Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zehnte Kammer)

14. November 2013*

„Vorabentscheidungsersuchen — Art. 49 AEUV — Niederlassungsfreiheit — Art. 56 AEUV — Freier Dienstleistungsverkehr — Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot — Transparenzpflicht — Geltungsbereich — Vereinbarung zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts eines Mitgliedstaats und einem Unternehmen dieses Mitgliedstaats — Von diesen Körperschaften vorgenommene Übertragung ihrer Fernsehdienste und, für eine bestimmte Dauer, des ausschließlichen Rechts auf Nutzung ihrer Kabelnetze auf ein Unternehmen dieses Mitgliedstaats — Möglichkeit eines Wirtschaftsteilnehmers dieses Mitgliedstaats, sich vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats auf die Art. 49 AEUV und 56 AEUV zu berufen — Keine Ausschreibung — Rechtfertigung — Bestehen einer älteren Vereinbarung — Vergleich zur Beendigung eines Rechtsstreits über die Auslegung dieser Vereinbarung — Gefahr der Wertminderung der übertragenen Tätigkeit“

In der Rechtssache C-221/12

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Raad van State van België (Belgien) mit Entscheidung vom 2. Mai 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 11. Mai 2012, in dem Verfahren

**Belgacom NV**

gegen

**Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan),**

**Inter-Media,**

**West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM),**

**Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE),**

Beteiligte:

**Telenet NV,**

**Telenet Vlaanderen NV,**

**Telenet Group Holding NV,**

erlässt

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

DER GERICHTSHOF (Zehnte Kammer)

unter Mitwirkung des Richters A. Rosas in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Zehnten Kammer sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatter) und C. Vajda,

Generalanwalt: Y. Bot,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Belgacom NV, vertreten durch B. Schutyser, advocaat,

— der Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) und Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), vertreten durch D. D'Hooghe und P. Wytinck, advocaten,

— der Telenet NV, Telenet Vlaanderen NV und Telenet Group Holding NV, vertreten durch T. De Meese, advocaat,

— der belgischen Regierung, vertreten durch J.-C. Halleux und C. Pochet als Bevollmächtigte im Beistand von S. Depré, avocat,

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von C. Colelli, avvocato dello Stato,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch T. van Rijn, I. Rogalski und A. Tokár als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

## Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 49 AEUV und 56 AEUV.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Belgacom NV (im Folgenden: Belgacom) und den vier Gemeindeverbänden Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en Teledistributiemaatschappij (WVEM) sowie Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE) (im Folgenden zusammen: Gemeindeverbände) wegen verschiedener Beschlüsse, mit denen Letztere zugestimmt hatten, ohne vorherige öffentliche Ausschreibung Vereinbarungen abzuschließen, mit denen sie ihre Fernsehdienste und die Fernsehabonnements ihrer Kunden sowie für einen begrenzten Zeitraum dazugehörige Rechte an ihren Kabelnetzen auf die Telenet NV (im Folgenden: Telenet) übertragen und dieser ein Erbpachtrecht an diesen Netzen einräumen.

## Rechtlicher Rahmen

3 Art. 1 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, Berichtigung in ABl. L 351, S. 44) enthält folgende Definitionen:

„…

(2) a) ‚Öffentliche Aufträge' sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

…

d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge' sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.

…

(4) ‚Dienstleistungskonzessionen' sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

…"

4 Gemäß Art. 17 der Richtlinie 2004/18 findet diese auf Dienstleistungskonzessionen keine Anwendung.

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

5 Die Gemeindeverbände bestehen ausschließlich aus öffentlich-rechtlichen Mitgliedern. Ursprünglich erbrachten sie über ihre eigenen Kabelnetze Dienstleistungen des Kabelfernsehens.

6 1996 erwarben sie bei der Gründung von Telenet über eine privatrechtliche Genossenschaft, Interkabel, eine Beteiligung in Höhe von 1,51 % am Kapital von Telenet, indem sie in diese Gesellschaft Nutzungsrechte an einem Teil ihrer Kabelnetze für die Dauer von 50 Jahren einbrachten. Diese Nutzungsrechte bestanden in einem ausschließlichen Recht auf Nutzung dieser Netze für die Erbringung von sogenannten „Punkt-zu-Punkt-Telekommunikationsdiensten" und in einem nicht ausschließlichen Recht für die Erbringung sogenannter „Multimediadienste". Für die Erbringung von Rundfunkdiensten behielten die Gemeindeverbände das ausschließliche Nutzungsrecht an ihren Netzen.

