September 2000, Kommission/Frankreich (C-225/98, Slg. 2000, I-7445).

21 — Vgl. Urteil vom 23. Januar 2003, Makedoniko Metro und Michaniki (C-57/01, Slg. 2003, I-1091).

21. Die Tatsache, dass die Richtlinie 93/37 die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge nicht umfassend harmonisiert hat, schließt jedoch nicht aus, dass einige ihrer Vorschriften als eine erschöpfende Regelung bestimmter Punkte aufzufassen sind. Mehrere Gesichtspunkte sprechen nämlich sehr dafür, dass die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltene Aufzählung der Fälle eines Ausschlusses eines Unternehmers von der Teilnahme an einem öffentlichen Bauauftrag erschöpfend ist. Dafür sprechen bereits die Ziele der Richtlinie. Da diese darauf gerichtet ist, den Wettbewerb auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge durch die Förderung einer größtmöglichen Beteiligung an den Vergabeverfahren zu entwickeln<sup>22</sup>, würde das Hinzufügen neuer Gründe für den Ausschluss von Bietern zwangsläufig eine Beschränkung des Zugangs für die an den Vergabeverfahren interessierten Parteien bewirken und den Wettbewerb einschränken. Vor allem aber scheint mir dies auch die Orientierung der Rechtsprechung zu sein. In diese Richtung ging schon das den Mitgliedstaaten auferlegte Verbot, von einem Bieter den Nachweis seiner technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie seiner Zuverlässigkeit durch andere Mittel zu verlangen als die, die in den Art. 23 bis 26 der alten Richtlinie 71/305 über öffentliche Bauaufträge aufgezählt waren. Anders gesagt, die Kontrolle, ob einer der Unvereinbarkeitsgründe besteht, die in Art. 24 der genannten Richtlinie in Bezug auf Bieter für einen öffentlichen Bauauftrag genannt werden, kann nur anhand der erschöp-

fend aufgezählten Beweismittel erfolgen<sup>23</sup>. Noch bezeichnender ist das Urteil, wonach schon die Art. 17 bis 25 der alten Richtlinie 77/62 über öffentliche Lieferaufträge die Kriterien für die qualitative Auswahl — darunter in Art. 20 die Kriterien über die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters — und die Auftragsvergabe „abschließend und zwingend“ regelten und demzufolge die Möglichkeit ausschlossen, die Teilnahme an einem Lieferauftrag allein den Unternehmen vorzubehalten, deren Gesellschaftskapital sich mehrheitlich in staatlicher Hand befindet<sup>24</sup>. Schließlich hat der Gerichtshof Art. 29 der Richtlinie 92/50 über öffentliche Dienstleistungsaufträge, der im Wesentlichen mit Art. 24 der Richtlinie 93/37 übereinstimmt, dahin ausgelegt, dass diese Vorschrift — die für einen Ausschluss von Bewerbern von der Teilnahme am Vergabeverfahren sieben Gründe vorsieht, die sich auf deren berufliche Ehrenhaftigkeit, ihre Zahlungsfähigkeit oder ihre Zuverlässigkeit beziehen — „selbst nur die Grenzen der Befugnis der Mitgliedstaaten in dem Sinne fest[legt], dass diese keine anderen Ausschlussgründe als die in ihr angegebenen vorsehen dürfen“<sup>25</sup>.

22. Gegenüber dieser Rechtsprechung beruft sich die griechische Regierung jedoch auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Fabricom*<sup>26</sup>. Darin ging es darum, ob eine nationale Regelung, nach der es einer Person, die mit Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten für einen öffentlichen Auftrag betraut war, untersagt war, im Rahmen der Ausschreibung dieses Auftrags

22 — Die Richtlinie 93/37 soll, wie sich aus ihrem zweiten und ihrem zehnten Erwägungsgrund ergibt, Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge beseitigen, um diese Märkte einem echten Wettbewerb zwischen den Unternehmern der Mitgliedstaaten zu öffnen (für eine Zusammenfassung der Rechtsprechung vgl. z. B. Urteile vom 27. November 2001, *Lombardini und Mantovani*, C-285/99 und C-286/99, Slg. 2001, I-9233, Randnr. 34, und vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 89).

