SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 23. Oktober 1997 *

I — Einleitung

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen bittet der belgische Raad van State den Gerichtshof darum, die Bedeutung eines früheren Urteils [1] zu erläutern, mit dem der Gerichtshof die Richtlinien 71/304/EWG [2] und 71/305/EWG [3] ausgelegt und festgestellt hat, daß Holdinggesellschaften in die Listen der Unternehmer für die Teilnahme an Ausschreibungen aufgenommen werden können, sofern diese Gesellschaften nachweisen, daß ihnen die erforderlichen Mittel zur Durchführung dieser Aufträge tatsächlich zur Verfügung stehen. Im vorliegenden Verfahren ist streitig, ob eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten besteht, wonach diese die beherrschende Stellung zu berücksichtigen haben, die eine Holdinggesellschaft gegenüber den Konzerngesellschaften einnimmt.

II — Sachverhalt

2. Der Sachverhalt, der Anlaß zu der Vorabentscheidungsfrage gegeben hat, mit der der Gerichtshof jetzt befaßt ist, ist der gleiche wie in der Rechtssache C-389/92, in der der Gerichtshof das zitierte Urteil vom 14. April 1994 erlassen hat, dessen Tenor Gegenstand des vorliegenden Auslegungsersuchens ist.

3. In der letztgenannten Rechtssache, auf die ich für eine ausführlichere Wiedergabe der Tatsachen- und Rechtsfragen des vorliegenden Verfahrens verweise, hat der Gerichtshof wie folgt für Recht erkannt: „Die Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, und die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge sind dahin auszulegen, daß sie dazu ermächtigen, bei der Beurteilung der Kriterien, die ein Unternehmer im Rahmen der Prüfung eines von der beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellten Zulassungsantrags erfüllen muß, die Gesellschaften zu berücksichtigen, die zu diesem Konzern gehören, soweit die betreffende juristische Person nachweist, daß sie tatsächlich über die diesen Gesellschaften zustehenden Mittel verfügen kann, die zur Ausführung der Aufträge erforderlich sind. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsrechtsstreit erbracht worden ist."

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Urteil vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 (Ballast Nedam Groep, Slg. 1994, I-1289).

2 — Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden (ABl. L 185, S. 1).

3 — Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5).

4. Das vorlegende Gericht fragt sich nun, auch im Licht der Schlußanträge des Generalanwalts Gulmann in der zitierten Rechtssache [4], welches die genaue Bedeutung des im Tenor des erwähnten Urteils verwendeten Ausdrucks „ermächtigen" ist und ob dieser Ausdruck den Mitgliedstaaten ein Ermessen bei der Erteilung der in Frage stehenden Zulassung beläßt.

Um in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheiden zu können, hat der belgische Raad van State daher dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist der Begriff „ermächtigen" in dem Satzteil „... ermächtigen, ... zu berücksichtigen ..." im Tenor des Urteils vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 als „verpflichten" zu verstehen?

Wenn der Begriff „ermächtigen" in dem genannten Satzteil nicht als „verpflichten" zu verstehen ist, bedeutet dies dann, daß dem betroffenen Mitgliedstaat doch ein Ermessen zusteht, selbst wenn die vom Gerichtshof aufgestellte Voraussetzung erfüllt ist?

In welchen Fällen und aus welchen Gründen sind dann Unternehmen zu berücksichtigen, die zu einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gehören?

III — Prüfung der Streitfragen

5. Die dem Gerichtshof zur Prüfung vorgelegte Frage ist in der Weise zu beantworten, daß der streitige Ausdruck „ermächtigen" in den durch das zitierte Urteil vorgegebenen Rahmen gestellt wird. Unstreitig hat der Gerichtshof diesen Ausdruck unter Bezugnahme auf den Geist der Richtlinien 71/304 und 71/305 verwendet, mit denen die Gemeinschaft den Sektor der öffentlichen Bauaufträge liberalisieren und es den europäischen Unternehmen ermöglichen wollte, sich an den in den Mitgliedstaaten veröffentlichten Ausschreibungen zu beteiligen, und so die Hindernisse zu beseitigen, die der tatsächlichen Verwirklichung eines offenen Marktes für die betreffenden Dienstleistungen entgegenstehen [5]. Der Gerichtshof hat nämlich die Möglichkeit garantieren wollen, daß sich Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise wie die Unternehmen des betreffenden Mitgliedstaats an den durch die Richtlinie 71/305 geregelten Ausschreibungen beteiligen.