7 Durch den Einbringungsvertrag erhielt Telenet auch ein Vorkaufsrecht für den Fall der Übertragung des Eigentums an den Kabelnetzen der Gemeindeverbände und ein Vorzugsrecht für den Fall, dass einem Dritten für die Erbringung von „Multimediadiensten" Nutzungsrechte an den Kabelnetzen eingeräumt würden.

8 Später gründeten die Gemeindeverbände die wirtschaftliche Interessenvereinigung IN-DI, um über ihre Kabelnetze u. a. interaktives Digitalfernsehen anbieten zu können.

9 Telenet erhob Klage und stellte daneben einen Antrag auf einstweilige Anordnung, um die Ausübung dieser Tätigkeit untersagen zu lassen, weil sie unter die „Punkt-zu-Punkt-Telekommunikationsdienste“ im Sinne des Einbringungsvertrags von 1996 falle. Der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter gab dem Antrag auf einstweilige Anordnung statt. Gegen diesen Beschluss wurde Rechtsmittel eingelegt.

10 Gleichzeitig nahmen alle betroffenen Parteien Verhandlungen mit dem Ziel eines Vergleichs auf. Diese Verhandlungen führten zum Abschluss einer Grundsatzvereinbarung, die die zuständigen Organe der Gemeindeverbände durch Beschlüsse im Dezember 2007 genehmigten.

11 Diese Vereinbarung sah insbesondere vor, dass Telenet an den Netzen der Gemeindeverbände für die Dauer von 38 Jahren eine Erbpacht eingeräumt wird, wobei dies der Restlaufzeit der ihr ursprünglich im Rahmen des Einbringungsvertrags von 1996 gewährten Nutzungsrechte entsprach; als Gegenleistung verpflichtete sich Telenet zu verschiedenen Zahlungen u. a. für die Kosten und die Abschreibungen, für das investierte Kapital und für die Kosten für Betrieb, Unterhalt, Ausbau und Modernisierung der Netze. Auf diese Weise erhielt Telenet das ausschließliche Recht, diese Netze für Telefondienste, für den Zugang zum Internet und für analoge, digitale und interaktive Fernsehdienste zu nutzen. So war sie fortan in der Lage, in dem von diesen Netzen abgedeckten Gebiet das den heutigen kommerziellen Standards entsprechende sogenannte „triple play“, d. h. eine Kombination dieser Dienste, anzubieten. Die Grundsatzvereinbarung sah außerdem u. a. vor, dass Telenet die Fernsehdienste der Gemeindeverbände sowie die Fernsehabonnements übertragen werden sollten. All diese Gegenleistungen wurden mit 350 Mio. Euro veranschlagt.

12 Die Grundsatzvereinbarung führte zum Abschluss einer endgültigen Vereinbarung (im Folgenden: streitige Vereinbarung). Der Gesamtwert der von Telenet geschuldeten Gegenleistungen belief sich jedoch auf 425 Mio. Euro, also auf 5 Mio. Euro mehr als das als „unverbindlich“ qualifizierte Angebot, das Belgacom für den Erwerb der Tätigkeit der Gemeindeverbände, die in der Ausstrahlung analoger und digitaler Fernsehsignale bestand, sowie den Erwerb der Fernsehabonnements und der nicht ausschließlichen Rechte auf Nutzung der Kabelnetze der Gemeindeverbände für Dienstleistungen des Kabelfernsehens vorgelegt hatte. Die streitige Vereinbarung wurde durch eine neue Reihe von Beschlüssen der Gemeindeverbände im Juni 2008 zum Abschluss gebracht.

13 Diese Beschlüsse wurden ebenso wie die in Randnr. 10 des vorliegenden Urteils genannten von Belgacom vor dem Raad van State van België angefochten.

