

Die implizite Änderung der griechischen Verfassung durch das EU-Recht

*Lina Papadopoulou**

I.	Einführung in die Problematik	141
	1. Verfassungsrecht und europäische Integration	141
	2. Die stillschweigende "Revision" der Verfassung durch eine europakonforme Auslegung	142
II.	Die historischen Beispiele einer stillschweigenden Verfassungsänderung	145
	1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer und öffentliche Verwaltung	145
	2. Aktives und passives Wahlrecht bei Kommunalwahlen	146
III.	Das verfassungsrechtliche Verbot von "privaten Universitäten" in Griechenland und die Anerkennung beruflicher Rechte nach dem Gemeinschaftsrecht	147
	1. Die Tatbestände	147
	2. Die Rechtsprechung des griechischen Staatsrates	148
	3. Die zwei Strategien	149
	4. Die Antwort des EuGH: Vermeidung einer direkten Kollision des Gemeinschaftsrechts mit der griechischen Verfassung	150
IV.	Der Fall des griechischen "Hauptaktionärs": Verhältnismäßigkeit als gemein-europäisches Verfassungsprinzip	152
	1. Der rechtliche Rahmen: Eingrenzung des Konfliktfelds	152
	2. Das Urteil des Plenums des griechischen Staatsrates: Deklaration der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit	153
	3. Die Antwort der Europäischen Union	154
	a) Der Schlussantrag des Generalanwalts: Inkorporierung der nationalen Besonderheiten	154
	b) Die Haltung des Gerichts: Berücksichtigung der nationalen Umstände	156
	4. Die führende Rolle des Prinzips der Verhältnismäßigkeit	157
	5. Auf dem Weg zu einem kooperativen Verhältnis zwischen den griechischen Gerichten und dem EuGH	158
V.	Von der Verfassungsvergleichung zur Verfassungsharmonisierung	159
VI.	Zusammenfassung	161

I. Einführung in die Problematik

1. Verfassungsrecht und europäische Integration

Die nationale Verfassung – wie auch Staat und Souveränität – wird heute von den Prozessen der Europäisierung unmittelbar beeinflusst. Ein Mehr-

* Die Autorin ist Ass. Professorin für Verfassungsrecht und Inhaberin eines Jean Monnet Lehrstuhls für Europäisches Verfassungsrecht und Verfassungskultur an der Aristoteles Universität Thessaloniki, Griechenland.

ebenensystem, wie die Europäische Union, bedarf jedoch in einer pluralistischen Rechtsquellenwelt¹ Faktoren, die seiner Stabilisierung und Homogenisierung dienen können. Die Koexistenz nationaler und unionsrechtlicher Normen, ohne – wenn möglich – Aufhebung der einen, könnte entweder durch eine praktische Harmonisierung beider Normen oder durch eine konforme Auslegung aufrechterhalten werden. Die erste Lösung, die praktische Harmonisierung, setzt die normative Gleichrangigkeit beider zu harmonisierenden Normen voraus und hat einen gegenseitigen Rückzug und gleichzeitig eine Annäherung beider Normen zur Folge. Hierdurch wäre jedoch die einheitliche Interpretation und Anwendung des Unionsrechts nicht gewährleistet. Vielmehr würde die Einheitlichkeit des Unionsrechts durch seine verfassungskonforme Auslegung unterminiert. Im Gegensatz dazu wird als Lösung die europafreundliche² oder -konforme Auslegung der staatlichen Rechtsnorm bzw. Verfassungsnorm vorgeschlagen. Genauer gesagt, ist das Verfassungsrecht so weit wie möglich europarechtskonform auszulegen.³ Diese Auslegungsmethode bestätigt die unifizierende Tendenz des Unionsrechts⁴ und ähnelt der verfassungskonformen Gesetzesauslegung. Im Gegensatz zu der letzteren bedeutet dies jedoch die europakonforme Auslegung und setzt nicht unbedingt den hierarchischen Vorrang, sicherlich aber den Anwendungsvorrang des Unionsrechts, voraus.

2. Die stillschweigende “Revision” der Verfassung durch eine europakonforme Auslegung

Zwar verbirgt die Verwendung des unverdächtigen Wortes “Auslegung” die Tatsache, dass in manchen Fällen die europakonforme “Auslegung” den Rahmen des möglichen Regelungsinhalts und der Gehaltanreicherung überschreitet und zu einer mittelbaren und stillschweigenden Änderung der ver-

¹ Vgl. P. Häberle, Pluralismus der Rechtsquellen in Europa – nach Maastricht: Ein Pluralismus von Geschriebenem und Ungeschriebenem vieler Stufen und Räume, von Staatlichem und Transstaatlichem, JöR 47 (1999), 79 (insbes. 94).

² D. T. Tsatsos, Integrationsförderung und Identitätswahrung – Zur europäischen Dimension der Verfassungsfunktion, in: B. Ziemeke/T. Langheid/H. Wilms/G. Haverkate (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, FS für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997 und in D. T. Tsatsos Verfassung – Parteien – Europa, Abhandlungen aus den Jahren 1962 bis 1998, 1998/99, 607 (620).

³ S. auch A. Nußberger, Wer zitiert wen? – Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, JZ 2006, 763 (765).

⁴ H. Eberhard, Verfassungsvergleichung im Mehrebenensystem, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 269 (272).

fassungsrechtlichen Regelung führt. Hier ist allerdings zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu unterscheiden, denn der Europäische Gerichtshof (EuGH) entwickelte sogar schon mit den Urteilen “*von Colson*” (1984)⁵ und “*Harz*” (1984)⁶ eine Pflicht zur gemeinschaftskonformen Rechtsfortbildung.⁷ Jedoch verschwimmen die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung; die zweite Deutung scheint überzeugender, denn die Festsetzung des Normsinnegehaltes geschieht “jenseits deskriptiv geleiteter Sinnfeststellung”.⁸

Eine solche Auslegung der Verfassungsnorm jenseits deskriptiv geleiteter Sinnfeststellung führt zu einer mittelbaren und stillschweigenden Änderung derselben und der Verfassung im Allgemeinen. Eine solche Änderung tritt häufig sogar entgegen dem Verfassungstext selbst ein,⁹ insbesondere bei sehr starren Verfassungen, und darf also als “immanent im System” betrachtet werden.¹⁰ So fungieren die “Europa-Artikel” in mehreren Verfassungen (z. B. Art. 28 Abs. 2 und 3 griechische Verfassung (grV)¹¹ und Art. 93 der spanischen Verfassung (spanV)¹²) als Rechtsgrundlage einer impliziten Veränderung der materiellen Verfassung ohne Verwendung der auf die formelle Verfassungsrevision abzielenden Artikel (z. B. 110 grV bzw. 166-169 spanV).¹³

⁵ EuGH Rs. C-14/83, *v. Colson*, 10.4.1984, Slg. 1984, 1891.

⁶ EuGH Rs. 79/83, *Harz*, 10.4.1984 Slg. 1984, 1921.

⁷ Über die Möglichkeiten und Grenzen einer gemeinschaftskonformen Rechtsfortbildung s. auch die Urteile des EuGH Rs. C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, 8.10.1987, Slg. 1987, 3969; Rs. C-31/87, *Beentjes*, 20.9.1988, Slg. 1988, 4635; Rs. C-125/88, *Nijman*, 7.11.1989, Slg. 1989, 3543.

⁸ Vgl. *M. Nettesheim*, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261 (263 f.).

