

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

JEAN MISCHO

vom 4. November 1986 *

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Die vorliegenden Schlußanträge betreffen ein Vertragsverletzungsverfahren, in dem die Feststellung begehrt wird, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195, S. 35) verstoßen hat, indem sie es abgelehnt hat, der Kommission Informationen über den Bereich der Tabakwaren zu übermitteln.

Nach dieser Vorschrift sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission auf deren Verlangen Angaben über die finanziellen Beziehungen zwischen der „öffentlichen Hand“ und den „öffentlichen Unternehmen“ mitzuteilen.

Die italienische Regierung hat die Mitteilung dieser Informationen mit der Begründung abgelehnt, daß die Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), die in dem fraglichen Bereich tätig ist, nicht als „öffentliches Unternehmen“ im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie angesehen werden könne, sondern zu der in demselben Artikel aufgeführten Kategorie „öffentliche Hand“ gehöre.

Der eigentliche Streitgegenstand betrifft in Wirklichkeit also die Auslegung dieser beiden Begriffe.

Nach Artikel 2 der Richtlinie 80/723/EWG sind unter öffentlicher Hand „der Staat sowie andere Gebietskörperschaften“ zu verstehen und unter öffentlichem Unternehmen „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann“.

Konkret handelt es sich darum, ob die AAMS als Staatsorgan, das keine von der des Staates getrennte Rechtspersönlichkeit besitzt, *was von der Kommission nicht bestritten wird*, deshalb Teil der „öffentlichen Hand“ ist oder ob im Gegenteil der Umstand, daß sie im Bereich der Tabakwaren Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anbietet und am Wirtschaftsleben teilnimmt, *was die italienische Regierung einräumt*, ausreicht, um sie den „öffentlichen Unternehmen“ zuzuordnen.

Da die Richtlinie 80/723 seinerzeit Gegenstand von Nichtigkeitsklagen der französischen, der italienischen und der britischen Regierung war (verbundene Rechtssachen 188-190/80), erlaube ich mir, für ihre Darstellung und ihre Beurteilung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 6. Juli 1982 (Slg. 1982, 2545) zu verweisen.

1. Kann ein Staatsorgan ein „öffentliches Unternehmen“ darstellen?

Die italienische Regierung macht geltend, nach der italienischen Rechtsordnung gehöre zu den öffentlichen und institutionellen Aufgaben des Staates die Herstellung und

* Aus dem Französischen übersetzt.

der Vertrieb von Tabakwaren, und wenn die Monopolverwaltung als Staatsorgan „öffentliche Hand“ sei, könne sie nicht gleichzeitig ein „öffentliches Unternehmen“ im Sinne der Richtlinie darstellen.

Man kann natürlich dem italienischen Staat nicht das Recht absprechen, die Auffassung zu vertreten, daß es im öffentlichen Interesse liege, wenn die in Frage stehenden Tätigkeiten durch ihn selbst wahrgenommen werden, und daß er daher in dieser Hinsicht auch eine Aufgabe des „öffentlichen Dienstes“ erfülle.

Ich bin jedoch der Meinung, daß die beiden Begriffe „öffentlicher Dienst“ und „öffentliches Unternehmen“ einander nicht ausschließen, so daß die öffentliche Hand einschließlich des Staates selbst in bestimmten Fällen auch als „öffentliches Unternehmen“ qualifiziert werden kann.

Meiner Ansicht nach ist das Kriterium für die Unterscheidung zwischen „öffentlicher Hand“ und „öffentlichem Unternehmen“ nicht im Begriff des öffentlichen Dienstes zu suchen, sondern im industriellen und kommerziellen Charakter der Tätigkeit der öffentlichen Organisationen.

Die italienische Lehre hat im übrigen in bezug auf diese Art der Tätigkeit den Ausdruck „imprese-organo“, d. h. „Unternehmen-Organ“¹, geprägt.

Im Rahmen der Rechtssache 78/82² hat die italienische Regierung sich zugunsten der AAMS auf Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag berufen, um eine von der Kommission beanstandete Maßnahme zu rechtfertigen. Diese Vorschrift setzt aber das Vorhandensein eines Unternehmens voraus und man kann meines Erachtens kaum die Auffassung vertreten, daß ein Organ, das ein Un-

ternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 darstellt, im Rahmen der Richtlinie 80/723, die auf Artikel 90 Absatz 3 gestützt ist und dessen Anwendung erleichtern soll, nicht mehr als solches angesehen werden dürfe.