14 Zuvor hatte sich Belgacom an die Gemeindeverbände wegen des Abschlusses der Grundsatzvereinbarung gewandt und Interesse am Erwerb bestimmter Rechte bekundet, deren Übertragung die Vereinbarung vorsah. Die Gemeindeverbände teilten Belgacom daraufhin mit, dass aufgrund bestimmter Beschränkungen im Einbringungsvertrag von 1996 sowie aufgrund der Tatsache, dass Belgacom durch die Übertragung der betreffenden Rechte eine Monopolstellung erhielte, da sie in dem von den Kabelnetzen der Gemeindeverbände abgedeckten Gebiet bereits über ihr eigenes Netz vollständige Fernsehdienste anbiete, nicht als potenzieller Gesprächspartner in Betracht komme. Belgacom erwiderte hierauf, dass die Kabelnetze gemeinsam genutzt werden könnten, wodurch ein wirksamer Wettbewerb erhalten bleiben könne. Zuletzt unterbreitete Belgacom noch vor dem Abschluss der streitigen Vereinbarung das in Randnr. 12 des vorliegenden Urteils erwähnte Angebot.

15 Im Rahmen des Ausgangsverfahrens stützte Belgacom ihre Anträge u. a. auf die Art. 43 EG und 49 EG, denen die heutigen Art. 49 AEUV und 56 AEUV entsprechen. Sie machte geltend, dass unabhängig davon, wie die streitige Vereinbarung zu qualifizieren sei, der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden müssten und es keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gebe, der den Abschluss der streitigen Vereinbarung ohne eine Ausschreibung rechtfertigen könnte.

16 Dagegen machen die Gemeindeverbände geltend, dass die Anwendung des Gleichheitssatzes nicht ausschließe, dass eine Vereinbarung wie die im Ausgangsverfahren streitige ohne vorherige Ausschreibung abgeschlossen werde, wenn die aus eigener Initiative handelnde Behörde klare Gründe für ihr Vorgehen habe, die nicht unbedingt mit dem Allgemeininteresse zusammenhingen, aber tatsächlich gegeben und rechtlich zulässig seien, was dem Begriff „objektive Gründe“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs entspreche. Dies sei vorliegend der Fall, da zum einen die Telenet gemäß dem Einbringungsvertrag von 1996 über Vorzugs- und Vorkaufsrechte verfüge, durch die ein ausschließliches Recht begründet werde, das eine wirksame Ausschreibung undurchführbar mache, und zum anderen ein Rechtsstreit zwischen den Gemeindeverbänden und Telenet über die Tragweite dieses Einbringungsvertrags anhängig sei, bei dem die voraussichtliche Länge der Verfahren und die Gefahr zu berücksichtigen seien, dass sich die Gemeindeverbände erheblichen Sanktionen ausgesetzt sähen, wenn durch eine endgültige Entscheidung festgestellt würde, dass sie gegen den Einbringungsvertrag verstoßen hätten.

17 Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass alle am Ausgangsverfahren Beteiligten einräumen, dass die streitige Vereinbarung nicht unter eine der Vergaberichtlinien falle. Unabhängig davon, wie die streitige Vereinbarung zu qualifizieren sei, seien die Beschlüsse der Gemeindeverbände, auf denen sie beruhe, im Rahmen eines staatlichen Eingreifens zur Regelung der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ergangen und das Ermessen, über das die Behörde in diesem Zusammenhang verfüge, sei durch den Gleichheitssatz und die Transparenzpflicht beschränkt. Im Übrigen sei es im Hinblick auf die Bedeutung des betreffenden Geschäfts wahrscheinlich, dass im Ausland niedergelassene Unternehmen bei einer Ausschreibung ihr Interesse bekundet hätten.

18 Das vorlegende Gericht stellt fest, dass die streitige Vereinbarung abgeschlossen worden sei, um den zwischen den Gemeindeverbänden und Telenet bestehenden Rechtsstreit über die Tragweite des Einbringungsvertrags von 1996 zu beenden, und dass dieser Rechtsstreit ausschließlich auf eine technologische Entwicklung zurückzuführen sei, die für die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar gewesen sei. Die Aufteilung der an den Kabelnetzen der Gemeindeverbände bestehenden Nutzungsrechte, wie sie im Einbringungsvertrag geregelt sei, erlaube es keinem der Beteiligten, vollständige Fernsehdienste zu erbringen, da die interaktiven Fernsehdienste zu den ausschließlichen Rechten von Telenet gehörten, während die Gemeindeverbände das alleinige Recht zur Erbringung von Kabelfernsehdiensten hätten.