⁹ Vgl. über Finnland, *A. Jyränki*, Die neue Verfassung Finnlands, Zeitschrift für Öffentliches Recht 2001, 113 ff. (120). In die gleiche Richtung über Frankreich s. *P. Brunet*, Droit Communautaire et Constitutions Nationales. Contribution, in: FIDE – XX. Congress, London 30.10.–2.11.2002, Vol. II, Reports and Conclusions, London: FIDE & The British Institute of International and Comparative Law 2003, 193 (232 ff.).

¹⁰ *H. F. Köck*, EU Law and National Constitutions – the Austrian Case, in: FIDE – XX. Congress, London 30.10.–2.11.2002, Vol. I, National Reports, London: FIDE & The British Institute of International and Comparative Law 2002, 5 ff. (32).

¹¹ *J. Iliopoulos-Strangas/E. Prevedourou*, Le droit de l’Union européenne et les Constitutions nationales. Rapport Hellénique, in: FIDE – XX. Congress (Anm. 9), 259 (308).

¹² *J. Martín y Pérez de Nanclares/A. López Castillo*, España. Droit de l’UE et Constitutions Nationales, in: FIDE – XX. Congress (Anm. 10), 313 (341), nach deren Meinung Art. 93 spanV “eine verfassungsmäßige Öffnung darstellt, die eine gewisse implizite Revision der Verfassung bedeutet”.

¹³ In mehreren Ländern wird jedoch die Lösung der expliziten Verfassungsrevision vorgezogen (z. B. Deutschland, Frankreich, Irland, Portugal, Spanien und Österreich).

Diese implizite Änderung findet trotz der Beharrlichkeit der Judikatur statt, die meistens darauf besteht, dass der Verfassungstext ausschließlich in einem formal verfassungsrechtlichen Prozess revidiert wird.¹⁴ Damit stellt sich die Frage dahingehend, inwieweit man dann von einer "quasi-Revision" der Verfassung sprechen dürfte, die in den Europaregelungen der Verfassungen fundiert ist. Die Frage wird noch dringlicher, wenn sich oben genannte stillschweigende Änderung – ohne typische Revision – "*contra legem*" vollzieht oder sich auf den harten Kern der Verfassung bzw. auf nicht zu revidierende Regelungen bezieht. Auf diese Weise wird jedoch eine ständige Anpassung der materiellen Verfassung an neue soziologische und normative Vorgaben und an die (An-)Forderungen der europäischen Integration möglich. So führt jede Änderung der Verträge zu einer materiellen Änderung, einer – nicht im technischen Sinn und nach den entsprechenden Verfassungsnormen vollzogenen – Revision der nationalen Verfassungen.¹⁵

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, zu zeigen, wie die Interpretation von Normen der griechischen Verfassung die Unionsgrundordnung berücksichtigt und dadurch den Verfassungsinhalt implizit geändert hat. Es folgen konkrete Beispiele, die aber nur eine spezielle Seite der Änderung der materiellen Verfassung und des Rechts zeigen. Durch diesen tiefgreifenden Verfassungswandel, der schon die Gewaltenteilung und die politische Verantwortlichkeit deckt, wird die innere Finalität der nationalen Rechtsordnungen neu bestimmt.¹⁶

Nunmehr wird die ganze Wirtschafts- und Finanzverfassung in allen EU-Ländern, insbesondere in der Eurozone, nicht nur von den Bestimmungen der nationalen Verfassung, sondern auch von denjenigen des primären und sekundären EU-Rechts umschrieben. Dies ist auf die Integrationsfunktion der Verfassung, die sich auf die diesbezüglichen Europaartikel stützt, zurückzuführen.¹⁷ In dieser Hinsicht wurde stillschweigend durch den Eintritt in die Eurozone Art. 80 grV¹⁸ geändert.¹⁹ Jedoch wird die Wirtschaftsver-

¹⁴ Vgl. Entscheidungen bezüglich des Beitrittsvertrages der Verfassungsgerichte von Ungarn, Entscheidung 30/1998 (VI 25) AB, *Magyar Közlöny und Slowenien*, Entscheidung No. RM-1/97, 5.6.1997, *Uradni list RS*, No 40/97, par. 35-38, in: <www.us-rs.si>.

¹⁵ D. König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, 566.

¹⁶ M. Nettesheim (Anm. 8), 273 f.

¹⁷ Vgl. G. Papadimitriou, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Griechenland, in: U. Battis/D. Tsatsos/D. Stefanou (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995, 149 (163).

¹⁸ Art. 80 Abs. 2 grV: "Durch Gesetz wird das Münzrecht und die Ausgabe von Geld geregelt." Nach der Verfassungsrevision im Jahr 2001 wurde eine auslegende Erklärung hinzugefügt, die lautet: "Auslegungsklausel: Absatz 2 hindert nicht die Teilnahme von Griechen-

fassung im Allgemeinen auch durch supranationales Recht, z. B. durch “Memoranda” und internationale Abkommen geregelt. Die Änderung der griechischen Verfassung durch die “Memoranda of Understanding” ist viel extensiver und bedarf einer gesonderten Analyse.

II. Die historischen Beispiele einer stillschweigenden Verfassungsänderung

1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer und öffentliche Verwaltung

Bis zu ihrer Revision, um mit dem Maastrichtvertrag in Übereinstimmung zu kommen, beinhalteten mehrere nationale Verfassungen Regelungen, die ausdrücklich die Beschäftigung in öffentlichen Ämtern nur den nationalen Bürgern vorbehielten.²⁰ Solche Regelungen kamen der prinzipiellen Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft entgegen, wie sie von der Rechtsprechung des europäischen Gerichts ausgelegt wurde.²¹ Der EuGH hat durch eine extensive Judikatur zu einer restriktiven Auslegung²² dieser Ausnahmeregelung geführt und sie auf solche Bereiche beschränkt, die zum harten Kern der Staatsgewaltsausübung gehören.²³

In diesem Kontext stellt der relevante Art. 4 Abs. 4 grV,²⁴ der gemäß Art. 110 grV nicht revisionsfähig ist, ein charakteristisches Beispiel der verfassungsändernden Funktion der europakonformen Auslegung dar. Um eine Kollision zwischen diesem Artikel und dem primären EG-Recht zu vermeiden, wurde vorgeschlagen, dass auch Art. 48 EGV und die Verordnung

land an den Prozessen der Wirtschafts- und Währungsunion, in den breiteren Kontext der europäischen Integration, wie in Artikel 28 vorgesehen.” Gleichfalls Art. 106 niedV: “Das Währungssystem ist durch Gesetz geregelt.”

¹⁹ C. Kortmann, *The Netherlands. European Union Law and National Constitutions*, in: FIDE – XX. Congress (Anm. 10), 299 (306).

²⁰ Vgl. Verfassung von Belgien, Dänemark (Art. 27 Abs. 1), Griechenland (Art. 4 Abs. 4), Italien (Art. 51) und Portugal (Art. 15 Abs. 2). Die gleiche Regel könnte interpretatorisch aus dem Art. 6 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789, der die Grundlage der französischen Verfassung darstellt, und Art. 33 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 des deutschen Grundgesetzes hergeleitet werden.

²¹ S. ex Art. 48 Abs. 4 EWG-V, Art. 39 Abs. 4 EG-Vertrag, Art. 45 Abs. 4 AEUV.

²² Vgl. EuGH C-149/1979, *Kommission v. Königreich Belgien*, 17.12.1980, Slg. 1980, 3881, Rn. 10.

²³ Vgl. J. Handoll, *Article 48 (4) EEC and Non-National Access to Public Employment*, *ELRev* 1988, 223.