Die Möglichkeit, innerhalb der Tätigkeit des Staates zwischen hoheitlicher Tätigkeit und unternehmerischer Tätigkeit zu unterscheiden, ist im übrigen durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigt worden.

So hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 11. Juli 1985³ festgestellt, daß *nur ein Teil der postalischen Tätigkeiten*, die von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts ausgeübt werden, als Tätigkeiten der öffentlichen Gewalt im engen Sinne angesehen werden können.

Darüber hinaus fallen nach ständiger Rechtsprechung⁴ *nur die „Stellen ... die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und mit Verantwortlichkeiten für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates verbunden sind“*, unter die Ausnahmeregelung des Artikels 48 Absatz 4 EWG-Vertrag auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Der Gerichtshof hat davon ausdrücklich die Stellen ausnehmen wollen, die zwar dem Staat oder anderen öffentlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, aber mit wirtschaftlichen und sozialen Aufgaben, die die Träger öffentlicher Gewalt in den einzelnen Mitgliedstaaten wahrnehmen, oder mit anderen Tätigkeiten in Verbindung stehen, die nicht den typischen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden können (siehe insbesondere die Randnrn. 10 und 11

3 — Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 107/84, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1985, 2655, 2663, insbesondere Randnrn. 14 und 15.

4 — Siehe insbesondere Urteile vom 17. Dezember 1980 und vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 149/79, Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, und Slg. 1982, 1845; Urteil vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 307/84, Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 1725, 1734; Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg. 1986, 2121, 2139.

1 — Siehe u. a. B. Sibilio Patri, *Motivazioni e forme di intervento dello Stato nell'economia delle aziende*, Padua, CEDAM 1983, S. 61.

2 — Kommission/Italien, Urteil vom 7. Juni 1983, Slg. 1983, 1955.

des Urteils vom 17. Dezember 1980, Slg. 1980, 3900).

Die Anwendbarkeit der einen oder der anderen Vorschrift steht also nicht fest, wenn man es mit einer öffentlichen Verwaltung oder einer öffentlichen Einrichtung zu tun hat: Was zählt, sind die Tätigkeiten, die die eine oder die andere ausübt.

In den wenigen Urteilen, in denen der Gerichtshof den „Unternehmenscharakter“ einer Einrichtung des öffentlichen Rechts zu beurteilen hatte, hatte er auch eine Unterscheidung nach der Art dieser Tätigkeiten vorzunehmen.

In seinem Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (Sacchi, Slg. 1974, 409) hat er ausdrücklich das Vorbringen der italienischen Regierung und der Bundesregierung zurückgewiesen, die Fernsehanstalten seien keine „Unternehmen“ im Sinne der Vertragsvorschriften, und entschieden, daß, selbst wenn ein Mitgliedstaat aus nicht wirtschaftlichen Gründen des öffentlichen Interesses das ausschließliche Recht zur Verbreitung von Rundfunk- und Fernsehsendungen einer oder mehreren Anstalten verliehen hat, diese Anstalten bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, soweit diese „Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt, unter die in Artikel 90 genannten Bestimmungen über öffentliche Unternehmen und solche Unternehmen, denen die Staaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren“, fallen (Randnr. 14).

Außerdem hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 18. Juni 1975 in der Rechtssache 94/74 (IGAV/ENCC, Slg. 1975, 699) ausgeführt: „Die Tätigkeit einer — sei es auch autonomen — öffentlich-rechtlichen Körperschaft fällt unter die vorgenannten Vorschriften [über Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch staatlichen Eingriff] und nicht unter Artikel 85 und 86, jedenfalls soweit diese Körperschaft im öffentlichen Interesse und *nicht zu Erwerbszwecken* tätig wird“

(Randnr. 35). Man kann daraus mit gutem Grund folgern, daß die kommerzielle Tätigkeit einer öffentlichen Einrichtung, sei sie autonom oder nicht, unter die in Artikel 90 speziell genannten Artikel 85 und 86 fällt.