Dabei liegt es auf der Hand, daß dann, wenn ein Mitgliedstaat in bezug auf die in Frage stehende Zulassung, die eine Voraussetzung für die Beteiligung an den Ausschreibungen

4 — Schlußanträge vom 24. Februar 1994 (Slg. 1994, I-1291).

5 — Vgl. die siebte und die neunte Begründungserwägung der Richtlinie 71/305.

darstellen kann, ein Ermessen ausüben könnte, die in Artikel 28 Absatz 4 der Richtlinie 71/305 festgelegte Vorschrift vollständig entwertet würde, wonach für „die Aufnahme von Unternehmern der anderen Mitgliedstaaten in eine solche Liste ... nur die für inländische Unternehmer vorgesehenen Nachweise und Erklärungen gefordert werden [können], in jedem Fall jedoch lediglich diejenigen, die in den Artikeln 23 bis 26 vorgesehen sind".

6. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof in dem früheren Urteil den Ausdruck „ermächtigen" verwendet hat, d. h. genau den Begriff, den das vorlegende Gericht bei der Formulierung der von ihm in jener Sache gestellten Vorabentscheidungsfrage verwendet hatte. Dieser Ausdruck ist daher im Licht dieses Urteils zu lesen, und er erklärt sich, wenn man die vom Gerichtshof aufgestellte Voraussetzung berücksichtigt, mit der in diesem Zusammenhang gefordert wird, daß „die betreffende juristische Person nachweist, daß sie über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel dieser Gesellschaften [der Beteiligungsgesellschaften] tatsächlich verfügen kann".

7. Aus dem Vorstehenden ergibt sich daher, daß der Mitgliedstaat bei der Entscheidung über die Zulassung von Holdinggesellschaften über kein Ermessen verfügt, sofern die vom Gerichtshof vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Andererseits ist es aber Sache des Mitgliedstaats, festzustellen, ob diese Voraussetzungen von den Holdinggesellschaften tatsächlich erfüllt werden. Zu diesem Zweck ist es meines Erachtens auch erforderlich, daß der Mitgliedstaat geeignete Kriterien festlegt, die es ermöglichen, die Modalitäten zu bestimmen, nach denen davon ausgegangen werden kann, daß ein Konzern angemessene Garantien dafür bietet, daß die Erfüllung der bei der eventuellen Vergabe eines Auftrags eingegangenen Verpflichtungen gesichert ist.

8. Ich verhehle nicht, daß es in dieser Materie ohne Zweifel wünschenswert wäre, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber zur Harmonisierung und Koordinierung der verschiedenen Vorschriften im Gesellschaftsrecht tätig würde, die die Haftung des Konzerns und — individuell — seiner Konzerngesellschaften in bezug auf die Verpflichtungen regeln, die von der herrschenden Gesellschaft nach der Vergabe des Auftrags eingegangen worden sind. Es gibt nämlich heikle Probleme, die aus der Gleichstellung eines Konzerns, insgesamt gesehen, mit der Person des einzelnen Unternehmers ergeben. Es handelt sich um weitreichende Fragen, die — wie bereits gesagt — es verdienten, bei der Ausarbeitung der entsprechenden Normen eingehender durchdacht zu werden. Generalanwalt Gulmann hatte in seinen Schlußanträgen [6] in der Rechtssache C-389/92 darauf hingewiesen und den Gerichtshof gerade davor gewarnt, eine generelle und abstrakte Antwort zu geben, wobei er seinerseits in dem dem Gerichtshof vorgelegten Fall einer punktuellen Lösung den Vorzug gibt.