19 Das vorlegende Gericht stellt jedoch auch fest, dass die streitige Vereinbarung über das hinausgeht, was zur Beendigung dieses Streits erforderlich war, da die im Einbringungsvertrag von 1996 vorgesehene Aufteilung der Nutzungsrechte an den Kabelnetzen der Gemeindeverbände dadurch grundlegend geändert worden sei, dass Telenet Rechte gewährt worden seien, die ihr ursprünglich nicht eingeräumt worden und nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen seien. Aufgrund dieser Vereinbarung und gegen die Zahlung von 425 Mio. Euro verfüge Telenet seither über ein umfassendes ausschließliches Nutzungsrecht an diesen Netzen, das es ihr erlaube, in dem von diesen Netzen abgedeckten Gebiet, das ungefähr einem Drittel des Gebiets entspreche, in dem sie tätig sei, vollständige Fernsehdienste und damit ein den heutigen kommerziellen Standards entsprechendes „triple play“-Angebot so zu erbringen, wie sie es bereits in den beiden anderen Dritteln des Gebiets, in dem sie tätig sei, tue.

20 Außerdem ist das vorlegende Gericht der Ansicht, dass der Einbringungsvertrag von 1996 für sich allein nicht als Rechtfertigung für den Abschluss der streitigen Vereinbarung betrachtet werden kann. Zum einen hätte für das Kabelnetz ein gemeinsames Nutzungssystem eingeführt werden können. Zum anderen stellten die Telenet gemäß dem Einbringungsvertrag zustehenden Vorzugs- und Vorkaufsrechte kein Hindernis dafür dar, dass mehrere Bewerber gleich behandelt und folglich ihre Angebote einem tatsächlichen Vergleich unterzogen würden.

21 Das vorlegende Gericht fragt sich jedoch, ob nicht der allgemeine Kontext, der nicht nur durch den Einbringungsvertrag von 1996, sondern auch durch den anschließend aufgrund der technologischen Entwicklungen entstandenen Streit über dessen Tragweite und die im Rahmen dieses Streits ergangene gerichtliche Entscheidung gekennzeichnet sei, einen Rechtfertigungsgrund für die Nichtdurchführung einer Ausschreibung darstellen könne. Zum einen hätte die Übertragung der durch den Einbringungsvertrag auf Telenet übergegangenen Rechte auf einen Dritten unweigerlich zu weiteren Rechtsstreitigkeiten und mehr Rechtsunsicherheit geführt. Zum anderen wären die Gemeindeverbände, wenn der Streit mit Telenet nicht beigelegt worden wäre, für eine lange Zeit nicht in der Lage gewesen, vollständige Fernsehdienste zu erbringen, was nicht nur zu einem erheblichen wirtschaftlichen Schaden geführt hätte, weil Belgacom selbst den Markt hätte besetzen können, sondern auch die Verbraucher hätte beeinträchtigen können.

22 In diesem Kontext fragt sich das vorlegende Gericht, ob die streitige Vereinbarung, in der der Vergleich zur Beilegung des Streits zwischen Telenet und den Gemeindeverbänden seinen Niederschlag gefunden hat, als eine rechtmäßige Ergänzung des Einbringungsvertrags von 1996 statt als eine autonome Vereinbarung angesehen werden könne, die nur unter Berücksichtigung der Art. 49 AEUV und 56 AEUV hätte geschlossen werden können.

23 Schließlich weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass der Gerichtshof in dem Urteil vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 19), festgestellt habe, dass die zu einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führende Ungleichbehandlung, die sich aus der unmittelbaren Vergabe einer Dienstleistungskonzession ergebe, durch „objektive Umstände“ gerechtfertigt sein könne. Das vorlegende Gericht fragt sich jedoch, welche Bedeutung dieser Begriff im Hinblick auf den Begriff der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ hat.

24 Unter diesen Umständen hat der Raad van State van België beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind die Art. 49 AEUV und 56 AEUV dahin auszulegen, dass sich ein in Belgien ansässiges Unternehmen vor einem belgischen Gericht im Zusammenhang mit einer nicht in den Geltungsbereich einer der Richtlinien über öffentliche Aufträge fallenden Vereinbarung, durch die eine belgische Behörde Rechte auf ein anderes belgisches Unternehmen überträgt, ohne zuvor eine Ausschreibung durchgeführt zu haben, auf die Grundregeln des Unionsrechts, insbesondere auf die aus den oben genannten Artikeln abgeleitete Transparenzpflicht, berufen kann?