²⁴ Art. 4 Abs. 4 grV: “Nur griechische Staatsbürger sind zu allen öffentlichen Ämtern zugelassen, vorbehaltlich der in besonderen Gesetzen geregelten Ausnahmen.”

1612/1968 ein “besonderes Gesetz” im Sinne von Art. 4 Abs. 4 grV darstellen.²⁵ Das oberste griechische Verwaltungsgericht, der “Staatsrat” (Symvoulio Epikrateias, StE) hat²⁶ seinerseits die vom EuGH benutzten Kriterien gemäß Art. 39 Abs. 4 EGV übernommen. Den verfassungsrechtlichen Terminus “öffentliche Ämter” in seinem funktionalen und nicht organischen Sinne, also sehr restriktiv interpretiert, und dadurch die “Vergemeinschaftung” eines Verfassungsterminus hervorgebracht.

Der Nachteil einer solchen Lösung liegt nicht so sehr in dem Mangel an Rechtssicherheit, sondern darin, dass die enge Auslegung des Begriffs “öffentliche Funktionen” nicht nur den Gemeinschaftsbürgern den Zugang zu der öffentlichen Verwaltung öffnet, sondern auch anderen Ausländern. Obwohl diese Schlussfolgerung politisch fair sein dürfte, könnte man behaupten, sie stehe gegen den Willen des Verfassungsgebers und stelle eine Verfassungskonstruktion *contra legem* dar, sogar ohne jegliche Rechtsgrundlage wie diejenige, die vom “Europaartikel” 28 grV gewährt wird.

2. Aktives und passives Wahlrecht bei Kommunalwahlen

Ein weiteres Beispiel gemeinschaftskonformer Auslegung einer speziellen Verfassungsnorm findet man bei dem politischen Recht der Teilnahme europäischer Bürger an Wahlen auf lokalem Niveau. In Griechenland wurde dies verfassungsrechtlich wieder durch eine europafreundliche Auslegung einer Verfassungsnorm ermöglicht: Im Gegensatz zu Art. 51 Abs. 3 grV,²⁷ der das Wahlrecht im Rahmen von parlamentarischen Wahlen nur für die Griechen erlaubt, sieht Art. 102 Abs. 2 grV vor, dass die Behörden der örtlichen Selbstverwaltungskörperschaften, die in ihrer Verwaltung und ihren

²⁵ E. Spiliotopoulos, Beamten und Gemeinschaftsrecht, Epitheorisi Evropaikon Koinotiton 6 (1989), 77 (87); Rechtsprechung: Amtsgericht Athen 66/1990, bezüglich der Beschäftigung eines Deutschen an der Philharmonie der Athener Stadtverwaltung; Landgericht Athen 2228/1992, 1993, 328; kritisch dazu T. Antoniou, Neuere Entwicklungen im Feld der Freizügigkeit: zu einer europäischen Bürgerschaft (auf Griechisch), Elliniki Epitheorisi Evropaikou Dikaiou, 201 (231).

²⁶ Insbesondere nach der gesetzlichen Regulierung der Beschäftigungsmöglichkeit der Unionsbürger in der öffentlichen Verwaltung und in mehreren Verarbeitungsprotokollen (*praktika epexergasias*), s. exemplarisch 36/2004, 61/2004, 196/2004, 40/2003, 29/2003, 423/2002, 274/2002.

²⁷ Art. 51 Abs. 3 S. 1: “(3) Die Abgeordneten werden in unmittelbarer, allgemeiner, geheimer Wahl von den wahlberechtigten Bürgern gewählt ...” Art. 55 Abs. 1 regelt das passive Wahlrecht für das nationale Parlament: “Um zum Abgeordneten gewählt zu werden, muss man griechischer Staatsbürger und nach dem Gesetz wahlberechtigt sein und am Tage der Wahl das 25. Lebensjahr vollendet haben.”

Finanzen selbständig sind, in allgemeiner, freier und geheimer Wahl nach Maßgabe der Gesetze gewählt werden. Diese Formulierung, die nicht ausdrücklich die griechische Staatsbürgerschaft für Kommunalwahlen voraussetzt, sondern die Bestimmung der Wahlberechtigten dem Gesetzgeber überlässt, hat dabei geholfen, Art. 102 Abs. 2 grV – aufgrund der Integrationsfunktion der Verfassung²⁸ – europafreundlich auszulegen und kein verfassungsrechtliches Hindernis für das Wahlrecht europäischer Bürger an Kommunalwahlen zu erheben. Dazu dient auch die “Integrationsfunktion” der Verfassung.

III. Das verfassungsrechtliche Verbot von “privaten Universitäten” in Griechenland und die Anerkennung beruflicher Rechte nach dem Gemeinschaftsrecht

1. Die Tatbestände

Ein weiteres griechisches Beispiel einer potentiellen Kollision zwischen nationaler Verfassung und Gemeinschaftsrecht, die zu einer impliziten Änderung der materiellen Verfassung führte, hat sich aus der Weigerung der zuständigen griechischen Behörde ergeben, Rechte auf Grund von Studientiteln anzuerkennen, die von Universitäten in der Europäischen Union nach teilzeitigem oder vollständigem Studium an in Griechenland ansässigen privaten Institutionen ausgestellt wurden. Diese Institutionen stehen in Franchise-Verträgen von Titel ausstellenden “Mutter-Universitäten” in anderen Mitgliedstaaten der EU. Rechtsgrundlage dieser Weigerung, welche bis vor kurzem vom Symvoulio tis Epikrateias (StE) gebilligt wurde,²⁹ ist Art. 16 Abs. 5 und 8 grV. Dort ist vorgeschrieben, dass Hochschulen juristische Personen des öffentlichen Rechts sein müssen, welche in vollständiger Selbstverwaltung unter Aufsicht des Staates operieren. Außerdem ist die Gründung solcher Institutionen durch Privatpersonen verboten. Aus diesem Verbot hat das StE gefolgert, dass es der zuständigen nationalen Behörde nicht gestattet ist, die Studienzeit, die an einem in Griechenland nieder-

²⁸ G. Papadimitriou (Anm. 17), 164.

²⁹ Die Wahrscheinlichkeit der Kollision wurde durch den EuGH Rs. C-153/02, *Valentina Neri v. European School of Economics*, 13.11.2003, Slg. 2003, I-13555, Rdnr. 48-50 erhöht. Der EuGH hat entschieden, dass die Absolvierung eines Teils des Studiums in einer Zweigniederlassung einer britischen Universität, die nicht im Mitgliedstaat der Niederlassung (in diesem Fall Italien) anerkannt ist, an sich keinen rechtlichen Grund zur Ablehnung eines Antrags auf Anerkennung beruflicher Rechte auf Grund des Studienabschlusses konstituiert.

gelassenen und als private Bildungsanstalt oder Zentrum für freie Studien operierenden Institut oder Zweigstelle einer ausländischen Universität absolviert wurde, als eine solche anzuerkennen, die an einer den inländischen Universitäten gleichgestellten Institution absolviert worden ist.

Die Frage, die sich ergeben hat, betraf den potenziellen Verstoß dieser Weigerung gegen das Gemeinschaftsrecht, und zwar gegen die Vorschriften des Primärrechts, welche die Grundfreiheiten der Personenfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit gewährleisten, wie auch gegen das Sekundärrecht, welches (auf Grund von Art. 47 EGV) die gegenseitige Anerkennung von Berufsrechten der Arbeitnehmer auf Grund von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Abschlüssen (Herkunftsland des Titels) regelt.