Schließlich hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 20. März 1985 in der Rechtssache 41/83 (Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, 880) das Vorbringen der italienischen Regierung, „die rechtsetzende Tätigkeit einer öffentlichen Stelle stelle keine Unternehmenstätigkeit im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag dar“, ausdrücklich mit der Begründung zurückgewiesen, daß die „Schemes [Regelungen, die British Telecom in jenem Fall aufgrund der ihr durch Gesetz eingeräumten Rechtsetzungsbefugnis erlassen hatte] einen wesentlichen *Bestandteil der Unternehmenstätigkeit* von BT“ darstellten (Randnr. 20). Der Gerichtshof hat damit bestätigt, daß die Tätigkeit einer Gesellschaft des öffentlichen Rechts (die er als „Staatsbetrieb“ bezeichnet hat — siehe Randnr. 2), soweit es sich um eine unternehmerische Tätigkeit handelt, unter die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften fällt.

Lassen Sie mich nun auf die Richtlinie 80/723 zurückkommen. In seinem genannten Urteil in den verbundenen Rechtssachen 188 bis 190/80 hat der Gerichtshof die Gültigkeit dieser Richtlinie bestätigt.

Diese soll es nach ihrer sechsten Begründungserwägung „ermöglichen, eindeutig zwischen dem Tätigwerden des Staates als öffentliche Hand und dem als Eigentümer zu unterscheiden“.

Ich sehe daher nicht, aufgrund welcher Überlegung man zu der Schlußfolgerung gelangen könnte, daß sich „aufgrund der Richtlinie bei der öffentlichen Hand nicht zwischen hoheitlicher Tätigkeit und unternehmerischer Tätigkeit unterscheiden läßt“ (Klagebeantwortung, Seite 8, erster Absatz).

Ganz im Gegenteil geht die Richtlinie meiner Ansicht nach gerade von der Feststel-

lung aus, daß eine solche „Persönlichkeitspaltung“ der Staaten häufig vorkommt.

Die Gründe, die die Kommission zu der Ansicht veranlaßt haben, es sei notwendig, zwischen der Rolle des Staates als öffentliche Hand und seiner Rolle als Eigentümer zu unterscheiden, gelten meiner Meinung nach um so mehr, wenn der Staat nicht nur Eigentümer ist, sondern wenn er darüber hinaus die fragliche Tätigkeit unmittelbar ausübt.

Artikel 2 der Richtlinie bestimmt im übrigen, daß öffentliches Unternehmen „jedes Unternehmen [ist], auf das die öffentliche Hand aufgrund ... *Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann*“. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Bestimmungen, die die Tätigkeit der AAMS regeln, nämlich ihrer Eingliederung in die Staatsverwaltung, die Ausübung eines nicht nur beherrschenden, sondern unmittelbaren und ausschließlichen Einflusses möglich.

Die Schlußfolgerung erscheint mir daher nicht übertrieben, daß „die unmittelbar vom Staat verwalteten Unternehmen-Organen“ (Antwort auf das förmliche Aufforderungsschreiben, S. 4), verglichen mit den Vermutungen in Artikel 2 Absatz 2, die am weitesten entwickelte Form der in der Richtlinie angesprochenen öffentlichen Unternehmen darstellen.

2. Muß ein öffentliches Unternehmen notwendigerweise eine von der des Staates getrennte Rechtspersönlichkeit besitzen?

Nach Auffassung der italienischen Regierung „müssen, damit die öffentliche Hand ihren Einfluß auf ein öffentliches Unternehmen ausüben kann, diese beiden rechtlich voneinander getrennt sein“.

Mir scheint aber, daß dieser Einfluß noch wirksamer ausgeübt werden kann, wenn der

Staat als öffentliche Hand und der Staat als Unternehmer nur ein einziges rechtliches Gebilde darstellen. (Man kann sich im übrigen fragen, ob dem einen oder anderen öffentlichen Organ gerade deshalb keine Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird.)

In einem solchen Fall ist es noch unerlässlicher, daß die Transparenz hergestellt wird.

Der ganze Zweck der Richtlinie besteht nämlich darin, „eine angemessene und wirkungsvolle Anwendung der Beihilfavorschriften des Vertrages auf öffentliche und private Unternehmen“ zu gewährleisten (fünfte Begründungserwägung).

Im übrigen ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, daß im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags eine wirtschaftliche oder funktionelle und keine nur rechtliche Betrachtungsweise bei der Definition des Begriffs „Unternehmen“ ausschlaggebend sein muß.