2. Kann das Bestreben, eine Verletzung eines bestehenden, für sich genommen unstreitigen und sehr speziellen vertraglichen Rahmens zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einem privatrechtlichen, von ihr nicht kontrollierten Unternehmen zu vermeiden, oder der Abschluss einer Transaktion oder eines Vergleichs mit dem Ziel der Beilegung eines bestehenden Auslegungsstreits über den vorgenannten vertraglichen Rahmen, wobei dieser Vergleich von den Rechten ausgeht, die den Parteien nach einer vorläufigen Entscheidung eines Gerichts des vorläufigen Rechtsschutzes zuerkannt worden sind, und wobei die betreffende Tätigkeit dieser juristischen Person ohne einen solchen Vergleich ernstlich geschädigt und im Wert gemindert werden kann und die Verbraucher in der Zwischenzeit von bestimmten Diensten ausgeschlossen bleiben, als ein zwingender Grund des Allgemeininteresses oder zumindest als ein objektiver Rechtfertigungsgrund angesehen werden, der juristische Personen des öffentlichen Rechts dazu berechtigt, ausnahmsweise und abweichend vom Grundsatz der Gleichbehandlung und vom Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die in den Art. 49 AEUV und 56 AEUV verankert sind, und von der daraus folgenden Transparenzpflicht keine Ausschreibung durchzuführen und den Auftrag unmittelbar zu vergeben?

3. Sofern die zweite Frage bejaht werden kann: Muss die vorgenannte Transaktion oder der vorgenannte Vergleich, um die oben genannten unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten nicht stärker zu beschränken, als es zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist, dann

auf das zur Beilegung des entstandenen Streits unbedingt erforderliche Maß beschränkt bleiben, oder können die Parteien im Hinblick auf zukünftige Meinungsverschiedenheiten, die in einem vernünftigen und logischen Zusammenhang mit dem Streit stehen, einen darüber hinausgehenden Vergleich schließen, mit dem zugleich die Interessen der Verbraucher gewahrt werden und der eine Maximierung des Wertes der betreffenden übertragenen Tätigkeit einschließt?

## Zu den Vorlagefragen

*Zur ersten Frage*

25 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 49 AEUV und 56 AEUV dahin auszulegen sind, dass ein Wirtschaftsteilnehmer eines Mitgliedstaats vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats geltend machen kann, dass bei dem Abschluss einer Vereinbarung, mit der eine oder mehrere Körperschaften des öffentlichen Rechts dieses Mitgliedstaats gegen Entgelt u. a. das ausschließliche Recht zur Nutzung von Kabelfernsehnetzen sowie ihre Fernsehdienste und die damit verbundenen Abonnementverträge auf einen Wirtschaftsteilnehmer desselben Mitgliedstaats übertragen, die sich aus diesen Artikeln ergebende Transparenzpflicht verletzt worden ist.

26 Unabhängig von den Modalitäten der Anwendung und der Qualifizierung durch die Beteiligten ist festzustellen, dass eine Vereinbarung wie die hier streitige, soweit durch sie Telenet die Erbringung von Fernsehdiensten der Gemeindeverbände übertragen und ihr u. a. zur Ausübung dieser Tätigkeit das ausschließliche Recht zur Nutzung von deren Kabelnetzen eingeräumt wird, als eine Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 anzusehen ist.

27 Zum einen stellt eine solche Vereinbarung, soweit sie den Zessionar verpflichtet, die übertragene Tätigkeit auszuüben, einen öffentlichen Auftrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II der Richtlinie 2004/18 dar, der nur im Hinblick auf die Art der Vergütung abweicht, da die Gegenleistung für die Erbringung der Fernsehdienste entsprechend der Definition des Art. 1 Abs. 4 dieser Richtlinie in dem Recht zur Nutzung der betreffenden Dienstleistung besteht. Zum anderen ist die Voraussetzung, dass das mit der Tätigkeit verbundene Betriebsrisiko auf den Konzessionär übertragen werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnr. 72, sowie vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Slg. 2011, I-1335, Randnr. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung), im Rahmen dieser Vereinbarung ebenfalls erfüllt.

