URTEIL DES GERICHTSHOFES (Erste Kammer)

6. April 2006 *

In der Rechtssache C-410/04

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italien) mit Entscheidung vom 22. Juli 2004, beim Gerichtshof eingegangen am 27. September 2004, in dem Verfahren

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

gegen

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann sowie der Richter J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter), K. Lenaerts, M. Ilešič und E. Levits,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,
Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2005,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), vertreten durch C. Colapinto, avvocato,

— der Comune di Bari, vertreten durch R. Verna, B. Capruzzi und R. Cioffi, avvocati,

— der AMTAB Servizio SpA, vertreten durch G. Notarnicola und V. Caputi Jambrenghi, avvocati,

— der italienischen Regierung, vertreten durch I. M. Braguglia als Bevollmächtigten im Beistand von G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— der deutschen Regierung, vertreten durch C. Schulze-Bahr als Bevollmächtigte,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

— der polnischen Regierung, vertreten durch T. Nowakowski als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis und D. Recchia als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 12. Januar 2006

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits der Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (im Folgenden: ANAV) gegen die Comune di Bari (Gemeinde Bari) und die AMTAB Servizio SpA (im Folgenden: AMTAB Servizio) über die Vergabe des öffentlichen Verkehrsdienstes im Gebiet dieser Gemeinde an die AMTAB Servizio.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Artikel 43 EG bestimmt:

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. ...

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen."

4 Artikel 46 EG lautet:

„(1) Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

(2) Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 Richtlinien für die Koordinierung der genannten Vorschriften."

5 Artikel 49 Absatz 1 EG sieht vor:

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten."

6 Artikel 86 Absatz 1 EG lautet:

„Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten."

Nationales Recht

7 Was die italienischen Rechtsvorschriften betrifft, so hat Artikel 14 des Decreto legge Nr. 269 vom 30. September 2003 mit Eilbestimmungen zur Entwicklungsförderung

und zur Funktionsverbesserung der öffentlichen Haushalte (*GURI* Nr. 229 vom 2. Oktober 2003, supplemento ordinario, im Folgenden: Decreto legge Nr. 269/2003) Artikel 113 des Decreto legislativo Nr. 267 vom 18. August 2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Einheitstext der Bestimmungen über die Gebietskörperschaften) (*GURI* Nr. 227 vom 28. September 2000, supplemento ordinario, im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 267/2000) geändert. Die neue Fassung des Artikels 113 Absatz 5 dieses Decreto legislativo sieht vor:

„Die Erbringung der Dienstleistung erfolgt nach den Regelungen des Sektors und unter Beachtung des Rechts der Europäischen Union, wobei die Dienstleistung vergeben wird

a) an Kapitalgesellschaften, die durch öffentliche Ausschreibungsverfahren bestimmt werden;

b) an gemischt öffentlich-private Kapitalgesellschaften, bei denen der private Gesellschafter durch öffentliche Ausschreibungsverfahren ausgewählt worden ist, die die Einhaltung der innerstaatlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften nach Richtlinien gewährleistet haben, die von den zuständigen Behörden durch spezifische Maßnahmen oder Rundschreiben erlassen worden sind;

c) an Gesellschaften mit vollständig öffentlichem Kapital unter der Voraussetzung, dass die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die das Gesellschaftskapital halten, über die Gesellschaft eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben und dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der öffentlichen Körperschaft oder den öffentlichen Körperschaften, die sie kontrollieren, verrichtet."

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

8 Nach dem Vorlagebeschluss ist die AMTAB Servizio eine Aktiengesellschaft, deren Kapital vollständig von der Gemeinde Bari gehalten wird und deren einzige Tätigkeit darin besteht, einen öffentlichen Verkehrsdienst im Gebiet dieser Gemeinde zu betreiben. Die Gesellschaft wird vollständig von der Gemeinde Bari kontrolliert.

9 Aus dem Vorlagebeschluss geht außerdem hervor, dass die ANAV nach ihrer Satzung Unternehmen vertritt, die nationale und internationale Personenbeförderungsdienstleistungen sowie Dienstleistungen erbringen, die auf eine Beförderungstätigkeit zurückzuführen sind, und in dieser Eigenschaft u. a. für die ordnungsgemäße Abwicklung der öffentlichen Dienstleistung des städtischen und außerstädtischen Verkehrs im Interesse der Gesellschaften sorgt, denen eine solche Dienstleistung übertragen ist.