2. Die Rechtsprechung des griechischen Staatsrates

Die konstante Rechtsprechung des obersten griechischen Verwaltungsgerichtes (*“Symvoulío tis Epikrateias”* griechischer Staatsrat, StE), basierte auf einer Unterscheidung zwischen akademischer Anerkennung einerseits, welche der Entscheidung der nationalen Behörde obliegt und der Anerkennung von Berufsrechten andererseits, welche vom Gemeinschaftsrecht geregelt wird. Diese Distinktion gehorcht der Bestimmung der Anwendungsbereiche des Gemeinschaftsrechts nach dem Grundsatz der verliehenen Kompetenzen und ist dementsprechend mit der Rechtsprechung des EuGH kompatibel. Mit dieser Begründung und durch eine im Sinne des einflussreichen *CILFIT*-Urteils von *“vernünftigem Zweifel”* frei geglaubte Auslegung des Gemeinschaftsrechts, konkreter des Art. 126 EGV (Amsterdam),³⁰ wonach die Organisation des Bildungssystems in der nationalen Zuständigkeit verbleibt, hat das oberste griechische Verwaltungsgericht noch nicht einmal den EuGH zur Vorabentscheidung angerufen. Durch seine eigene Auslegung des Vertrags hat der StE sich die Kompetenz vorbehalten und sich als berufen betrachtet, zu entscheiden, welche Kompetenzen der Union verliehen und welche von den Mitgliedstaaten beibehalten worden sind. Er ist so dem Beispiel auch anderer nationaler Gerichtshöfe gefolgt, die sich lange Zeit dieser Methode bedient haben, um Entscheidungen des EuGH zu vermeiden, welche den Begriff der beruflichen Tätigkeit ausdehnen und die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers auf diesem Gebiet weiter einschränken könnten.

³⁰ 149 EGV (Nizza), 165 AEUV (Lissabon).

Die Wende in der diesbezüglichen Rechtsprechung des StE leitete der Beschluss 778/2007 der Abteilung D ein.³¹ Das Gericht hat aber, auch angesichts der gegensätzlichen Meinung der Minderheit eingeräumt, dass seine Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht frei von möglichem vernünftigem Zweifel ist und hat demgemäß ein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt.

3. Die zwei Strategien

In dieser Entscheidung kann man die zwei verschiedenen Strategien zur Verwaltung der institutionellen Spannungen zwischen nationaler Rechtsordnung und Gemeinschaftsrechtsordnung finden: die Strategie der Achtung des Gemeinschaftsrechts durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts einerseits und die Strategie einer dem nationalen Recht und den nationalen Besonderheiten konformen Auslegung des Gemeinschaftsrechts andererseits. Letztere Praktik stellt eine Abwandlung des "Rechtsprechungspatriotismus" dar, d. h. der Strategie der Verteidigung der nationalen Verfassung gegen das Gemeinschaftsrecht mit dem Ziel seiner Dekonstruktion "von innen her". Die Minderheit versuchte durch eine ausführliche und an Verweise auf die europäische Rechtsprechung reiche Strukturierung ihrer Argumentation zu beweisen, dass die Achtung der griechischen und jeder anderen nationalen Verfassung seitens der Gemeinschaftsrechtsordnung vom Gemeinschaftsrecht selbst geboten ist und auch auf die restlichen nationalen Rechtsordnungen reflektiert. Diese Herangehensweise ist weitaus subtiler und ausgereifter als der traditionelle Verfassungspatriotismus, wie er im Berufungsbeschluss des griechischen Staatsrates 3242/2004 im Fall des Hauptaktionärs Ausdruck gefunden hat. Sie befindet sich natürlich in einer schwachen Stellung, angesichts der rechtlichen Möglichkeiten eines Eingriffs seitens des EuGH, der die richterliche "Kompetenz der Kompetenz" und demgemäß das "letzte Wort" in

³¹ Hiermit wurde entschieden, dass die Anerkennung eines Titels, der von einer ausländischen (in diesem Fall einer italienischen) Universität an einen griechischen Bürger verliehen wurde, obligatorisch ist, obwohl ein Teil der Studienzeit in einer Zweigniederlassung in Griechenland verbracht wurde, die nicht als Hochschule vom griechischen Staat anerkannt ist. Nach Auffassung der Minderheit, würde eine solche Auslegung im Ergebnis eine Anerkennung der in Griechenland an Zweigniederlassungen (unter der Rechtsform der Zentren für freie Studien) ausländischer Hochschulen absolvierten Studien als Hochschulstudien bedeuten und eine "Umgehung der Verfassung konstatieren", welche das Betreiben von Hochschulen seitens privater Personen im griechischen Hoheitsgebiet verbietet. Sie würde sogar zu einer "Verletzung der nationalen Souveränität" führen, sofern die Kompetenzeinteilung zwischen Nationalstaat und Gemeinschaft verkannt würde.

einem das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit für sich vorbehält und wegen der indirekten Weisen, in denen ein Fall beim EuGH landen kann (vor allem durch eine Klage der Kommission). Ungeachtet dieser problematischen Lage ist diese revidierte Strategie des “nationalen Verfassungspatriotismus” nicht nur in theoretischer Hinsicht außerordentlich interessant, sondern auch als praktischer Weg relevant, dem auch andere Gerichtshöfe in der EU folgen könnten, wenn sie sich dazu entschließen sollten, die Kraft des Gemeinschaftsrechts einzuschränken.

4. Die Antwort des EuGH: Vermeidung einer direkten Kollision des Gemeinschaftsrechts mit der griechischen Verfassung

In seinem Urteil zur Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen Griechenland wegen Verletzung der Verpflichtungen aus der Richtlinie 89/48/EWG ist der EuGH dem Schlussantrag des Generalanwalts *Bot* gefolgt, nach dem “hinsichtlich des Ortes der Ausbildung keine Territorialitätskriterien” gestattet sind.³² Nichtsdestoweniger hat er entschieden, dass vorbehaltlich der Einführung von Ausgleichsmaßnahmen gemäß Art. 4 der genannten Richtlinie ein Aufnahmestaat “verpflichtet ist, ein von einer Behörde eines anderen Mitgliedstaates ausgestelltes Diplom auch dann anzuerkennen, wenn mit diesem Diplom ebenso eine ganz oder teilweise in dem Aufnahmemitgliedstaat erworbene Ausbildung bescheinigt wird und diese Ausbildung nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates nicht als Hochschulausbildung anerkannt wird”.

Es ist zunächst anzumerken, dass der Beschluss C-274/05 des EuGH die Strategie der Vermeidung einer direkten Kollision zwischen dem Gemeinschaftsrecht und der nationalen Verfassung verfolgt. An sich, d. h. ohne Berücksichtigung ihrer Verbindung mit den Bildungsanstalten anderer Mitgliedstaaten, erleidet die nationale Gestaltung des Bildungssystems durch die Argumentation des Gerichtshofs keine Beschränkung. Formell wird das

³² Er hat außerdem unterstrichen, dass es zur Anwendung der genannten Richtlinie ausreicht, wenn die Ausbildung “überwiegend in der Gemeinschaft” absolviert wurde. Der Gerichtshof hat es auch nicht versäumt, seine Treue zum Grundsatz der verliehenen Kompetenzen zu deklarieren, indem er betonte, dass die Richtlinie 89/48/EWG nicht die Anerkennung akademischer Ausbildungsnachweise betrifft, sondern nur die beruflichen Qualifikationen, die Zugang zu reglementierten Berufen eröffnen, und dass die sich aus ihr ergebenden Verpflichtungen die Kompetenz des griechischen Staates zur Gestaltung seines Bildungssystems nicht beeinträchtigen (Rdnr. 36-37).

staatliche Monopol in der Hochschulbildung in Griechenland nicht gebrochen.