Zwar hat der Gerichtshof im Rahmen des EGKS-Vertrags anfänglich den Begriff „Unternehmen“ in bezug auf den der Rechtspersönlichkeit definiert⁵, und diese Definition wird herkömmlicherweise von der Lehre zitiert⁶. Der Gerichtshof hat aber seine Auffassung nach und nach nuanciert und relativiert⁷.

5 — Urteil vom 22. März 1961 in den verbundenen Rechtssachen 42 und 49/59, SNUPAT/Hohe Behörde, Slg. 1961, 111 (insb. 164 und 165); Urteil vom 13. Juli 1962 in den verbundenen Rechtssachen 17 und 20/61, Klöckner und Hoesch/Hohe Behörde, Slg. 1962, 655 (insb. 687); Urteil vom 13. Juli 1962 in der Rechtssache 19/61, Mannesmann/Hohe Behörde, Slg. 1962, 719 (insb. 750 und 751).

6 — Siehe H. Schröder in Groeben, Boeckh, Thiesing, Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3. Auflage, S. 885; R. Franceschelli, R. Plaisant, J. Lasser, *Droit européen de la concurrence*, 1978, S. 219; J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit européen des affaires*, 1984, S. 231; J. A. Van Damme, *La politique de la concurrence dans la CEE*, 1979, S. 113 ff.

7 — Urteil vom 16. Dezember 1963 in der Rechtssache 36/62, Société des Acieries du Temple/Hohe Behörde, Slg. 1963, 621; Urteil vom 16. Juni 1966 in der Rechtssache 50/65, Acciaierie e Ferriere di Solbiate/Hohe Behörde, Slg. 1966, 510.

Im Rahmen des EWG-Vertrags hat der Gerichtshof erst vor ganz kurzer Zeit Veranlassung gehabt, den Unternehmensbegriff zu definieren, nämlich in seinem Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/83 (Hydrotherm/Compact, Slg. 1984, 2999), in der er entschieden hat: „Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist unter den Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen, Personen gebildet wird“ (Randnr. 11).

Ich stelle fest, daß der Gerichtshof damit, was die Definition des Unternehmensbegriffs angeht, nur die Schlußfolgerung aus seiner früheren Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht gezogen hat. So hatte er insbesondere⁸ in seinem Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71 (Béguelin Import/G. L. Import Export, Slg. 1971, 949) entschieden: „Ein Alleinvertriebsvertrag fällt nicht schon deshalb unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 Absatz 1, weil die Konzession von einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft übertragen wird, die zwar eigene *Rechtspersönlichkeit*, jedoch keine *wirtschaftliche Selbständigkeit* besitzt“ (Leitsatz 1).

Ebenso hatte er in seinem Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI/Kommission, Slg. 1972, 619) das Vorbringen der Klägerin, eventuelle Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 könnten nur ihren Tochtergesellschaften zugerechnet werden, mit der Begründung zurückgewiesen, daß „der Umstand, daß die Tochtergesellschaft eigene *Rechtspersönlichkeit* besitzt, indessen noch nicht auszuschließen [vermag], daß ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann“, was dann gilt, wenn „die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem

Markt nicht *wirklich autonom* bestimmen“ kann (Randnrn. 132 und 134).

Zwar war diese Rechtsprechung im wesentlichen auf die Überlegung gestützt, daß ein Wettbewerb zwischen wirtschaftlich voneinander abhängigen Unternehmen unmöglich ist, und sie hat, statt eine Definition des Begriffs „Unternehmen“ zu geben, den Grundsatz aufgestellt, daß die Handlungen der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen sind; doch ergibt sich aus ihr auch unzweifelhaft, daß im Wettbewerbsrecht die Rechtspersönlichkeit das ausschlaggebende Merkmal für die Anwendung der Artikel 85 bis 90 EWG-Vertrag auf Unternehmen ist. Im Urteil in der Rechtssache 170/83 wird dies dadurch bestätigt, daß das Unternehmen einer wirtschaftlichen Einheit gleichgestellt wird, selbst wenn diese aus mehreren juristischen Personen gebildet wird.

Da Artikel 90 mit den Artikeln 85 und 86 zu demselben Abschnitt I des Kapitels 1 des Titels I des Dritten Teils des Vertrags gehört, der die Überschrift „Vorschriften für Unternehmen“ trägt, und nach dieser Vorschrift vorbehaltlich der Regelungen seines Absatzes 2 alle auf private Unternehmen anwendbaren Vorschriften des EWG-Vertrages gelten (Urteil in den verbundenen Rechtssachen 188-190/80, a. a. O., Randnr. 12), kann daraus der logische Schluß gezogen werden, daß der Unternehmensbegriff derselbe ist, unabhängig davon, ob es sich um private oder öffentliche Unternehmen handelt⁹.