23 — Vgl. Urteil vom 10. Februar 1982, *Transporoute et travaux* (76/81, Slg. 1982, 417), vom 26. September 2000, *Kommission/Frankreich* (C-225/98, Slg. 2000, I-7445, Randnr. 88).

24 — Urteil vom 26. April 1994, *Kommission/Italien* (C-272/91, Slg. 1994, I-1409, Randnr. 35).

25 — Urteil vom 9. Februar 2006, *La Cascina u. a.* (C-226/04 und C-228/04, Slg. 2006, I-1347, Randnr. 22).

26 — Urteil vom 3. März 2005, *Fabricom* (C-21/03 und C-34/03, Slg. 2005, I-1559).

ein Angebot einzureichen, mit den Richtlinien über öffentliche Aufträge vereinbar war. Statt nun zu prüfen, ob die Teilnahme an der Vorbereitungsphase eines öffentlichen Auftrags mit der Einreichung eines Angebots für diesen Auftrag im Hinblick auf die genannten Richtlinien vereinbar war, in denen die Fälle eines Ausschlusses von der Teilnahme an öffentlichen Aufträgen, insbesondere in Bezug auf Art. 24 der Richtlinie 93/37, aufgeführt sind, hat der Gerichtshof lediglich geprüft, ob die fragliche Maßnahme eine Gleichbehandlung aller Bieter vorsah und ob die vorliegende Ungleichbehandlung im Hinblick auf dieses Ziel unverhältnismäßig war.

23. Dieses Urteil ist auf den ersten Blick nur schwer mit den Urteilen vereinbar, in denen festgestellt wird, dass die Ausschlussfälle in den einschlägigen Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge abschließend aufgezählt sind. Der Widerspruch ist jedoch nur scheinbar. Die Fälle eines Ausschlusses von der Teilnahme an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge sollen mit den Gemeinschaftsrichtlinien zwar grundsätzlich abschließend geregelt sein. Das ist insbesondere Gegenstand von Art. 24 der Richtlinie 93/37. Allerdings können Ausschlussgründe auch zur Einhaltung anderer Regeln und Grundsätze geboten sein, die in der Richtlinie festgelegt sind oder sich aus ihr ergeben. Das gilt insbesondere für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag. Dieser mit der Transparenzpflicht untrennbar verbundene<sup>27</sup> Grundsatz nämlich, der sich aus den Grundfreiheiten der

Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit<sup>28</sup> ergibt und der gesamten gemeinschaftlichen Regelung für öffentliche Aufträge zugrunde liegt<sup>29</sup>, kann es rechtfertigen, Wettbewerber von der Teilnahme an einem Auftrag auszuschließen, weil der Wettbewerb zwischen den Bewerbern, der von den Richtlinien über öffentliche Aufträge gefördert werden soll und eine möglichst umfassende Teilnahme an den Vergabeverfahren voraussetzt, nur dann wirksam ist, wenn er unter Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bewerber erfolgt<sup>30</sup>. So ist es z. B. meines Erachtens kaum denkbar, dass das Gemeinschaftsrecht dem Prinzip als solchem entgegenstehen sollte, dass ein Mitgliedstaat die Ausübung bestimmter öffentlicher Aufgaben mit der Bewerbung für einen öffentlichen Auftrag für unvereinbar erklärt. Die Mitgliedstaaten müssen also andere Ausschlussfälle vorsehen können als die, die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 aufgeführt sind, falls dies zur Abwendung etwaiger Interessenkonflikte und damit zur Gewährleistung von Transparenz und Gleichbehandlung erforderlich sein sollte. Das ist auch der Sinn der in Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie 93/37 enthaltenen Aufforderung: „Die öffentlichen Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass nicht zwischen den verschiedenen Unternehmen diskriminiert wird“. Eben dies kommt im Urteil *Fabricom* zum Ausdruck<sup>31</sup>. Die nach dem nationalen Recht bestehende Unvereinbarkeit der Teilnahme an der Vorbereitungsphase eines öffentlichen Auftrags mit der Bewerbung für diesen Auftrag soll verhindern, dass eine Person, die bestimmte vorbereitende Arbeiten ausgeführt hat, die Bedingungen für einen

27 — Vgl. insbesondere Urteile vom 7. Dezember 2000, *Telaustria* und *Telefonadress* (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 61), vom 18. Juni 2002, *HI* (C-92/00, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 45), und Urteil *Universale-Bau* (Randnr. 91).