Das zentrale Argument, welches das ganze Urteil stützt, konstatiert eine Beugung des Territorialitätsprinzips, sofern die aufgrund von Franchise-Verträgen operierenden Institutionen, obwohl sie im griechischen Hoheitsgebiet ansässig sind, dem Recht des Mitgliedstaates unterliegen, in dem die Mutter-Universität, welche auch die Ausbildung bescheinigt, ihren Sitz hat. In diesem Sinne unterliegt die Arbeit nicht dem Anwendungsbereich der griechischen Verfassung gemäß der Bestimmung des Art. 28 Abs. 3 grV, mit dem markanten Unterschied, dass sie nicht direkt in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, sondern in den des Rechts eines anderen Mitgliedstaates. Das Gemeinschaftsrecht funktioniert in diesem Fall als Zuständigkeitsnorm zur Wahl des anzuwendenden Rechts, analog der Bestimmungen des internationalen Privatrechts, und nicht als materiell relevante Rechtsnorm, welche im Fall der Subsumtion eines Sachverhalts unter ihrem Geltungsbereich zur Anwendung käme. Ausschlaggebend für die Anerkennung von Berufsrechten aufgrund von Studienabschlüssen ist nur das Recht des Herkunftslandes des Abschlusses. Durch die Ausdehnung der beruflichen zu Lasten der akademischen Anerkennung,³³ dehnt der EuGH zugleich den Gemeinschaftszuständigkeitsbereich zu Lasten des nationalen Zuständigkeitsbereichs aus.

So erzwingt der EuGH eine einschränkende Auslegung des Art. 16 Abs. 5, 7 und 8 grV hinsichtlich seines Geltungsbereichs, ohne sich auf die Theorie des Nichtvorhandenseins einer *domaine réservé* im Gemeinschaftsrecht zu berufen und ohne zu unterstellen, dass das primäre oder sekundäre Gemeinschaftsrecht eine Änderung der genannten Verfassungsbestimmungen gebietet oder begünstigt. Es handelt sich um eine einschränkende Auslegung, sofern diese Verfassungsbestimmungen nach dem EuGH nicht die in Griechenland ansässigen Zentren für freie Studien regeln, die in Franchise-Verträgen zu Bildungsinstitutionen anderer Mitgliedstaaten stehen. Infolgedessen ist es trotz der Tatsache, dass die Kompatibilität des Art. 16 grV mit dem Gemeinschaftsrecht nicht direkt angezweifelt wurde, sehr wahrschein-

³³ S. EuGH Rs. C-313/01, *Christine Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova*, 13.11.2003, Slg. 2003, I-13467. Nach einem Vorabentscheidungsersuchen seitens des italienischen Gerichtshofs Corte Suprema di Cassazione hat der EuGH entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht es den Behörden eines Mitgliedstaats verwehrt, den Inhaber eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diploms der Rechtswissenschaft nur deshalb nicht in das Register der Personen, die die für eine Zulassung als Rechtsanwalt erforderliche praktische Ausbildungszeit absolvieren, einzutragen, weil es sich nicht um ein von einer Universität des erstgenannten Staates verliehenes, bestätigtes oder als gleichwertig anerkanntes Diplom der Rechtswissenschaft handelt.

lich, dass diese Auslegung eine Entwicklung einleiten wird, die zu einem Bewusstsein der Unhaltbarkeit des Verbots privater Hochschulen und folglich zu seiner Aufhebung führt.

IV. Der Fall des griechischen “Hauptaktionärs”: Verhältnismäßigkeit als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip

1. Der rechtliche Rahmen: Eingrenzung des Konfliktfelds

Der hier diskutierte Fall betrifft die Unvereinbarkeit von verschiedenen Eigenschaften bei der gleichen Person. Dieses Verbot hat in der griechischen Verfassung durch die Verfassungsänderung von 2001 in Art. 14 Abs. 9 Sätze e und f³⁴ Ausdruck gefunden und wurde auch gesetzlich näher geregelt.³⁵ Es beabsichtigte sowohl die Kontrolle und Einschränkung der Macht der Massenmedien, als auch die Abwendung der Verflechtung zwischen politischer und medialer Macht. Insbesondere war es als eine Gegenbewegung zu jener Machtkonzentration konzipiert, welche durch die Kontrolle über Rundfunk-Medien und die gleichzeitige Nutznießung der Erträge öffentlicher Aufträge besteht. Die Rechtsfrage, die sich ergeben hat, war, ob und inwiefern diese verfassungsrechtliche Anordnung, wie sie in Gesetz Nr. 3021/2002 spezifiziert wurde, gegen europäisches Sekundärrecht und zwar gegen Art. 24 der Richtlinie 93/37/EWG³⁶ verstoße, welcher die auf objektive Erwägungen in Bezug auf die berufliche Eignung gestützten Gründe vorsieht, die zum Ausschluss eines Unternehmers von der Teilnahme an Vergabeverfahren öffentlicher Aufträge führen können.

Die Sache lag dem obersten griechischen Verwaltungsgericht (“Symvoulio tis Epikrateias” Staatsrat, StE) zur Entscheidung vor. Es setzte sich in zwei Urteilen mit ihr auseinander. Im ersten Urteil (Abteilung D, Nr.

³⁴ In Art. 14 Abs. 9 Sätze e und f grV ist konkret Folgendes vorgesehen: “Die Eigenschaft des Eigentümers, des Gesellschafters, des Hauptaktionärs oder des Geschäftsführers eines Kommunikationsmittelunternehmens ist mit der Eigenschaft des Eigentümers, des Gesellschafters, des Hauptaktionärs oder des Geschäftsführers eines Unternehmens, welches die Verwirklichung von Arbeiten oder Lieferungen oder Dienstleistungen gegenüber dem Staat oder einer juristischen Person des breiteren öffentlichen Sektors übernimmt, unvereinbar. Das Verbot des vorigen Satzes erstreckt sich auch auf Strohpersonen jeder Art, wie Ehegatten, Verwandte, finanziell abhängige Personen oder Gesellschaften.”

³⁵ Durch die Gesetze Nr. 3021/2002, 3310/2005 und 3414/2005.

³⁶ Die Rechtsgrundlage der Richtlinie 93/37/EWG bildeten die Art. 57 (nun 47) Abs. 2, 66 (nun 55) und 100 A (nun 95) EGV.

3242/2004) wurde entschieden, dass die Verfassungsnorm des Art. 14 Abs. 9 grV nicht in den Anwendungsbereich des Art. 24 der genannten Richtlinie fällt, dass also die normativen Bereiche der zwei Regelungen nicht kollidieren. Infolgedessen ergab sich keine Frage der Übereinstimmung, und es erübrigte sich die Feststellung des formalen Vorrangs oder der Anwendungspriorität einer von beiden. Diese erste Entscheidung setzte einerseits voraus, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in der Kompetenz des nationalen Gerichts liegt; andererseits implizierte sie, dass die konkret vorgelegte Auslegung dermaßen frei von begründetem Zweifel sei, dass, gemäß der *acte-clair*-Doktrin (Theorie des eindeutigen Aktes) kein Vorabentscheidungsersuchen notwendig war. Gleichzeitig hat die Abteilung D den Vorrang der nationalen Verfassung über das Gemeinschaftsrecht unterstrichen, wodurch das Ersuchen einer Vorabentscheidung in der relevanten Frage obsolet wurde. Sie berief aber zur Letztentscheidung das Plenum des Gerichts.