Wir haben festgestellt, daß der Gerichtshof in den unter 1 zitierten Urteilen, die sich auf Artikel 90 beziehen, in der Tat dieselbe wirtschaftliche und funktionale Betrachtungsweise gewählt hat, selbst wenn die

⁸ — Für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung siehe Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der genannten Rechtssache 170/83, Slg. 1984, 3024 f.

⁹ — Gleiß und Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Auflage 1978, S. 396; R. Franceschelli, R. Plaisant, J. Lasser, a. a. O., S. 219; A. Deringer, The competition law of the EEC, 1968, S. 228; ders. in FIDE, 8. Kongreß (Kopenhagen), 1978, S. 22.

Frage der Rechtspersönlichkeit in diesen Rechtssachen nicht unmittelbar zur Debatte stand.

3. Können finanzielle Beziehungen nur zwischen verschiedenen Rechtssubjekten bestehen?

Die italienische Regierung trägt schließlich vor, schon aus der Art der finanziellen Beziehungen, deren Transparenz gewährleistet werden müsse (Artikel 3 der Richtlinie), ergebe sich, daß diese Beziehungen zwischen voneinander getrennten Rechtssubjekten bestünden und bestehen müßten, daß finanzielle Beziehungen also nicht innerhalb desselben Rechtssubjekts bestehen könnten. Dazu möchte ich folgende Bemerkungen machen.

Es ist unbestreitbar, daß man nur von „finanziellen Beziehungen“ sprechen kann, wenn sich eine hinreichend klare Unterscheidung zwischen der Quelle der Finanzmittel und ihrem Empfänger treffen läßt.

In der vorliegenden Rechtssache ist dies meiner Ansicht nach der Fall. Selbst wenn das Vorhandensein eines selbständigen Haushalts nicht notwendigerweise als eine unerläßliche Voraussetzung dafür anzusehen ist, daß „finanzielle Beziehungen“ bestehen, so ist doch sicher, daß man es im vorliegenden Fall tatsächlich mit einer „autonomen Verwaltung“ zu tun hat, die über einen getrennten und gesonderten Haushalt verfügt.

Wie wir der Klagebeantwortung entnehmen können und wie sich aus Artikel 9 des in das Gesetz Nr. 3474 vom 6. Dezember 1928 umgewandelten Decreto-legge Nr. 2258 vom 8. Dezember 1927 ergibt, durch den die AAMS geschaffen worden ist, wird der Haushaltsvoranschlag der Einnahmen und Ausgaben der AAMS dem Parlament als Anhang zum Voranschlag der Ausgaben des Finanzministeriums zur Genehmigung vorgelegt und wird der Rechnungsabschluß

dem allgemeinen Rechenschaftsbericht des Staates als Anhang beigelegt.

Dem werden noch ein Rechnungsabschluß („conto consuntivo“) und eine Gewinn- und Verlustrechnung („conto economico“) für jede der „aziende“ (Tabak, Salz, Chinin) und eine Gesamtrechnung („riassunto“) für die ganze Verwaltung hinzugefügt.

Die Einnahmen industrieller und kommerzieller Art der AAMS werden in den Haushaltsplan der autonomen Verwaltung eingesetzt (Artikel 4). Nur die Steuereinnahmen werden unmittelbar in den Haushaltsplan des Staates eingesetzt.

Schließlich sieht der Haushaltsplan der autonomen Verwaltung vor allem auch eine Reihe von Überweisungen zwischen dieser Verwaltung und der Staatskasse vor¹⁰.

So betrifft der Haushaltsposten Nr. 169 die „Zahlungen der Staatskasse zur Tilgung der von der Hinterlegungs- und Darlehenskasse zur Deckung der Betriebsverluste gewährten Vorschüsse“.

Dieser Posten könnte unter Umständen einem der in Artikel 3 der Richtlinie 80/723 genannten Fälle von „finanziellen Beziehungen“ entsprechen, nämlich dem „Ausgleich von Betriebsverlusten“.