10 Die Gemeinde Bari leitete mit Entscheidung vom 17. Juli 2003 ein öffentliches Ausschreibungsverfahren zur Vergabe des öffentlichen Verkehrsdienstes in ihrem Gebiet ein.

11 Infolge der Änderung des Artikels 113 Absatz 5 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 durch Artikel 14 des Decreto legge Nr. 269/2003 stellte die Gemeinde mit Beschluss vom 9. Oktober 2003 das Ausschreibungsverfahren ein.

12 Mit Beschluss vom 18. Dezember 2003 vergab die Gemeinde die fragliche Dienstleistung für die Zeit vom 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2012 freihändig an die AMTAB Servizio.

13 Mit am 1. März 2004 zugestellter Klage, die am 9. März 2004 beim Tribunale amministrativo regionale per la Puglia einging, beantragte die ANAV die Nichtigerklärung dieses Beschlusses sowie aller damit zusammenhängenden oder darauf folgenden Rechtsakte, weil sie gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Artikel 3 EG, 16 EG, 43 EG, 49 EG, 50 EG, 51 EG, 70 EG bis 72 EG, 81 EG, 82 EG, 86 EG und 87 EG, verstießen.

14 Angesichts dieses Vorbringens hat das Tribunale amministrativo regionale per la Puglia beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Artikel 113 Absatz 5 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 in der durch Artikel 14 des Decreto legge Nr. 269/2003 geänderten Fassung mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Verpflichtungen zur Transparenz und zum freien Wettbewerb im Sinne der Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG, vereinbar, soweit er der Wahlfreiheit der öffentlichen Verwaltung zwischen den verschiedenen Formen der Vergabe der öffentlichen Dienstleistung und insbesondere zwischen der Vergabe durch öffentliche Ausschreibung und der freihändigen Vergabe an eine von ihr vollständig kontrollierte Gesellschaft keine Grenze setzt?

Zur Vorlagefrage

15 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Verpflichtungen zur Transparenz und zum

freien Wettbewerb im Sinne der Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG, einer nationalen Regelung wie der des Ausgangsverfahrens entgegensteht, die der Wahlfreiheit einer öffentlichen Körperschaft zwischen den verschiedenen Formen der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistung und insbesondere zwischen der Vergabe durch öffentliche Ausschreibung und der freihändigen Vergabe an eine Gesellschaft, deren Kapital diese Körperschaft vollständig hält, keine Grenze setzt.

16 Aus den Akten des Ausgangsverfahrens geht hervor, dass der öffentliche Verkehrsdienst im Gebiet der Gemeinde Bari zumindest teilweise über den Kauf von Fahrkarten durch die Benutzer finanziert wird. Diese Art der Vergütung ist charakteristisch für eine öffentliche Dienstleistungskonzession (Urteil vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 40).

17 Es steht fest, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) ausgenommen sind (Urteil Parking Brixen, Randnr. 42). Diese Richtlinie ist durch die 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) ersetzt worden, deren Artikel 17 ausdrücklich ihre Unanwendbarkeit auf Dienstleistungskonzessionen vorsieht.

18 Auch wenn Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50, die durch die Richtlinie 2004/18 ersetzt worden ist, ausgenommen sind, so haben die öffentlichen Stellen, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98, Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60, vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 16, und Parking Brixen, Randnr. 46).

19 Zu den Vertragsbestimmungen, die speziell auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen anwendbar sind, gehören auch die Artikel 43 EG und 49 EG (Urteil Parking Brixen, Randnr. 47).

20 Außer dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen anwendbar, und zwar auch dann, wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt (Urteil Parking Brixen, Randnr. 48).

21 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit die konzessionserteilende öffentliche Stelle feststellen kann, ob sie beachtet worden sind. Diese der genannten Stelle obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (vgl. in diesem Sinne Urteile Telaustria und Telefonadress, Randnrn. 61 und 62, sowie Parking Brixen, Randnr. 49).

22 Grundsätzlich entspricht das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden weder den Anforderungen der Artikel 43 EG und 49 EG noch den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Urteil Parking Brixen, Randnr. 50).

23 Aus Artikel 86 Absatz 1 EG folgt außerdem, dass die Mitgliedstaaten keine nationalen Rechtsvorschriften fortgelten lassen dürfen, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ermöglichen, da eine solche Vergabe gegen die Artikel 43 EG oder 49 EG oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt (Urteil Parking Brixen, Randnr. 52).