28 Obwohl Dienstleistungskonzessionen gemäß Art. 17 der Richtlinie 2004/18 nicht in deren Anwendungsbereich fallen, haben die Behörden, die eine solche Konzession vergeben, die Grundregeln des AEU-Vertrags, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die sich daraus ergebende Transparenzpflicht zu beachten, da an dieser Konzession ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Juli 2008, ASM Brescia, C-347/06, Slg. 2008, I-5641, Randnrn. 58 und 59 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

29 Ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse kann sich u. a. aus der wirtschaftlichen Bedeutung der abzuschließenden Vereinbarung, aus dem Ort ihrer Durchführung (vgl. in diesem Sinne Urteil ASM Brescia, Randnr. 62 und die dort angeführte Rechtsprechung) oder aus technischen Merkmalen ergeben (vgl. entsprechend Urteil vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso, C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-3565, Randnr. 24).

30 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, alle insoweit maßgeblichen Gegebenheiten eingehend zu würdigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili, C-376/08, Slg. 2009, I-12169, Randnr. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung), was es im vorliegenden Fall offensichtlich bereits getan hat, da es im Hinblick auf die Bedeutung der im Ausgangsverfahren fraglichen Vereinbarung festgestellt hat, dass im Fall einer Ausschreibung in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen möglicherweise ihr Interesse bekundet hätten.

31 Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es für das Vorliegen eines sicheren grenzüberschreitenden Interesses nicht erforderlich ist, dass ein Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich sein Interesse bekundet hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Rechtsstreit – wie im Ausgangsverfahren – die fehlende Transparenz im Zusammenhang mit der fraglichen Vereinbarung betrifft. In einem solchen Fall haben die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer keine reale Möglichkeit, ihr Interesse an dieser Konzession zu bekunden (vgl. in diesem Sinne Urteile Coname, Randnr. 18, und vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 55).

32 Überdies kommt die der Vergabebehörde obliegende Transparenzpflicht, wenn ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse in Bezug auf die Vergabe einer gewissen Dienstleistungskonzession nachgewiesen wurde, allen potenziellen Bietern zugute (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. April 2010, Wall, C-91/08, Slg. 2010, I-2815, Randnr. 36), unabhängig davon, ob sie im selben Mitgliedstaat wie diese Behörde niedergelassen sind.

33 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Unionsrecht der Behörde, die ihre Tätigkeit überträgt, dieselben Verpflichtungen auferlegen würde, wenn die im Ausgangsverfahren fragliche Vereinbarung den Zessionar nicht verpflichten würde, die übertragene Tätigkeit auszuüben, und somit eine Erlaubnis zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit enthielte. Eine solche Erlaubnis unterscheidet sich in Bezug auf die Verpflichtung zur Beachtung der Grundregeln des Vertrags und der sich daraus ergebenden Grundsätze nicht von einer Dienstleistungskonzession, wenn die Ausübung dieser Tätigkeit auch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer interessieren könnte (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 3. Juni 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Randnrn. 46 und 47, sowie vom 9. September 2010, Engelmann, C-64/08, Slg. 2010, I-8219, Randnrn. 51 bis 53).

34 Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Art. 49 AEUV und 56 AEUV dahin auszulegen sind, dass ein Wirtschaftsteilnehmer eines Mitgliedstaats vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats geltend machen kann, dass bei dem Abschluss einer Vereinbarung, mit der eine oder mehrere Körperschaften des öffentlichen Rechts dieses Mitgliedstaats gegen Entgelt u. a. das ausschließliche Recht zur Nutzung von Kabelfernsehnetzen sowie ihre Fernsehdienste und die damit verbundenen Abonnementverträge auf einen Wirtschaftsteilnehmer desselben Mitgliedstaats übertragen, die sich aus diesen Artikeln ergebende Transparenzpflicht verletzt worden ist.

*Zur zweiten Frage*

35 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 49 AEUV und 56 AEUV dahin auszulegen sind, dass Umstände wie die des Ausgangsverfahrens als zwingende Gründe des Allgemeininteresses oder als objektive Umstände anzusehen sind, die rechtfertigen können, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts eine Dienstleistungskonzession über Fernsehdienste, die diese Körperschaften über ihnen gehörende Kabelnetze erbringen, abweichend von den in diesen Artikeln verankerten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung unmittelbar an einen Wirtschaftsteilnehmer vergeben.