Es gibt dann einen Posten Nr. 510 mit der Bezeichnung „Zahlungen der Staatskasse für die Errichtung der neuen Tabakfabrik in Lucca“, in bezug auf den man sich fragen könnte, ob es sich nicht um eine „Kapitalanlage“ oder einen „nicht rückzahlbaren Zuschuß“ handelt.

Auf der Ausgabenseite findet man unter Nr. 128 die „Erstattung der Ausgaben an die Staatskasse, die den Bezügen der bei der AAMS tätigen Bediensteten des allgemeinen

¹⁰ — Siehe z. B. das Gesetz Nr. 42 vom 28. Februar 1986 über den Haushaltsplan des Staates für das Haushaltsjahr 1986, Gazzetta Ufficiale vom 28. Februar 1986, S. 322 ff.

staatlichen Rechnungswesens entsprechen“, unter Nr. 129 „die Erstattung des auf die AAMS entfallenden Anteils bei der Finanzierung der ‚Guardia di Finanza‘ an die Staatskasse“ und unter Nr. 137 „Steuern und Abgaben usw., die auf im Eigentum der AAMS stehende Immobilien zu zahlen sind“.

Meiner Ansicht nach kann man daher mit gutem Recht zu der Schlußfolgerung gelangen, das sehr wohl „finanzielle Beziehungen“ zwischen der autonomen Verwaltung zum einen und dem italienischen Staat als solchem (durch die Staatskasse) zum anderen bestehen. Die Richtlinie 80/723 muß daher auf diese Beziehungen Anwendung finden, da wir im übrigen festgestellt haben, daß die AAMS als ein „öffentliches Unternehmen“ angesehen werden kann.

Es bleibt noch ein letzter Einwand der italienischen Regierung zu prüfen.

Diese macht nämlich außerdem geltend, aus Anhang I der Richtlinie 80/767/EWG des Rates vom 22. Juli 1980 zur Anpassung und Ergänzung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge hinsichtlich bestimmter öffentlicher Auftraggeber (Abl. L 215, S. 1) ergebe sich, daß das Tabakmonopol zu den Organen des italienischen Finanzministeriums gehöre (S. 4 der Klagebeantwortung).

Der genannte Anhang I enthält ein Verzeichnis der „Beschaffungsstellen“ oder „öffentlichen Auftraggeber“, die bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge die Vorschriften der Richtlinie und insbesondere des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beachten müssen.

In diesem Verzeichnis ist das italienische Finanzministerium aufgeführt; in einer Fußnote heißt es in bezug auf dieses Ministerium: „von der Monopolstelle für Tabak und Salz vergebene Aufträge nicht inbegriffen“.

Meines Erachtens kann man aus diesem Anhang I zwei Schlußfolgerungen ziehen.

Die erste besteht darin, daß die AAMS dem Finanzministerium untersteht, worauf die italienische Regierung zu Recht hinweist. Wir wissen aber außerdem, daß die AAMS, wie ihr Name andeutet, über ein großes Maß an Autonomie und über einen von dem des Ministeriums getrennten Haushaltsplan verfügt.

Zweitens kann man aus dieser Darstellung den Schluß ziehen, daß die von der AAMS vergebenen Aufträge nicht von der gleichen Art sind wie die vom Finanzministerium selbst vergebenen, sonst wären sie nicht ausgeschlossen. Dies kann beweisen, daß die AAMS Tätigkeiten ausübt, die sich ihrer Art nach von den herkömmlichen Tätigkeiten der Ministerien unterscheiden. Mit Rücksicht auf all das, was wir über die Satzung und die Tätigkeiten der AAMS wissen, können wir zu Recht den Schluß ziehen, daß die Aufträge, die sie vergibt, von der gleichen Art sind wie die von einem privaten Industrie- oder Handelsunternehmen vergebenen Aufträge.

4. Folgen der These von der Nichtanwendbarkeit der Richtlinie

Schließlich läßt sich bei dieser Diskussion dadurch eine sachdienliche Klarstellung herbeiführen, daß man prüft, welche Auswirkungen ein Urteil des Gerichtshofes hätte, durch das festgestellt würde, daß eine Einrichtung wie die AAMS nicht unter die Richtlinie 80/723 fällt.

a) Würde der Gerichtshof entscheiden, daß eine Organisation, die auf dem Markt Güter oder Dienstleistungen anbietet, *niemals* als ein Unternehmen angesehen werden könnte, wenn es selbst keine Rechtspersönlichkeit besitzt, so würde er zunächst die wirtschaftliche oder funktionale Auslegung aufgeben, die er dem Unternehmensbegriff im EWG-Vertrag gegeben hat.