28 — So der Gerichtshof ausdrücklich in den Urteilen *Beentjes* (Randnr. 20) und *Kommission/Frankreich* (Randnr. 50).

29 — Vgl. Urteile *Universale-Bau* u. a. (Randnr. 91), *HI* (Randnr. 45) und vom 19. Juni 2003, *GAT* (C-315/01, Slg. 2003, I-6351, Randnr. 73).

30 — Darauf habe ich bereits bei anderer Gelegenheit hingewiesen (vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache *La Cascina* u. a., C-226/04 und C-228/04, Urteil vom 9. Februar 2006, Slg. 2006, I-1347, Randnr. 26); vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache *Fabricom* (Randnrn. 22 und 36).

31 — Darin ging es, wie gesagt, insbesondere um die Auslegung von Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie 93/37.

Auftrag in einem für sie günstigen Sinne beeinflussen kann, wenn sie später selbst Bieter für diesen Auftrag ist, oder dass sie wegen der Informationen, die sie im Hinblick auf den fraglichen öffentlichen Auftrag hat erlangen können, bei der Erstellung ihres Angebots begünstigt ist<sup>32</sup>.

24. Daher ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass die in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltene Aufzählung der Gründe für den Ausschluss von Bauunternehmern nicht erschöpfend ist.

#### *B — Die Voraussetzungen für zusätzliche Ausschlussfälle*

25. Die Richtlinie 93/37 verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, den in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltenen Gründen für einen Ausschluss von der Teilnahme an einem öffentlichen Bauauftrag weitere Ausschlussgründe hinzuzufügen, sofern diese darauf gerichtet sind, für Transparenz und Gleichbehandlung zu sorgen.

26. Genau damit rechtfertigt die griechische Regierung die in Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung genannte Unvereinbarkeit des Mediensektors mit dem Sektor der öffentlichen Bauarbeiten. Sie behauptet, dass diese Unvereinbarkeit für Transparenz und Gleichbehandlung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sorgen solle, indem jede Möglichkeit ausgeschlossen werde, dass ein Unternehmen, das sich an einer Ausschreibung beteilige, seine Medienmacht nutze, um auf die endgültige Auftragsvergabe zu seinen Gunsten Einfluss zu nehmen. Der Ausschluss von Medienunternehmen und Unternehmen, die mit Medienunternehmen verbunden seien, beruhe also darauf, dass sie aufgrund des Drucks, den sie dank ihrer Medienmacht auf die Vergabestelle ausüben könnten, größere Chancen als ihre Wettbewerber hätten, den Zuschlag zu erhalten. Sie befänden sich deshalb, was das Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags und das vom Gemeinschaftsrecht angestrebte Ziel der Öffnung des Marktes für den Wettbewerb angehe, nicht unbedingt in der gleichen Situation wie ihre Wettbewerber.

27. Die griechische Regierung macht außerdem geltend, dass die in der nationalen Verfassung vorgesehene Unvereinbarkeit auch die Verteidigung der Presse- und Medienvielfalt zum Ziel habe. Es gehe darum, zu verhindern, dass ein öffentlicher Auftraggeber auf ein Medienunternehmen, das sich um die Vergabe eines Bauauftrags bewerbe, Druck ausüben und sich so eines gewissen Wohlwollens bei der Darstellung seiner Politik durch dieses Unternehmen vergewissern könne. Außerdem gelte es, zu verhindern, dass ein Medienunternehmen, das sich um einen Bauauftrag bewerbe, dadurch versuche,