36 Die genannten Umstände ergeben sich aus dem Willen, bestimmte Rechte zu beachten, die die betreffenden Körperschaften diesem Wirtschaftsteilnehmer durch eine frühere Vereinbarung über die Nutzung dieser Kabelnetze eingeräumt haben, sowie dem Willen, unter Berücksichtigung einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung eine gütliche Einigung zur Beendigung eines Rechtsstreits über den Umfang dieser Rechte zu erzielen und gleichzeitig eine Wertminderung der von diesen Körperschaften über die ihnen gehörenden Kabelnetze erbrachten Fernsehdienste zu vermeiden und den Abonnenten dieser Leistungen ein vollständiges Angebot machen zu können.

37 Soweit an einer Dienstleistungskonzession ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht, liegt in ihrer nicht transparenten Vergabe an ein im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers niedergelassenes Unternehmen eine Ungleichbehandlung zum Nachteil der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, die an dieser Konzession interessiert sein könnten. Durch den Ausschluss aller dieser Unternehmen wirkt sich eine solche Ungleichbehandlung hauptsächlich zum Nachteil dieser Unternehmen aus und stellt grundsätzlich eine nach den Art. 49 AEUV und 56 AEUV verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar (vgl. in diesem Sinne ASM Brescia, Randnrn. 59 und 60 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

38 Ausnahmsweise kann eine solche Maßnahme aus einem der in Art. 52 AEUV genannten Gründe zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (vgl. entsprechend Urteile Engelmann, Randnrn. 51 und 57 sowie die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 10. Mai 2012, Duomo Gpa u. a., C-357/10 bis C-359/10, Randnr. 39 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Zum letztgenannten Punkt ergibt sich aus Randnr. 51 in Verbindung mit Randnr. 57 des Urteils Engelmann, dass kein Anlass besteht, zwischen objektiven Umständen und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu unterscheiden. Solche Umstände stellen nämlich letztlich einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar.

39 Die in der vorgelegten Frage angeführten Gründe können unabhängig davon, ob sie einzeln oder zusammen betrachtet werden, nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden.

40 Zwar kann der Grundsatz der Rechtssicherheit, der ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ist, es rechtfertigen, dass die Rechtsfolgen einer Vereinbarung beachtet werden, auch, soweit es dieser Grundsatz verlangt, im Fall einer Vereinbarung, die geschlossen wurde, bevor der Gerichtshof sich zu den Folgen des Primärrechts im Hinblick auf Vereinbarungen dieser Art geäußert hat, und die sich später als mit einigen dieser Folgen unvereinbar erweist (vgl. in diesem Sinne ASM Brescia, Randnrn. 69 und 70). Dieser Grundsatz kann jedoch nicht geltend gemacht werden, um eine Vereinbarung in einer mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der sich daraus ergebenden Transparenzpflicht unvereinbaren Art und Weise zu erweitern. Dabei ist es unerheblich, dass diese Erweiterung eine vernünftige Lösung zur Beilegung eines Rechtsstreits darstellen kann, der zwischen den Betroffenen wegen der Tragweite ihrer Vereinbarung anhängig ist und auf Gründe zurückzuführen ist, auf die sie überhaupt keinen Einfluss hatten.

41 Was die Gefahr betrifft, dass sich der Wert der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mindert, weil der bereits bestehende vertragliche Rahmen sich aufgrund der technisch-kommerziellen Entwicklung als ungeeignet erweist, so ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, dass wirtschaftliche Gründe nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung einer Beschränkung einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit anerkannt werden können (vgl. Urteil vom 16. Februar 2012, Costa und Cifone, C-72/10 und C-77/10, Randnr. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