Er würde zweitens die einheitliche Anwendung der Richtlinie 80/723 in allen Mitgliedstaaten in Frage stellen.

Bei einer vergleichenden Untersuchung der in den einzelnen Mitgliedstaaten tatsächlich bestehenden Situation ergibt sich nämlich, daß die Rechtsformen, in denen die öffentliche Hand — Staat oder Gebietskörperschaften — wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, sehr vielfältig sind: Sie unterscheiden sich von einem Mitgliedstaat zum anderen wie auch innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten und ändern sich zudem im Laufe der Zeit mit dem nationalen Recht und der nationalen Politik. Die Wahl der einen oder anderen Form richtet sich nicht notwendigerweise nach objektiven Kriterien, sondern folgt häufig Überlegungen, die politischer oder historischer Art sind, ja sogar solchen, bei denen es um reine Zweckmäßigkeit oder um Verwaltungsvereinfachungen geht.

Würde man das Kriterium der getrennten Rechtspersönlichkeit zu einem Kriterium für die Definition des öffentlichen Unternehmens machen, so würde man die AAMS vom Anwendungsbereich der Richtlinie 80/723 ausnehmen, der „Service d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes“ (SEITA), der in Frankreich eine ähnliche Aufgabe wahrnimmt, würde aber weiter unter die Richtlinie fallen.

Für die dänischen Eisenbahnen, die doch eine Generaldirektion eines Ministeriums bilden, würde die Richtlinie gelten, während die „Deutsche Bundesbahn“, die die Form eines „Sondervermögens“ hat und mit einer gewissen Verwaltungsautonomie ausgestattet ist, ohne Rechtspersönlichkeit zu besitzen, nicht betroffen wäre¹¹.

11 — Die Richtlinie 85/413 vom 24. Juli 1985 zur Änderung der Richtlinie 80/723 (ABl. L 229, S. 20) hat den Anwendungsbereich der letztgenannten Richtlinie u. a. auf die Gebiete Beförderung, Post und Fernmeldewesen sowie Wasser und Energie erweitert.

Aus demselben Grund würde die Richtlinie für die „Deutsche Bundespost“ nicht gelten, während die „Régie des Postes“ und die „Régie des télégraphes et des téléphones“ in Belgien, die die Form von mit eigener Rechtspersönlichkeit versehenen, aber unter der Aufsicht des betreffenden Ministers stehenden Staatsbetrieben haben, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen würden. In diesem Zusammenhang ist es im übrigen interessant, festzustellen, daß die belgische Postverwaltung bis zum Beginn der siebziger Jahre als ein Staatsunternehmen angesehen wurde und dabei, obwohl sie genau die gleichen Tätigkeiten ausübte und ebenfalls unter der Aufsicht des betreffenden Ministers stand, keine eigene Rechtspersönlichkeit besaß.

Außerdem ist die Feststellung aufschlußreich, daß die Versorgung mit Gas und Elektrizität in Belgien auf kommunaler Ebene manchmal durch kommunale Eigenbetriebe erfolgt, die aufgrund des Gemeindeverfassungsgesetzes geschaffen worden sind und die außerhalb der allgemeinen Dienste der Gemeinde geführt werden, ohne daß sie deshalb über eine getrennte Rechtspersönlichkeit verfügen. Auf interkommunaler Ebene werden die gleichen Dienstleistungen von öffentlich-rechtlichen Verbänden angeboten, die ihrerseits Rechtspersönlichkeit besitzen.

In Italien scheinen sogar innerhalb der Kategorie der „Amministrazioni autonome“ des Staates Unterschiede zu bestehen: Einige sind mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet, während sie anderen wie der AAMS fehlt. Ein Autor¹² deutet im übrigen an, daß die AAMS in einen „Ente pubblico di gestione“ umgewandelt werden könnte; diese Kategorie verfügt über Rechtspersönlichkeit.