<sup>32</sup> — Urteil Fabricom (Randnrn. 29 und 30).

auf die endgültige Auftragsvergabe Einfluss zu nehmen, dass es zulasten der Unabhängigkeit und der Pressevielfalt die Politik des Staates wohlwollend präsentiere oder sich dazu verpflichte, dies zu tun. In Wirklichkeit jedoch ist dieses erklärte Ziel, die Pressevielfalt zu verteidigen, im spezifischen Kontext der Vergabe öffentlicher Aufträge nur untergeordnet und im Verhältnis zu dem Ziel, Transparenz und Gleichbehandlung zu gewährleisten, nicht wirklich eigenständig. Nur falls und soweit die Vergabestelle nämlich bei der Auswahl der Bewerber nicht nach objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien vorgehen sollte, könnte sie ihre Befugnis zur Auftragsvergabe ausnutzen, um entweder auf die Verlagspolitik eines sich um den Zuschlag eines Bauauftrags bewerbenden Medienunternehmens Einfluss zu nehmen oder um die verlegerische Linie dieses Unternehmens zu „belohnen“.

28. Mit anderen Worten, die im griechischen Recht vorgesehenen Ausschlussgründe dienen zur Verhütung von Interessenkonflikten zwischen Vergabestellen und Medienunternehmen, bei denen es zu Fällen von aktiver und passiver Bestechung kommen könnte, so dass der Prozess der Auswahl der Empfänger des Zuschlags für einen öffentlichen Bauauftrag verfälscht würde. Die Bestimmungen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art setzen demnach voraus, dass auf die Gleichbehandlung geachtet wird, die für die Erreichung des mit der gemeinschaftlichen Regelung des öffentlichen Auftragswesens angestrebten Ziels, einen wirksamen Wettbewerb zu entwickeln, notwendig ist. Außerdem entsprechen sie einem Erfordernis, das von der Richtlinie 93/37 nicht erfasst war. Das zeigt

sich daran, dass die Richtlinie 2004/18, die an die Stelle der Richtlinie 93/37 getreten ist, neue Fälle für einen Ausschluss von der Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung hinzugefügt hat, insbesondere den der Bestechung<sup>33</sup>. Diese Fälle decken sich teilweise mit denen, auf die die griechische Verfassung abzielt.

29. Einer der Streithelfer des Ausgangsverfahrens hat in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass die in der griechischen Verfassung vorgesehene allgemeine Unvereinbarkeit des Mediensektors mit dem Sektor für öffentliche Bauarbeiten diesen Zweck verfolge. Es dürfe nicht von vornherein grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Transparenz und die Gleichbehandlung im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrer Gesamtheit gefährdet werden könnte. Wollte man der von der griechischen Regierung vertretenen Auffassung beipflichten, dass die Tätigkeit der Medien geeignet sei, die Entscheidung über die Zuschlagserteilung zu beeinflussen, so wäre bei vielen anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten ein ähnlicher Vorwurf zu erheben. Insbesondere eine Bank, die Anteilseigner eines Unternehmens ist, das öffentliche Arbeiten durchführt, wäre durch ihre Tätigkeit, öffentliche Anleihen zu begeben, genauso in der Lage, auf die Vergabestelle Druck auszuüben und auf deren Zuschlagsentscheidung Einfluss zu nehmen.

33 — Siehe Art. 45 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).