9. Probleme wie diejenigen, die sich bei Interessenkonflikten zwischen der beherrschenden Gesellschaft eines Konzerns und den Konzerngesellschaften ergeben, oder aber diejenigen, die sich darauf beziehen, daß der Gesellschaftszweck der Gesellschaften, die letztlich die vergebenen Arbeiten durchführen sollen, nicht angemessen ist, können nämlich zu schweren Nachteilen für die

6 — Zitiert in Fußnote 4.

Vergabestelle führen, wenn sie nicht rechtzeitig erkannt und gelöst werden. Dabei ist es im übrigen gut, sich bewußt zu machen, daß die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zu Interessenkonflikten innerhalb eines Konzerns oder zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Widerspruchs zum Gesellschaftszweck im allgemeinen auf Fälle zurückgeht, in denen ein Gläubiger der Konzerngesellschaft sich auf die Mängel des angefochtenen Geschäfts zu berufen sucht, um zu verhindern, daß ihm ein Teil des Vermögens der Konzerngesellschaft entgeht und dem Vermögen der Holdinggesellschaft zufließt, oder aber um geltend zu machen, daß die beherrschende Gesellschaft mit ihrem Vermögen haftet. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte hat versucht, derartige Probleme zu lösen, und hat je nach den Umständen Lösungen gefunden, die gewiß verbessert werden könnten, die es aber ermöglichen, weitgehend dem doppelten Erfordernis zu entsprechen, eine korrekte und gesunde Entwicklung der geschäftlichen Transaktion sicherzustellen und die Transparenz der Beziehungen zwischen Gläubigern, Gesellschaftern und Gesellschaften zu garantieren [7].

10. In dem dem Gerichtshof vorgelegten Fall ist die Lage dagegen im wesentlichen umgekehrt: Gläubiger ist die Vergabestelle, und ihr Vertragspartner ist die Holdinggesellschaft, die den Auftrag durch ihre Gesellschaften ausführen läßt. Die Beziehungen, die zwischen der Holding und den Beteiligungsgesellschaften bestehen, können je nach der Festigkeit der Beteiligung und der Natur des Rechtsverhältnisses, das sie verbindet, sehr unterschiedlich sein. Der Einfluß des nationalen Gesellschaftsrechts kann außerdem eine entscheidende Rolle bei der Ausgestaltung des Erscheinungsbilds und der Struktur des Konzerns spielen. Bei dieser Sachlage könnte die Vergabestelle letztlich dadurch benachteiligt sein, daß sie nicht rechtsgültig und wirksam in solchen Fällen von der Holdinggesellschaft und, was wichtig ist, von den einzelnen Konzerngesellschaften die Erfüllung der Verpflichtungen verlangen könnte, die von der Holding mit der Vergabe des Auftrags eingegangen worden sind [8]. Mit anderen Worten müssen die Voraussetzungen dafür vorliegen, daß die vorgesehene Verpflichtung zur Ausführung des Auftrags die Konzerngesellschaften trifft, und zwar als rechtlich verbindliche Verpflichtung [9]. Es versteht sich von selbst, daß der Rahmen, in den sich diese Problemstellung einfügt, erheblich komplizierter wird, wenn man an die Folgen denkt, die sich daraus ergeben, daß sich auch innerhalb desselben Konzerns die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten überschneiden und daß es unvermeidlich ist, auf Normen des internationalen Privatrechts zurückzugreifen, die zuweilen nicht ausreichen, um wieder aus dem rechtlichen Labyrinth herauszufinden, in dem sich derjenige befindet, der die Vorschriften auslegt, und vor allem um eine vollständige Gleichwertigkeit zwischen Normen

7 — Siehe dazu ex multis aus rechtsvergleichender Sicht: F. Wooldridge, *Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws*, in *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot 1991, S. 103; A. Cerrai, A. Mazzoni, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Mailand 1993, S. 339; K. J. Hopt, *Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies*, ebenda, S. 715; C. K. Grierson, *Shareholders liability; Consolidation and Pooling*, in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London 1994, S. 205.

