URTEIL DES GERICHTSHOFES (Dritte Kammer)
18. Dezember 1997 *

In der Rechtssache C-5/97

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag vom belgischen Raad van State in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Ballast Nedam Groep NV

gegen

Belgische Staat

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Urteils des Gerichtshofes vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 (Ballast Nedam Groep, Slg. 1994, I-1289)

erläßt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Richters J. C. Moitinho de Almeida in Wahrnehmung der Aufgaben des Kammerpräsidenten sowie der Richter J.-P. Puissochet (Berichterstatter) und L. Sevón,

Generalanwalt: A. La Pergola
Kanzler: R. Grass

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Ballast Nedam Groep NV, Klägerin des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Senelle, Brüssel,

— der belgischen Regierung, vertreten durch Jan Devadder, Conseiller général im Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten, Außenhandel und Entwicklungszusammenarbeit, als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater Hendrik van Lier als Bevollmächtigten,

aufgrund des Berichts des Berichterstatters,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 23. Oktober 1997,

folgendes

Urteil

1 Der belgische Raad van State hat mit Urteil vom 18. Dezember 1996, beim Gerichtshof eingegangen am 13. Januar 1997, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag eine Frage nach der Auslegung des Urteils des Gerichtshofes vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 (Ballast Nedam Groep, Slg. 1994, I-1289; im folgenden: Urteil BNG I) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft niederländischen Rechts Ballast Nedam Groep (im folgenden: BNG) und dem belgischen Staat über die Nichtverlängerung der dieser Gesellschaft erteilten Zulassung, der bereits Anlaß für eine frühere Vorabentscheidungsfrage nach der Auslegung der

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 (ABl. L 185, S. 1), und der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) war.

3 Die vom Raad van State in seiner ersten Vorabentscheidungsvorlage gestellte Frage lautete wie folgt:

Ermächtigen die Richtlinie 71/304/EWG 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 vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, insbesondere deren Artikel 1, 6, 21, 23 und 26, dazu, daß bei der Anwendung der belgischen Regelung über die Zulassung von Unternehmern auf die beherrschende juristische Person eines „Konzerns" nach niederländischem Recht bei der Beurteilung der Kriterien, die der Unternehmer u. a. in bezug auf die technische Leistungsfähigkeit erfüllen muß, nur die juristische Einheit der beherrschenden juristischen Person und nicht die „Konzerngesellschaften" berücksichtigt werden, die jeweils mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind und zu diesem „Konzern" gehören?

4 Im bereits zitierten Urteil BNG I hat der Gerichtshof auf diese Frage geantwortet, daß die Richtlinien 71/304/EWG und 71/305/EWG dahin auszulegen sind, 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 über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel dieser Gesellschaften tatsächlich verfügen kann. Der Gerichtshof hat hinzugefügt, daß es Sache des nationalen Gerichts ist, zu beurteilen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsrechtsstreit erbracht worden ist.

5 Da die Parteien des Rechtsstreits nicht einig darüber sind, welche Bedeutung diesem Urteil beizumessen ist, hat der Raad van State beschlossen, dem Gerichtshof eine neue Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, die wie folgt lautet:

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?

6 Diese Frage des vorlegenden Gerichts geht im wesentlichen dahin, ob sich aus dem Urteil BNG I ergibt, daß die Richtlinien 71/304 und 71/305 dahin auszulegen sind, daß die Stelle, die für die Entscheidung über einen Antrag auf Zulassung zuständig ist, der von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellt wird, wenn nachgewiesen ist, daß diese juristische Person über die für die Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel der zum Konzern gehörenden Gesellschaften tatsächlich verfügen kann, verpflichtet ist, diese Gesellschaften zu berücksichtigen.

7 Die BNG und die Kommission sind der Ansicht, diese Frage sei zu bejahen. Wenn nachgewiesen sei, daß die beherrschende juristische Person eines Konzerns tatsächlich über die Mittel der Gesellschaften verfügen könne, die zu diesem Konzern gehören, habe die zuständige Stelle diese Gesellschaften notwendigerweise zu berücksichtigen.

8 Dagegen nimmt die belgische Regierung auf das Urteil vom 9. Juli 1987 in den verbundenen Rechtssachen 27/86, 28/86 und 29/86 (CEI u. a., Slg. 1987, 3347) Bezug und macht geltend, die Mitgliedstaaten verfügten über ein Ermessen, wenn sie die Klassifizierungskriterien beurteilten, die ein Unternehmer bei der Prüfung eines von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellten Antrags auf Zulassung erfüllen müsse, selbst wenn die vom Gerichtshof aufgestellte Voraussetzung erfüllt sei.