30. Gleichwohl ist festzustellen, dass jedem Mitgliedstaat vorbehaltlich der Kontrolle durch den Gerichtshof ein bestimmtes Ermessen bei der Festlegung geeigneter Ausschlussfälle zusteht, um bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge für Transparenz und Gleichbehandlung zu sorgen. Der betroffene Mitgliedstaat ist am besten in der Lage, zu beurteilen, welche Interessenkonflikte im nationalen Kontext am ehesten auftreten und die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, nach denen öffentliche Aufträge zu vergeben sind, gefährden könnten. Die griechischen Behörden sind aufgrund der von ihnen durchgeführten Untersuchung zu dem Ergebnis gekommen, dass innerhalb Griechenlands ein Interessenkonflikt besteht, der bei den Vergabestellen zur Entwicklung von aktiver und passiver Bestechung führen könnte, wenn mit Medienunternehmen verbundene Bauunternehmen nicht von Vergabeverfahren ausgeschlossen würden. Deshalb sieht Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung diese Unvereinbarkeit vor. Die griechischen Behörden stützen sich also bei dieser spezifischen Beurteilung dessen, was sie zur Einhaltung der gemeinschaftlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für erforderlich halten, auf eine verfassungsrechtliche Wertung. Aus der Begründung der Vorlageentscheidung ergibt sich, dass sich eine Meinungsverschiedenheit in der Frage ergeben hat, ob dieser Umstand für die Beurteilung der Vereinbarkeit des genannten Ausschlussgrundes mit dem Gemeinschaftsrecht von Belang sein kann.

31. Die Europäische Union ist verpflichtet, die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten zu respektieren. Diese Pflicht obliegt

ihr seit Beginn. Sie gehört nämlich zum Wesen des anfangs der 50er-Jahre eingeleiteten europäischen Projekts, das eine fortschreitende Integration bei politischem Fortbestehen der Staaten vorsieht. Der Beweis dafür ist, dass diese Pflicht ausdrücklich zum ersten Mal bei einer Änderung der Verträge genannt wurde, die Fortschritte auf dem Weg der Integration mit sich brachte, die die Erwähnung dieser Pflicht aus der Sicht der Vertragsgeber erforderlich machten. So heißt es in Art. F Abs. 1 des Maastricht-Vertrags, jetzt Art. 6 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“ Es liegt auf der Hand, dass diese nationale Identität die verfassungsmäßige Identität des Mitgliedstaats umfasst. Falls dies einer Bestätigung bedürfte, ergäbe sie sich aus Art. I-5 der Verfassung für Europa und Art. 4 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union in der aus dem Vertrag von Lissabon hervorgegangenen Fassung, wo versucht wurde, die Bestandteile der nationalen Identität zu erläutern. In diesen beiden Vorschriften heißt es übereinstimmend, dass die Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten achtet, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ... zum Ausdruck kommt“.

32. Die Rechtsprechung hat aus dieser der Europäischen Union nach den Gründungsverträgen obliegenden Pflicht, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, bereits verschiedene Schlussfolgerungen gezogen. Bei aufmerksamer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass sich ein Mitgliedstaat unter bestimmten Umständen und natürlich unter

der Kontrolle des Gerichtshofs zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten auf die Wahrung seiner nationalen Identität berufen kann. Er kann sie zunächst ausdrücklich als berechtigten und eigenständigen Grund für eine Ausnahmeregelung geltend machen. Der Gerichtshof hat nämlich ausdrücklich festgestellt, dass der Schutz der nationalen Identität „ein rechtmäßiges Ziel dar[stellt], das von der Gemeinschaftsrechtsordnung geachtet wird“<sup>34</sup>, wenngleich er die Beschränkung in jenem Fall als unverhältnismäßig beurteilt hat, da das geltend gemachte Interesse auch auf andere Art und Weise angemessen geschützt werden könne. Ein Mitgliedstaat kann auch in gewissen Grenzen unter Berufung auf den Schutz der nationalen verfassungsmäßigen Identität seinen eigenen Begriff des legitimen Interesses entwickeln, um z. B. die Einschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen. So hat der Gerichtshof einem Mitgliedstaat, der sich auf den nach seiner Verfassung garantierten Schutz der Würde des Menschen berief, um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu rechtfertigen, geantwortet, dass die Würde des Menschen in der gemeinschaftlichen Rechtsordnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz geschützt sei. Der Mitgliedstaat habe jedoch einen weiten Spielraum, um Inhalt und Tragweite dieses Rechtsgrundsatzes entsprechend seinen Vorstellungen vom gebotenen Schutz dieses Grundrechts in seinem Staatsgebiet unter Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten festzulegen<sup>35</sup>. Demzufolge verwehrt es der Umstand, dass die von einem Mitgliedstaat zu dem Grundrecht vertretene Ansicht von den übrigen Mitgliedstaaten nicht geteilt wird, diesem Mitgliedstaat nicht, sich auf diese Ansicht zu stützen, um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu rechtfertigen.