24 Jedoch ist die Anwendung der in Artikel 12 EG, 43 EG und 49 EG aufgestellten Regeln sowie der allgemeinen Grundsätze, deren spezielle Ausprägung sie darstellen, im Bereich der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen dann ausgeschlossen, wenn die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle verrichtet, die ihre Anteile innehat (Urteil Parking Brixen, Randnr. 62).

25 Nationale Rechtsvorschriften, die die in vorstehender Randnummer genannten Voraussetzungen wörtlich übernehmen, wie es bei Artikel 113 Absatz 5 des Decreto legislativo Nr. 267/2000 in der Fassung des Artikels 14 des Decreto legge Nr. 269/2003 der Fall ist, entsprechen grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht, wobei klarzustellen ist, dass auch die Auslegung dieser Rechtsvorschriften den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen muss.

26 Da es sich um eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts handelt, sind die beiden in Randnummer 24 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen eng auszulegen, und die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme von diesen Vorschriften rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen

will (vgl. Urteile vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg. 2005, I-1, Randnr. 46, und Parking Brixen, Randnr. 63).

27 Nach den von der AMTAB Servizio beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen hat die Gemeinde Bari am 27. Dezember 2002 beschlossen, einen Anteil von 80 % der Aktien, die sie am Kapital dieser Gesellschaft hält, zu veräußern, und am 21. Mai 2004, dazu das öffentliche Ausschreibungsverfahren für die Auswahl des privaten Mehrheitsaktionärs einzuleiten. Diese Information ist von der ANAV in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt worden.

28 Die Gemeinde Bari hat jedoch in der gleichen Verhandlung vorgetragen, dass sie die Absicht aufgegeben habe, einen Teil ihrer Aktien am Kapital der AMTAB Servizio zu veräußern. Sie habe am 13. Januar 2005 beschlossen, ihren vorhergehenden Beschluss nicht weiter zu verfolgen und diese Gesellschaft nicht zu privatisieren. Dieser Beschluss sei nicht zu den Akten des vorlegenden Gerichts gegeben worden, weil er nach dem Vorlagebeschluss ergangen sei.

29 Das vorlegende Gericht und nicht der Gerichtshof hat über die Frage zu entscheiden, ob die Gemeinde Bari beabsichtigt, das Kapital der AMTAB Servizio privaten Aktionären zu öffnen. Um diesem Gericht jedoch sachdienliche Hinweise für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu geben, ist Folgendes klarzustellen.

30 Würde das Kapital der AMTAB Servizio während der Laufzeit des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrages privaten Aktionären geöffnet, so würde dies dazu führen, dass eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erteilt würde, was die Ziele des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen würde (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2005 in der Rechtssache C-29/04, Kommission/Österreich, Slg. 2005, I-9705, Randnr. 48).

31 Die — auch nur minderheitliche — Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch die konzessionserteilende öffentliche Stelle beteiligt ist, schließt nämlich auf jeden Fall aus, dass diese öffentliche Stelle über eine solche Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über ihre eigenen Dienststellen (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 49).

32 Soweit also die konzessionsnehmende Gesellschaft, wenn auch nur teilweise, privatem Kapital geöffnet wäre, würde dieser Umstand es ausschließen, dass sie im Hinblick auf die Gebietskörperschaft, die ihre Anteile innehat, als eine Struktur der „internen" Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung betrachtet wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Coname, Randnr. 26).

33 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der Grundsatz der Transparenz nicht einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es einer öffentlichen Körperschaft erlaubt, eine öffentliche Dienstleistung freihändig an eine Gesellschaft zu vergeben, deren Kapital sie vollständig hält, sofern die öffentliche Körperschaft über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die ihre Anteile innehat.

Kosten

34 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 (Erste Kammer) für Recht erkannt:

Die Artikel 43 EG, 49 EG und 86 EG sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der Grundsatz der Transparenz stehen einer nationalen Regelung nicht entgegen, die es einer öffentlichen Körperschaft erlaubt, eine öffentliche Dienstleistung freihändig an eine Gesellschaft zu vergeben, deren Kapital sie vollständig hält, sofern die öffentliche Körperschaft über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die ihre Anteile innehat.

Unterschriften.