8 — Die Lage, die sich ergeben würde, entspricht nämlich in einigen Punkten der Lage eines Unternehmens, das Teile des Auftrags an Dritte weitervergibt. In diesem Zusammenhang ist durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 210, S. 1), auch wenn sie ratione temporis auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, Artikel 20b eingefügt worden, der wie folgt lautet: „In den Verdingungsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags bekanntzugeben, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt. Diese Bekanntgabe berührt nicht die Frage der Haftung des Hauptauftragnehmers."

9 — Siehe dazu die Anmerkungen von G. Rossi zum Urteil vom 14. April 1994 in *Giurisprudenza italiana*, Teil I, Abt. I, Spalte 545, 1995.

von Staaten mit unterschiedlichen Rechtstraditionen und -auffassungen zu garantieren [10].

11. Der vom Gerichtshof in dem zitierten Urteil aufgestellte Rechtsgrundsatz verpflichtet folglich meines Erachtens die Mitgliedstaaten, außer zur Beachtung des Diskriminierungsverbots, das in unserem Fall in dem Verbot zum Ausdruck kommt, bei der Erteilung der Zulassung ein Ermessen auszuüben, auch, eine besondere Sorgfalt bei der Festlegung unter Anwendung von objektiven und transparenten Vorschriften an den Tag zu legen, die auf der Grundlage des in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden rechtlichen Rahmens die tatsächliche Beachtung der vom Gerichtshof angegebenen Bedingungen garantiert, nämlich daß die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel in vollem Umfang zur Verfügung stehen. Würde dieser Nachweis nicht erbracht, so würde nämlich ein echter Wettbewerb dadurch verfälscht, daß es Konzernen, die entweder aus rechtlicher oder fachlich-wirtschaftlicher Sicht nicht angemessen ausgestattet sind, erlaubt würde, unter gleichen Voraussetzungen neben Bewerbern, die im Gegensatz dazu substantiell geeignet sind, an Ausschreibungen teilzunehmen.

IV — Anträge

12. Im Licht des Vorstehenden schlage ich vor, die vom belgischen Raad van State zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Der Begriff „ermächtigen" im Tenor des Urteils vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 ist als „verpflichten" zu verstehen.

10 — Das Erfordernis, das eine Unternehmensgruppe, die sich an einer Ausschreibung beteiligt, eine besondere Rechtsform annimmt, ist über Artikel 21 der Richtlinie 71/305 zugelassen, der wie folgt lautet: „Bietergemeinschaften können Angebote einreichen. Von solchen Bietern kann nicht verlangt werden, daß sie zwecks Einreichung des Angebots eine bestimmte Rechtsform annehmen; dies kann jedoch verlangt werden, wenn ihnen der Zuschlag erteilt worden ist." Im Fall einer Holding kann diese Vorschrift natürlich je nachdem unterschiedlich ausgelegt werden, ob man den Konzern in seiner Gesamtheit als eine einzige Einheit ansieht, wobei Artikel 21 dann keine Anwendung finden würde, oder ob diese Vorschrift auf die Bewerbung der Holding bezogen wird, daher gegebenenfalls gefordert wird, daß das Gesellschaftsgefüge, das den Konzern bildet, eine genau definierte Rechtsform annimmt.

Es ist jedoch Sache der nationalen Stellen, die Beachtung der Voraussetzung, von der diese Gleichstellungsverpflichtung abhängig ist, zu garantieren und insbesondere sicherzustellen, daß die vollständige Verfügbarkeit der Mittel zur Ausführung des Auftrags anhand von Kriterien nachgeprüft wird, die nicht diskriminierend und die geeignet sind, auch die Rechte und das schutzwürdige Vertrauen der Auftraggeber zu gewährleisten.