2. Das Urteil des Plenums des griechischen Staatsrates: Deklaration der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit

Mit dem Beschluss 3670/2006 des Plenums hat das StE eingeräumt, dass die Häufung der genannten unvereinbaren Eigenschaften in der gleichen Person oder in verwandten Personen bzw. Strohmännern zu einer Verflechtung wirtschaftlicher und politischer Macht führen würde. Wegen seines absoluten Charakters hat aber das einschlägige Verbot der Verfassung bestimmte Bedenken hervorgerufen, auf welche die Theorie schon aufmerksam gemacht hatte. Diese betrafen seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in ihrer spezifischen Dimension der wirtschaftlichen Freiheit (Art. 5 Abs. 1 und 3 grV), und der Informationsfreiheit. Besonders aber wurde die Kompatibilität des Verbots mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angezweifelt.³⁷ Gemäß der Meinung, die sich im Beschluss 3670/2006 des StE durchgesetzt hat, war jedoch die Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht in der Lage, das absolute Verbot des Art. 14 Abs. 9 grV zu lockern.

Hätte das Gericht eine unionsrechtskonforme oder eine mit anderen Bestimmungen der nationalen Verfassung konforme Auslegung gewählt, so hätte es den Widerspruch des Art. 14 Abs. 9 grV zum Gemeinschaftsrecht verhindern können. Stattdessen hat das Plenum des StE sich dazu entschlos-

³⁷ G. Gerapetritis, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, 1997, 53 ff.

sen, die Klärung dieser Frage auf den EuGH zu verlagern, wodurch es nicht nur die Vorrangstellung des letzteren in der Auslegung des Gemeinschaftsrechts anerkannte, sondern indirekt diese Vorrangstellung unter bestimmten Umständen auch in der Auslegung des griechischen Rechts konzidierte.

Das Ersuchen der Vorabentscheidung seitens des StE konzentrierte sich auf die Fragen der Unionskompetenz, des Zusammenfallens oder Nichtzusammenfallens der Anwendungsbereiche der betreffenden nationalen und Gemeinschaftsrechtsnormen und ihres möglichen Gegensatzes, sowie auf die Frage, ob und inwiefern Vorschriften der Richtlinie 93/37/EWG gegen das Subsidiaritätsprinzip³⁸ verstoßen.

3. Die Antwort der Europäischen Union

a) Der Schlussantrag des Generalanwalts: Inkorporierung der nationalen Besonderheiten

In einer gegenüber den nationalen Besonderheiten äußerst toleranten Auffassung der Rechtsfragen, die sich aus der Begegnung der Rechtsordnungen des Nationalstaates und der Europäischen Union ergeben, hat der Generalanwalt seine Argumentation (Rdnr. 31-33) auf die Pflicht der Europäischen Union gestützt, die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten zu respektieren, da die europäische Integration ihren Erhalt als politische Entitäten nicht aushöhlen darf.³⁹ Aus der Rechtsprechung des EuGH, bezüglich der Verpflichtung der EU die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten zu achten,⁴⁰ hat der Generalanwalt gefolgert (Rdnr. 32), dass ein Mitgliedstaat unter bestimmten Umständen berechtigt ist, sich auf die Wahrung seiner nationalen Identität oder die Auslegung eines Grundrechts zu berufen, um eine Abweichung von der Anwendung der Grundfreiheiten und konkreter eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtferti-

³⁸ Art. 5 Abs. 2 EGV (Art. 5 des EU-Vertrags von Lissabon).

³⁹ Dieser Grundsatz war in Art. 6 Abs. 3 EUV und ist nun in Art. 4 Abs. 2 S. 1 (der konsolidierten Fassung) des Vertrags über die Europäische Union enthalten: "Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt."

⁴⁰ So hat der EuGH (Rs. C-473/93, *Kommission v. Luxemburg*, 2.7.1996, Slg. 1996, I-3207, Rdnr. 35) in einem Fall, in dem ein Mitgliedstaat sich auf die Wahrung seiner nationalen Identität berufen hat, um den Ausschluss der Bürger anderer Mitgliedstaaten vom Arbeitsangebot im öffentlichen Bildungssektor zu rechtfertigen, explizit bekräftigt, dass die Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ein "legitimes Ziel innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung" darstellt.

gen;⁴¹ diese Berechtigung gilt selbst dann, wenn der Rest der Mitgliedstaaten die betreffende Ansicht über das bestimmte Grundrecht nicht teilt.

Wenn aber die Achtung der verfassungsmäßigen nationalen Identität der Mitgliedstaaten “ein legitimes Interesse sein kann, um eine Beschränkung der vom Gemeinschaftsrecht auferlegten Pflichten zu rechtfertigen”, so der Generalanwalt weiter (Rdnr. 33), ist sie erst recht ein Grund zur Einführung von verfassungsmäßigen Maßnahmen, welche die Gemeinschaftsgesetzgebung ergänzen, um die Achtung der dieser Gesetzgebung zugrunde liegenden Grundsätze und Regeln im betreffenden Hoheitsgebiet zu gewährleisten. Wäre dieses Zugeständnis jedoch unbedingt bindend, so könnte es zu der Schlussfolgerung verleiten, dass die Mitgliedstaaten zur Einführung von Verfassungsregelungen berechtigt sind, durch die sie sich von der Pflicht der Befolgung des Gemeinschaftsrechts befreien können, was wiederum die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährden würde.⁴² Um eine solche Schlussfolgerung abzuwehren, hat der Generalanwalt klargestellt, dass es nicht um eine absolute Achtung sämtlicher nationaler Verfassungsregeln geht; und er hat darüber hinaus unterstrichen: “[S]o wie das Gemeinschaftsrecht die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten berücksichtigt, muss sich das nationale Verfassungsrecht den Anforderungen der gemeinschaftlichen Rechtsordnung anpassen.”

Die nationalen Verfassungsnormen werden also im vorliegenden Fall nur insoweit berücksichtigt, als sie im Rahmen des den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehenden Ermessens liegen. Auf jeden Fall unterliegt jede Ausnahmeregelung der Kontrolle des EuGH. Demgemäß kommt der Generalanwalt zu dem Schluss, dass das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat nicht untersagt, einen Bewerber von den relevanten Vergabeverfahren nur auf Grund seiner Aktivität im Kommunikationssektor auszuschließen, um so die Unionsrechtsgrundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten (Rdnr. 34).

Mit diesem Ergebnis tritt die Verflechtung der zwei Rechtsordnungen klar zutage. Der an normativen Folgen außergewöhnlich reiche Schlussantrag des Generalanwalts *Maduro* hätte, wäre er vom Gericht angenommen worden, eine aufgeschlosseneren Haltung gegenüber den Besonderheiten der nationalen Verfassungen intoniert. Ein entsprechendes Urteil hätte, neben

⁴¹ Als charakteristisches Beispiel hierfür darf das Urteil des EuGH im *Omega*-Fall (EuGH Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14.10.2004, Slg. 2004, I-9609) gelten.