42 Insoweit ist festzustellen, dass sich der Umstand, dass der Abschluss der streitigen Vereinbarung dem Interesse der Verbraucher entspricht, die anderenfalls kein interaktives Fernsehen empfangen oder kein attraktives Angebot einer Kombination der verschiedenen Dienstleistungen bekommen könnten, sich nicht wirklich von dem Grund der Wertminderung dieser Tätigkeit unterscheidet, sondern

vielmehr eng mit diesem verbunden ist. Dieser Umstand betrifft nämlich nicht alle Verbraucher in den von den Kabelnetzen der Gemeindeverbände abgedeckten Gebieten, sondern nur diejenigen, die Fernsehdienste abonniert haben, die von den Gemeindeverbänden im Rahmen der Tätigkeit erbracht worden waren, deren Übertragung auf Telenet Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, und der Attraktivitätsverlust des kommerziellen Produkts, das sie auf dem Markt anbieten können, und damit die Wertminderung dieser Tätigkeit erklären sich daraus, dass es den Gemeindeverbänden aufgrund der durch den Einbringungsvertrag von 1996 geregelten Aufteilung der Nutzungsrechte an ihren Kabelnetzen unmöglich ist, diesen Abonnenten bestimmte Dienstleistungen anzubieten.

43 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Erwägungen, die für sich allein keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Abweichung von den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenzpflicht rechtfertigen können, diese Eigenschaft nicht durch ihre bloße Kumulation erwerben.

44 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Art. 49 AEUV und 56 AEUV dahin auszulegen sind, dass

— der Wille, bestimmte Rechte nicht zu verletzen, die Körperschaften des öffentlichen Rechts einem Wirtschaftsteilnehmer durch eine frühere Vereinbarung über die Nutzung ihrer Kabelnetze eingeräumt haben, eine mit dem Unionsrecht unvereinbare Erweiterung dieser Vereinbarung durch eine unmittelbare Vergabe einer Dienstleistungskonzession oder eines ausschließlichen Rechts auf Ausübung einer Tätigkeit, an der ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht, nicht rechtfertigen kann, auch wenn dies zur Beilegung eines Rechtsstreits geschieht, der zwischen den Betroffenen wegen der Tragweite dieser Vereinbarung anhängig ist und auf Gründe zurückzuführen ist, auf die sie überhaupt keinen Einfluss hatten;

— wirtschaftliche Gründe wie etwa der Wille, die Wertminderung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu vermeiden, nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen sind, die rechtfertigen können, dass eine Dienstleistungskonzession über diese Tätigkeit oder ein ausschließliches Recht zur Ausübung dieser Tätigkeit, an der ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht, abweichend von den in diesen Artikeln verankerten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung unmittelbar vergeben wird.

*Zur dritten Frage*

45 Angesichts der Antwort auf die zweite Frage braucht die dritte Frage nicht beantwortet zu werden.

## Kosten

46 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. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zehnte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind dahin auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer eines Mitgliedstaats vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats geltend machen kann, dass bei dem Abschluss einer Vereinbarung, mit der eine oder mehrere Körperschaften des öffentlichen Rechts dieses Mitgliedstaats gegen Entgelt u. a. das ausschließliche Recht zur**

**Nutzung von Kabelfernsehnetzen sowie ihre Fernsehdienste und die damit verbundenen Abonnementverträge auf einen Wirtschaftsteilnehmer desselben Mitgliedstaats übertragen, die sich aus diesen Artikeln ergebende Transparenzpflicht verletzt worden ist.**

**2. Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind dahin auszulegen, dass**

**— der Wille, bestimmte Rechte nicht zu verletzen, die Körperschaften des öffentlichen Rechts einem Wirtschaftsteilnehmer durch eine frühere Vereinbarung über die Nutzung ihrer Kabelnetze eingeräumt haben, eine mit dem Unionsrecht unvereinbare Erweiterung dieser Vereinbarung durch eine unmittelbare Vergabe einer Dienstleistungskonzession oder eines ausschließlichen Rechts auf Ausübung einer Tätigkeit, an der ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht, nicht rechtfertigen kann, auch wenn dies zur Beilegung eines Rechtsstreits geschieht, der zwischen den Betroffenen wegen der Tragweite dieser Vereinbarung anhängig ist und auf Gründe zurückzuführen ist, auf die sie überhaupt keinen Einfluss haben;**

**— wirtschaftliche Gründe wie etwa der Wille, die Wertminderung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu vermeiden, nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen sind, die rechtfertigen können, dass eine Dienstleistungskonzession über diese Tätigkeit oder ein ausschließliches Recht zur Ausübung dieser Tätigkeit, an der ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse besteht, abweichend von den in diesen Artikeln verankerten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung unmittelbar vergeben wird.**

Unterschriften