33. Wenn die Achtung der verfassungsmäßigen Identität der Mitgliedstaaten daher grundsätzlich ein legitimes Interesse sein kann, um eine Beschränkung der vom Gemeinschaftsrecht auferlegten Pflichten zu rechtfertigen, so kann sich ein Mitgliedstaat erst recht hierauf berufen, um seine Auffassung davon zu rechtfertigen, welche verfassungsmäßigen Maßnahmen die Gemeinschaftsgesetzgebung ergänzen müssen, um die Achtung der in ihr genannten oder ihr zugrunde liegenden Grundsätze und Regeln in seinem Hoheitsgebiet zu gewährleisten. Es bedarf der Klarstellung, dass diese gebotene Achtung der verfassungsmäßigen Identität der Mitgliedstaaten nicht generell für sämtliche nationalen Verfassungsregeln gilt. Die nationalen Verfassungen würden sonst nämlich zu einem Instrument, mit dem sich die Mitgliedstaaten dem Gemeinschaftsrecht in bestimmten Bereichen entziehen könnten<sup>36</sup>. Darüber hinaus könnte es zu Diskriminierungen im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten kommen, je nachdem, welchen Inhalt sie jeweils ihren nationalen Verfassungen geben. So wie das Gemeinschaftsrecht die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten berücksichtigt, muss sich das nationale Verfassungsrecht den Anforderungen der gemeinschaftlichen Rechtsordnung anpassen. Im vorliegenden Fall können die nationalen Verfassungsvorschriften berücksichtigt werden, soweit sie unter das Ermessen fallen, über das die Mitgliedstaaten verfügen, um die von der Richtlinie gebotene Achtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten. Die Ausübung dieses Ermessens muss allerdings innerhalb der von diesem Grundsatz und von der Richtlinie selbst gezogenen Grenzen erfolgen. Die nationale Verfassungsvorschrift ist also im vorliegenden Fall erheblich, um den nationalen Kontext zu bestimmen, in dem der Grundsatz

34 — Im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem ein Mitgliedstaat den Ausschluss von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten vom Zugang zum öffentlichen Unterrichtswesen mit diesem Ziel begründet hat (vgl. Urteil vom 2. Juli 1996, Kommission/Luxemburg, C-473/93, Slg. 1996, I-3207, Randnr. 35).

35 — Vgl. Urteil vom 14. Oktober 2004, Omega (C-36/02, Slg. 2004, I-9609).

36 — Ein Mitgliedstaat kann sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich nicht auf sein Verfassungsrecht berufen, um die Wirkung einer Gemeinschaftsvorschrift in seinem Gebiet zu verhindern (Urteil vom 17. Dezember 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Slg. 1970, 1125).

der Gleichbehandlung der Bewerber um einen öffentlichen Auftrag zur Anwendung kommen muss, um in diesem Kontext festzustellen, welche Gefahren eines Interessenkonflikts bestehen, welche Bedeutung in der nationalen Rechtsordnung der Verhütung solcher Interessenkonflikte zukommt und auf welcher normativen Ebene dieser Schutz gewährt werden muss.

34. Das Gemeinschaftsrecht hindert also grundsätzlich einen Mitgliedstaat nicht daran, Bauunternehmer, die mit Medienunternehmen verbunden sind, von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge auszuschließen, um die gemeinschaftlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Freilich muss die so festgelegte Unvereinbarkeit des Sektors der öffentlichen Bauarbeiten mit dem Mediensektor mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen. Die Unvereinbarkeit muss also im Hinblick auf das Ziel, Gleichbehandlung zu gewährleisten und dadurch einen wirksamen Wettbewerb zu entwickeln, erforderlich und verhältnismäßig sein. Ist jedoch der vom nationalen Recht hinzugefügte Ausschlussgrund so definiert, dass er eine im Verhältnis zu dem, was erforderlich ist, um eine Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, übermäßig große Anzahl potenzieller Auftragnehmer umfasst, so schadet er in Wirklichkeit dem von der Richtlinie angestrebten Ziel, einen wirksamen Wettbewerb zu entwickeln, anstatt, wie behauptet, diesem Ziel zu dienen. Dem Mitgliedstaat ist auch insoweit ein gewisses Ermessen einzuräumen, um zu bestimmen,