⁴² Der Generalanwalt bemerkte, dass aus der Rechtsprechung des EuGH zunächst hervorgeht, dass ein Mitgliedstaat sich nicht auf nationales Verfassungsrecht berufen kann, um die Anwendung einer Gemeinschaftsrechtsnorm in seinem Hoheitsgebiet zu verhindern (Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17.12.1970, Slg. 1969-71, 581).

dem bahnbrechenden *Omega*-Urteil,⁴³ als ein weiteres Beispiel der Rechtsprechung des EuGH gelten können, das Ausdruck der Theorie des konstitutionellen Pluralismus und des kooperativen Verhältnisses zwischen der (materiell verstandenen) europäischen Verfassung und den nationalen Verfassungen wäre.

b) Die Haltung des Gerichts: Berücksichtigung der nationalen Umstände

Der EuGH hat jedoch durch sein Urteil demonstriert, dass er weder bereit noch willig war, einen so großen Schritt zu machen, wie er vom Generalanwalt vorgeschlagen wurde; einen Schritt, der zur Unterminierung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts hätte führen können. Der Gerichtshof ist aber auch nicht bei einer bloßen Verneinung der nationalen Besonderheiten stehen geblieben. Wenn er auch nicht die These des Generalanwalts in ihrer vollen Breite übernommen hat, so hat er doch einen gewissen Raum zur Berücksichtigung der nationalen Besonderheit eröffnet.

Art. 24 S. a der Richtlinie 93/37/EWG zählt die Ausschlussgründe eines Unternehmers von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge erschöpfend auf. Diese Gründe stützen sich auf objektive Erwägungen in Bezug auf die berufliche Eignung des Unternehmers. Diese Regelung hindert die Mitgliedstaaten daran, die Liste durch weitere Gründe zu ergänzen. Der Gerichtshof hat aber gleichzeitig zugelassen, – *in effectu* im Einklang mit dem Generalanwalt⁴⁴ – dass ein Fortbestehen der Geltung nationaler Vorschriften oder ein Erlass solcher seitens der Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen werden darf, wenn diese Vorschriften die Vergabe öffentlicher Aufträge aus anderen Gründen einschränken als denjenigen des Art. 24 der Richtlinie. Ein solcher Grund dürfte die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz⁴⁵ sein, welche auf der Richtlinie zugrunde liegen.

Der EuGH hat somit zugestanden, dass den Mitgliedstaaten ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden muss. Er hat sogar notiert, dass jeder Mitgliedstaat angesichts seiner besonderen historischen, rechtlichen,

⁴³ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (Anm. 41).

⁴⁴ Schlussantrag des Generalanwalts, Rdnr. 19-24, mit Verweis auf die Beschlüsse C-285/99 und C-286/99, *Lombardini und Mantovani*, 27.11.2001, Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 33.

⁴⁵ EuGH Rs. C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis und Ypourgos Epikrateias* (Vorabentscheidungsersuchen des Symvoulío tis Epikrateias), Slg. 2008, S. I-9999, Rdnr. 44, mit Verweis auf die Beschlüsse C-94/99, *ARGE*, 7.12.2000, Slg. 2000, I-11037, Rdnr. 24, und C-421/01, *Traunfellner*, 16.10.2003, Slg. 2003, I-11941, Rdnr. 29.

sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse am besten in der Lage ist, die Umstände und Situationen zu bestimmen, durch welche "Verhaltensweisen begünstigt werden, die zu Missständen bei der Beachtung dieser Grundsätze führen könnten". Der EuGH hat jedoch dieses Resultat nicht auf den Grundsatz der Subsidiarität gestützt. Er hat die dritte Frage des Vorabentscheidungsersuchens, welche das Subsidiaritätsprinzip betraf, infolge der Beantwortung der beiden ersten Fragen für nicht behandlungsbedürftig erklärt und sich dadurch geweigert, dieses Prinzip als Prüfstein der Grenzen der Unionskompetenz zu nutzen.⁴⁶ Es hat sich so noch einmal bestätigt, dass er sich noch nicht im Besitz einer vollständig entwickelten Palette von Kriterien befindet, anhand derer er das Subsidiaritätsprinzip zu einem effektiven Element seines Urteils verwandeln könnte.⁴⁷ Er scheint diesem Prinzip einen eher moralisch-politischen Charakter zuzuerkennen und belässt es in seiner Funktion vorwiegend auf der Ebene der politischen Bewertung.

4. Die führende Rolle des Prinzips der Verhältnismäßigkeit

Nachdem der Gerichtshof die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Einführung von über die des Art. 24 der Richtlinie 93/37/EWG hinausgehenden Ausgrenzungsregelungen in der Gestaltung der Vergabeverfahren öffentlicher Aufträge prinzipiell akzeptiert hatte, unterstrich er, auch dem Generalanwalt folgend, dass solche Maßnahmen jedenfalls den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts konform sein müssen, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴⁸ Der Mitgliedstaat verfügt über das Ermessen, zu bestimmen, bis zu welchem Punkt die eingeführte Unvereinbarkeit das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Bezug auf die nationalen Umstände nicht verletzt; aber dieses Ermessen unterliegt der gerichtlichen Kontrolle sowohl seitens der nationalen Gerichte als auch seitens des EuGH selbst. Letzterer hat schließlich daran erinnert, dass er nicht die Kompetenz besitzt, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen, sondern nur die Kompetenz "dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es die-

⁴⁶ Zu dieser Problematik vgl. *M. Kumm*, *Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, *ELJ* 2006, 503 ff.

⁴⁷ Wie auch der Präsident des EuGH *V. Skouris* in einer Konferenz des Gerichts (Österreich 18.-19.4.2006) anmerkte, hat sich der Grundsatz der Subsidiarität, trotz seiner zentralen Bedeutung, auf die Rechtsprechung des EuGH noch nicht prägend ausgewirkt, *ECJBlog.com*, abrufbar unter <<http://courtofjustice.blogspot.com>>.

⁴⁸ EuGH C-213/07 (Anm. 45), Rdnr. 48-49.

sem ermöglichen, für die Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache über die Frage der Vereinbarkeit zu befinden”.⁴⁹

In Einklang mit dem Schlussantrag des Generalanwalts (Rdnr. 34-36) ist der EuGH zu dem Schluss gekommen, dass der Ausschluss eines Bieters von Vergabeverfahren öffentlicher Aufträge allein aufgrund seiner Eigenschaft als Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionär oder Führungskraft eines im Sektor der Informationsmedien tätigen Unternehmens – selbst wenn unwiderlegbar zu vermuten ist, dass seine Teilnahme die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung gefährdet – das erforderliche Maß zur Gewährleistung der Beachtung dieser Grundsätze überschreitet und das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt. Insbesondere muss dem ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit eröffnet werden, z. B. gegen eventuelles Belastungsmaterial vorzugehen, um zu beweisen, dass in seinem Fall keine tatsächliche Gefährdung der genannten Grundsätze konstatiert werden kann und demgemäß kein Ausschlussgrund vorliegt.⁵⁰

5. Auf dem Weg zu einem kooperativen Verhältnis zwischen den griechischen Gerichten und dem EuGH

Sowohl der Beschluss 3670/2006 des Plenums des StE als auch der Beschluss C-213/07 des EuGH sowie der Generalanwalt haben sich vom Konzept des Vorranges und dem eines Gegensatzes zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht distanziert. Sie haben stattdessen die den beiden Rechtsordnungen gemeinsamen Grundsätze geschärft, aufgrund derer die strittige Verfassungsregelung beurteilt werden muss. Das Plenum des StE hat absolute ethnozentrische Thesen vermieden und versucht, das Problem unter Unionsrechtsgrundsätze zu subsumieren und die Rechtsfrage zu “vergemeinschaften”. In diesem Sinne hat es den EuGH ersucht, die in Frage stehende Richtlinie 93/37/EWG gemäß den allgemeinen Grundsätzen des Primärrechts der Union zu beurteilen.