9 Die Verweisung auf dieses Urteil ist hier nicht stichhaltig. Wie der Gerichtshof in Randnummer 22 des Urteils CEI u. a. festgestellt hat, sind die Kriterien für die Klassifizierung der Unternehmer in den verschiedenen in Artikel 28 der Richtlinie 71/305 vorgesehenen offiziellen Listen der zugelassenen Unternehmer zwar nicht harmonisiert, dies gilt aber nicht für einige der in den Artikeln 23 bis 28 festgelegten Kriterien für die qualitative Auswahl, insbesondere für die Nachweise der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit der Unternehmer gemäß den Artikeln 25 und 26. Aus dem Urteil BNG I geht aber eindeutig hervor, daß die vom Gerichtshof in diesem Urteil aufgestellte Voraussetzung sich gerade auf die Nachweise bezieht, mit denen die technische, die finanzielle und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens belegt werden soll, das in eine offizielle Liste zugelassener Unternehmer aufgenommen werden möchte.

10 In diesem Urteil hat der Gerichtshof nämlich zunächst festgestellt, daß eine Holdinggesellschaft, die selbst keine Arbeiten ausführt, nicht allein deswegen von den Verfahren der Teilnahme an öffentlichen Bauaufträgen ausgeschlossen werden darf, weil ihre Tochtergesellschaften, die die Arbeiten ausführen, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind (Randnr. 15).

11 Anschließend hat der Gerichtshof ausgeführt, daß es — wie sich aus Artikel 20 der Richtlinie 71/305 ergibt — jedoch Sache der öffentlichen Auftraggeber ist, die fachliche Eignung der Unternehmer nach den in den Artikeln 25 bis 28 der Richtlinie genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit zu prüfen (Randnr. 16).

12 Schließlich hat der Gerichtshof festgestellt, daß eine Gesellschaft, die zwecks Aufnahme in eine offizielle Liste zugelassener Unternehmen ihre technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dartun will und hierzu auf die

Referenzen ihrer Tochtergesellschaften verweist, nachweisen muß, daß sie unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehung zu ihren Tochtergesellschaften tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel dieser Gesellschaften verfügen kann. Es ist Sache des nationalen Gerichts, vor dem Hintergrund der tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, mit denen es befaßt ist, zu prüfen, ob ein derartiger Nachweis im Ausgangsrechtsstreit erbracht ist (Randnr. 17).

13 Nach alledem darf eine Holdinggesellschaft, die selbst keine Arbeiten ausführt, nicht deswegen von den Verfahren zur Teilnahme an öffentlichen Bauaufträgen und damit von der Aufnahme in eine offizielle Liste der zugelassenen Unternehmer ausgeschlossen werden, wenn sie nachweist, daß sie tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel ihrer Tochtergesellschaften verfügt, es sei denn, daß die Nachweise dieser Tochtergesellschaften selbst den in den Artikeln 23 bis 28 der Richtlinie 71/305 genannten qualitativen Auswahlkriterien nicht entsprechen.

14 Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten, daß die Richtlinien 71/304 und 71/305 dahin auszulegen sind, daß die Stelle, die für die Entscheidung über einen Antrag auf Zulassung zuständig ist, der von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellt wird, wenn nachgewiesen ist, daß diese Person tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel der zum Konzern gehörenden Gesellschaften verfügen kann, verpflichtet ist, die Nachweise dieser Gesellschaften bei der Beurteilung der Eignung der betreffenden juristischen Person nach den in den Artikeln 23 bis 28 der Richtlinie 71/305 genannten Kriterien zu berücksichtigen.

Kosten

15 Die Auslagen der belgischen Regierung und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

auf die ihm vom belgischen Raad van State mit Urteil vom 18. Dezember 1996 vorgelegte Frage 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 die Stelle, die für die Entscheidung über einen Antrag auf Zulassung zuständig ist, der von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellt wird, wenn nachgewiesen ist, daß diese Person tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel der zum Konzern gehörenden Gesellschaften verfügen kann, verpflichtet ist, die Nachweise dieser Gesellschaften bei der Beurteilung der Eignung der betreffenden juristischen Person nach den in den Artikeln 23 bis 28 der Richtlinie 71/305 genannten Kriterien zu berücksichtigen.

Moitinho de Almeida Puissochet Sevón

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. Dezember 1997.

Der Kanzler

R. Grass

In Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Dritten Kammer

J. C. Moitinho de Almeida