welcher Umfang der Unvereinbarkeitsregelung seiner Ansicht nach im nationalen Bereich ausreicht, um die Erfordernisse des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfüllen. Die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahme können also nicht allein schon deshalb ausgeschlossen sein, dass eine solche Maßnahme von den übrigen Mitgliedstaaten nicht erlassen wurde<sup>37</sup>.

35. Dieses Ermessen kann jedoch nicht unbegrenzt sein. Seine Ausübung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Diese obliegt zwar grundsätzlich dem für das Ausgangsverfahren zuständigen nationalen Gericht und nicht dem nach Art. 234 EG befassten Gerichtshof, aber eine so weit gehende Unvereinbarkeit, wie sie Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung vorsieht, verstößt auf jeden Fall gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere, soweit sie alle Bauunternehmer erfasst, die mit Medienunternehmen, ungeachtet des Umfangs der Verbreitung der fraglichen Medien, verbunden sind. Eine solche Unvereinbarkeit überschreitet nämlich das Maß dessen, was für die Achtung der Gleichbehandlung und somit für den Schutz eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist, denn man wird kaum behaupten können, dass ein regional tätiger Informationsmedienunternehmer über eine Medienmacht verfügt, mit der er auf einen in einer anderen Region ansässigen Zuschlagsempfänger Druck ausüben könnte, oder umgekehrt, dass dieser Zuschlagsempfänger Druck auf einen solchen Medienunternehmer aus-

37 — Vgl. Urteil Omega vom 14. Oktober 2004 (Randnrn. 37 und 38).



üben könnte. Das Gleiche gilt insbesondere auch für alle Bauunternehmer, die in irgendeinem Verwandtschaftsverhältnis zu einem Medienunternehmer stehen. Es ist nämlich unwahrscheinlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber auf einen Medienunternehmer, der entfernt mit dem Bauunternehmer verwandt ist, Druck ausüben könnte oder dass umgekehrt ein solcher Medienunternehmer Druck auf den öffentlichen Auftraggeber ausübt.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht. Eine Vorschrift, nach der die Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens allgemein unvereinbar ist mit der Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Unternehmens, das gegenüber dem Staat oder einer juristischen Person des öffentlichen Sektors im weiteren Sinne mit der Ausführung von Bauarbeiten oder Lieferungen oder Dienstleistungen betraut ist, verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

36. Daher ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn das nationale Recht dem in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltenen Verzeichnis einen Ausschlussgrund hinzufügt, falls dieser dazu dient, die zur Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs erforderliche Transparenz und Gleichbehandlung zu gewährleisten, und mit dem

37. Angesichts der Antwort auf die zweite Frage ist die dritte Vorlagefrage nicht zu beantworten.

## V — Ergebnis

38. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des griechischen Symvoulio tis Epikrateias wie folgt zu antworten:

- Die in Art. 24 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge enthaltene Aufzählung der Gründe für den Ausschluss von Bauunternehmern ist nicht erschöpfend.

- Es ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn das nationale Recht dem in Art. 24 der Richtlinie 93/37 enthaltenen Verzeichnis einen Ausschlussgrund hinzufügt, falls dieser dazu dient, die zur Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs erforderliche Transparenz und Gleichbehandlung zu gewährleisten, und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht. Eine Vorschrift, nach der die Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Medienunternehmens allgemein unvereinbar ist mit der Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Unternehmens, das gegenüber dem Staat oder einer juristischen Person des öffentlichen Sektors im weiteren Sinne mit der Ausführung von Bauarbeiten oder Lieferungen oder Dienstleistungen betraut ist, verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.