In seiner Entscheidung 3470/2011 von 4.11.2011, die als Reaktion zu der oben genannten Entscheidung 213/07 des EuGH erlassen worden ist, hat der griechische Staatsrat zum ersten Mal ausdrücklich verkündet, dass sich aus der Erklärung des Art. 28 grV⁵¹ “die Verpflichtung zur Harmonisierung

⁴⁹ EuGH C-213/07 (Anm. 45), Rdnr. 51.

⁵⁰ EuGH C-213/07 (Anm. 45), Rdnr. 62-69.

⁵¹ Nach der Verfassungsrevision im Jahr 2001 und durch Gesetz vom 16.4.2001 wurde Art. 28 grV wie folgt ausgelegt: “Artikel 28 stellt den Grundstein für die Teilnahme des Lan-

der verfassungsrechtlichen Normen mit denjenigen des Gemeinschaftsrechts ergibt, die den geäußerten Willen des Revisionsgesetzgebers darstellen” (Abs. 9). Daraus folgt auch die Pflicht, Art. 14 Abs. 9 grV im Einklang mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, die nicht nur in der griechischen, sondern auch in der europäischen Rechtsordnung gewährleistet wird, zu interpretieren.

V. Von der Verfassungsvergleichung zur Verfassungsharmonisierung

Es wird offenbar, dass durch die Entwicklung des transnationalen Rechts alle staatlichen Aktionen der Kontrolle des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) unterstellt wurden. Diese Entwicklung ist nicht frei von Folgen bezüglich der Auslegungskriterien des nationalen Rechts und der der Verfassung sowie bezüglich des Inhaltes dieser Auslegung. Sie bedingt eine Verpflichtung der nationalen Gerichte, und zwar selbst der höchsten, Auslegungskriterien anzuwenden, die nicht nur in der nationalen Rechtsordnung gründen, sondern auch in den übernationalen Rechtsordnungen der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention. Es geht um ein “System wechselseitiger Verfassungsbefruchtung und -stabilisierung”.⁵²

Diese zentrale Stellung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des EuGH (auch des EGMR) bezeugt, dass auch er gezwungen ist, seine Urteile auf fundamentale Grundsätze zu stützen, die sich aus der konstitutionellen Verschachtelung der Nationalstaaten mit der Gemeinschaft ergeben. Die Anwendung dieses Grundsatzes als Grundlage eines Urteils muss im Rahmen der Verflechtung und Kooperation der zwei Rechtsordnungen und der Schaffung einer einheitlichen europäischen Verfassungsordnung kontextualisiert werden.

Gleichzeitig lässt das Zugeständnis des EuGH bezüglich der Berücksichtigung der nationalen sozialen, wirtschaftlichen und politischen Zustände die Möglichkeit der Einflussnahme der nationalen Verfassungen auf das Gemeinschaftsrecht offen; nicht in dem Sinne, dass die Verfassungen bezüglich bestimmter Bestimmungen unüberwindliche Schranken in der Ausweitung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts aufstellen, sondern im Sinne ei-

des an dem Verfahren der europäischen Integration dar.” So auch in der Entscheidung StE 3471/2011.

⁵² C. Calliess/M. Ruffert, Vom Vertrag zur EU-Verfassung?, EuGRZ 2004, 542 (545).

ner Wechselwirkung. So funktionieren die nationalen Verfassungen als vor-konstitutionelle Normen für das europäische Verfassungsrecht.

In dieser Konstellation kann nicht jede nationale Besonderheit in die gesamteuropäische Verfassungskonstruktion eingebettet werden; jedoch aufgrund der Rückkoppelung des europäischen Verfassungsverbundes an die nationalen Verfassungsüberlieferungen, kann die Achtung der nationalen Verfassungsidentität (Art. 4 Abs. 2 S.1 EU-V)⁵³ als Schutz charakteristischer und in verschiedenen Verfassungstraditionen und Gesellschaften tief wurzelnder Besonderheiten dienen.⁵⁴ Das europäische Mehrebenensystem – wie die Urteile *Michaniki*, *Kollegia* und *Omega* zeigen – kann jedenfalls die nationalen Besonderheiten nur insoweit tolerieren, als die ihm immanenten rechtlichen Grundprinzipien (Verhältnismäßigkeit, Menschenwürde etc.) respektiert werden.

Diese gemeineuropäischen Grundprinzipien stellen eine Art “Überverfassung” dar. Es stellt sich die Frage, wer das Interpretationssubjekt dieser Verfassung sein soll, der Gerichtshof der Europäischen Union oder jedes einzelne oberste nationale Gericht oder, wie die Theorie des Verfassungspluralismus vorschlägt, diese Gerichte in ihrer Vernetzung. Ein solcher Prozess verursacht eine Verfassungsharmonisierung, die Einbettung der Verfassungsinterpretation in eine Gemeinschaft von in einem Mehrebenensystem rückgekoppelten Verfassungsstaaten.

Aus dieser Form der Rückkopplung von europäischen und nationalen Verfassungsordnungen ergibt sich der “europäische Verfassungsverbund”,⁵⁵ in dem nicht nur die europäische Ebene Impulse aus dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht empfängt, sondern sie schickt ebensolche auch dorthin zurück.⁵⁶ Das herauskristallisierende “*ius publicum commune*” fasst die gemeinsamen Erkenntniswerte (allgemeine Rechtsgrundsätze, rechtliches Erbe, Werte, europäische Menschenrechtsstandards) zusammen.⁵⁷ Durch

⁵³ Art. 4 Abs. (2) S. 1 EU-V (Lissabon): “Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.”

⁵⁴ Vgl. auch H. Eberhard, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Stand und Perspektiven eines europäischen Legalitätsprinzips, Zeitschrift für öffentliches Recht 2008, 49 (76 f.).

⁵⁵ Vgl. I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (163 ff.); M. Walter, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, ZaöRV 72 (2012), 177.

⁵⁶ C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 52), 545.

⁵⁷ J. Martinez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staats- und Verfassungsverbund, in: C. Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäi-

diesen Prozess der supranationalen Verfassungsbildung gewinnt die Verfassungsvergleichung an normativer Kraft.

VI. Zusammenfassung

Die griechische Verfassung wird von den Prozessen der Europäisierung unmittelbar beeinflusst. Eine europafreundliche oder -konforme Auslegung verursacht öfter eine stillschweigende Änderung des Inhalts von bestimmten Verfassungsnormen, ohne formelle Revision. Dieses wurde an verschiedenen Beispielen belegt.

Im europäischen Mehrebenensystem dient die Achtung der nationalen Verfassungsidentität (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EU-V) als Schutz charakteristischer und in verschiedenen Verfassungstraditionen und Gesellschaften tief verwurzelter Besonderheiten. Anhand der erläuterten Beispiele wurde gezeigt, dass nicht jede nationale Besonderheit in die gesamteuropäische Verfassungskonstruktion eingebettet werden kann. Wie die Urteile *Michaniki* und *Kollegia* zeigen, können nationale Besonderheiten nur soweit toleriert werden, als sie die gemeinsamen rechtlichen Grundprinzipien (Verhältnismäßigkeit, Menschenwürde etc.) respektieren.

schen Staaten- und Verfassungsbund: Beiträge der Ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17.06.2006, 2007, 153 (156).