Diese Beispiele unterstreichen nachdrücklich, daß in der Gemeinschaft der Begriff

12 — Ruju, unter dem Stichwort Monopolio fiscale, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1976, S. 853.

des öffentlichen Unternehmens, der notwendigerweise eine einheitliche Bedeutung haben muß, nicht unter Bezugnahme auf die voneinander abweichenden Rechtsbegriffe der nationalen Rechtsordnungen definiert werden kann. Für die Erfordernisse der Definition des Unternehmensbegriffs im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft und des Begriffs des öffentlichen Unternehmens im Sinne der Richtlinie 80/723 muß daher die Funktion Vorrang vor der Form haben.

b) Würden Sie entscheiden, daß die Richtlinie 80/723 *in ihrer gegenwärtigen Fassung* nicht für Staatsorgane gilt, die keine Rechtspersönlichkeit besitzen, und daß die AAMS daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, so sähe sich die Kommission wahrscheinlich veranlaßt, die Richtlinie zu ergänzen.

Diese Ergänzung würde zweifellos in einer Formulierung der folgenden Art bestehen:

„Als öffentliche Unternehmen im Sinne der vorliegenden Richtlinie sind die Staatsorgane anzusehen, die auf dem Markt Güter und Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten, selbst wenn diese Organe keine von der des Staates getrennte Rechtspersönlichkeit besitzen.“

Wie wir gesehen haben, macht die italienische Regierung aber geltend, daß, damit die öffentliche Hand ihren Einfluß auf ein öffentliches Unternehmen ausüben könne, die beiden Subjekte rechtlich getrennt sein müßten und daß sich aus der Art der finanziellen Beziehungen selbst, deren Transparenz gewährleistet werden müsse, ergebe, daß diese Beziehungen zwischen voneinander getrennten Rechtssubjekten bestünden und bestehen müßten.

Die italienische Regierung sähe sich wahrscheinlich veranlaßt, gegenüber der neuen Fassung der Richtlinie die gleichen Einwände wie gegenüber der alten Fassung zu

erheben, und man wäre wieder am Ausgangspunkt angelangt.

c) Angesichts einer solchen Situation könnte sich mancher fragen, ob es wirklich erforderlich ist, daß die Richtlinie für die Unternehmen-Organe gilt. Kann die Kommission nicht bereits aufgrund der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag die von den Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen kontrollieren?

Dieser Einwand ist bereits im Rahmen der verbundenen Rechtssachen 188-190/80 erhoben worden, in denen vorgetragen worden ist, „Artikel 93 Absatz 1 ermächtigt die Kommission auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen zu einer ständigen Prüfung der Beihilferegulierung in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten. Diese Zusammenarbeit erlaube der Kommission in Verbindung mit Artikel 5 die Anforderung von Informationen, um festzustellen, ob eine nicht geteilte Beihilfe gewährt worden sei: Wenn diese Informationen erteilt würden, prüfe die Kommission die entsprechende Maßnahme; im anderen Falle könne sie das Verfahren nach Artikel 169 eröffnen“ (Slg. 1982, 2569).

In seinem (bereits zitierten) Urteil vom 6. Juli 1982 hat der Gerichtshof jedoch diese Auffassung zurückgewiesen und unter anderem ausgeführt:

„In Anbetracht der unterschiedlichen Formen der öffentlichen Unternehmen in den verschiedenen Mitgliedstaaten und der Verästelungen ihrer Tätigkeiten ist es unvermeidlich, daß auch ihre finanziellen Beziehungen zu der öffentlichen Hand sehr verschiedenartig, häufig vielschichtig und daher, auch bei der Benutzung der veröffentlichten Informationsquellen, auf die die klägerischen Regierungen verwiesen haben, schwer zu überprüfen sind. Unter diesen Umständen kann der Kommission nicht das Bedürfnis abgesprochen werden, zu versu-

chen, durch die Aufstellung einheitlicher Kriterien für alle Mitgliedstaaten und für alle fraglichen Unternehmen zusätzliche Informationen über diese Beziehungen zu erlangen“ (Randnr. 18).

Aus den angegebenen Gründen bin ich der Meinung, daß der Ausdruck „alle fraglichen Unternehmen“ auch die öffentlichen Unternehmen umfaßt, die Staatsorgane darstellen und die keine Rechtspersönlichkeit besitzen.

Schlußfolgerung

Ich schlage Ihnen daher vor, der Klage der Kommission stattzugeben, und

- festzustellen, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 80/723 der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen verstoßen hat, indem sie es abgelehnt hat, die von der Kommission verlangten Informationen über die Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato zu übermitteln;
- der Italienischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.