



DISSERTATION

Titel der Dissertation

Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem
Interesse und europäisches Beihilfenrecht

Verfasser

Mag. Sergio Materazzi, LL.M.

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Erstbetreuer: o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

Zweitbetreuer o. Univ. Prof. Dr. Bernhard Raschauer

Inhaltsübersicht

1	Einleitung	1
2	Wirtschaftliche Natur der Dienstleistung als Anwendungsvoraussetzung der Beihilfevorschriften	20
3	Ausgleichsleistungen und das Vorliegen einer Begünstigung im Sinne von Art 87 Abs 1	31
3.1	<i>Allgemeines</i>	<i>31</i>
3.2	<i>Tatbestandsvoraussetzung der Begünstigung</i>	<i>31</i>
3.3	<i>Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten und Art 87 Abs 1 – Entwicklung der Rechtsprechung bis Altmark</i>	<i>35</i>
3.4	<i>Altmark – das Leiturteil vom 24.7.2003</i>	<i>40</i>
3.5	<i>Rechtsprechung post Altmark</i>	<i>54</i>
3.6	<i>Einzelne Altmark-Voraussetzungen</i>	<i>64</i>
4	Ausgleichsbeihilfen und Art 86 Abs 2	102
4.1	<i>Allgemeines</i>	<i>102</i>
4.2	<i>Entscheidung und Gemeinschaftsrahmen der Kommission über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen</i>	<i>103</i>
4.3	<i>Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</i>	<i>110</i>
4.4	<i>Betrachtung</i>	<i>134</i>
4.5	<i>Verhältnismäßigkeit – Art 86 Abs 2 S 1</i>	<i>146</i>
4.6	<i>Artikel 86 Abs 2 Satz 2</i>	<i>197</i>
5	Conclusio	208
	Literaturverzeichnis	I
	Anhang	XI

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung 1

- 1.1 Hintergrund – Entwicklung und Wandel der Daseinsvorsorge 1*
- 1.2 Gegenstand, Gang und Abgrenzung der Untersuchung 3*
- 1.3 Begriffsklärung und primärrechtliche Grundlagen der Untersuchung 8*
 - 1.3.1 Begriffe: von der Daseinsvorsorge zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 8
 - 1.3.2 Art 87ff – Normzweck und Grundriss 12
 - 1.3.3 Art 86 Abs 2 – Normzweck und Grundriss 14
 - 1.3.4 Art 16 16
 - 1.3.5 Kompetenzverteilung in der Daseinsvorsorge 18

2 Wirtschaftliche Natur der Dienstleistung als Anwendungsvoraussetzung der Beihilfevorschriften 20

- 2.1 Allgemeines 20*
- 2.2 Kategorien nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten 20*
 - 2.2.1 Hoheitliches Handeln 21
 - 2.2.1.1 Rechtsprechung 21
 - 2.2.1.2 Standpunkt der Kommission 22
 - 2.2.1.3 Fazit 23
 - 2.2.2 Systeme der sozialen Sicherheit 24
 - 2.2.2.1 Rechtsprechung 24
 - 2.2.2.2 Standpunkt der Kommission 25
 - 2.2.2.3 Fazit 25
 - 2.2.3 Andere nichtwirtschaftliche Tätigkeiten 26
- 2.3 Systematisierungsansätze 27*
 - 2.3.1 Allgemeines 27
 - 2.3.2 Analyse der Rechtsprechung durch Generalanwalt *Maduro* 27
 - 2.3.3 Bewegliches System nach *Raptis* 28
- 2.4 Fazit 29*

3 Ausgleichsleistungen und das Vorliegen einer Begünstigung im Sinne von Art 87 Abs 1 31

- 3.1 Allgemeines 31*
- 3.2 Tatbestandsvoraussetzung der Begünstigung 31*
 - 3.2.1 Empfang einer Leistung ohne marktgerechte Gegenleistung 31
 - 3.2.2 Ermittlung der Angemessenheit der Gegenleistung 32
 - 3.2.2.1 Privatinvestortest 32
 - 3.2.2.2 Begünstigungsausschließende Wirkung eines objektiven Vergabeverfahrens 34
- 3.3 Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten und Art 87 Abs 1 – Entwicklung der Rechtsprechung bis Altmark 35*
 - 3.3.1 ADBHU – Ausgangspunkt des Ausgleichsansatzes 35
 - 3.3.2 FFSA und SIC – das EuG favorisiert den Beihilfenansatz 35
 - 3.3.3 *Ferring* – der EuGH beschließt die Rückkehr zum Ausgleichsansatz 37
 - 3.3.4 Standpunkt der Kommission bis *Altmark* 38

3.4	<i>Altmark – das Leiturteil vom 24.7.2003</i>	40
3.4.1	Vorangegangene Auseinandersetzung zwischen den Generalanwälten	40
3.4.2	Literatur	43
3.4.2.1	Ausgleichsansatz	43
3.4.2.2	Beihilfenansatz	44
3.4.3	Urteil des EuGH	45
3.4.4	Reaktionen in der Literatur	46
3.4.5	Fazit	50
3.5	<i>Rechtsprechung post Altmark</i>	54
3.5.1	EuGH	54
3.5.1.1	<i>GEMO</i>	54
3.5.1.2	<i>Enirisorse</i>	54
3.5.1.3	<i>Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti</i>	55
3.5.1.4	<i>Laboratoires Boiron</i>	56
3.5.2	EuG	56
3.5.2.1	<i>BUPA</i>	56
3.5.2.2	<i>SIC II</i>	59
3.5.2.3	<i>TV 2</i>	60
3.5.2.4	<i>TF I</i>	62
3.5.3	Fazit	63
3.6	<i>Einzelne Altmark-Voraussetzungen</i>	64
3.6.1	Allgemeines	64
3.6.2	Erste Voraussetzung: Definition	64
3.6.3	Zweite Voraussetzung: vorherig aufgestellte Berechnungsparameter	65
3.6.3.1.1	Literatur	65
3.6.3.1.2	Standpunkt der Kommission	66
3.6.3.1.3	Rechtsprechung	67
3.6.3.1.4	Fazit	69
3.6.4	Dritte Voraussetzung: keine Überkompensation	70
3.6.5	Vierte Voraussetzung: Ermittlung der zulässigen Ausgleichshöhe	71
3.6.5.1	Erste Alternative: Vergabeverfahren „zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“	71
3.6.5.1.1	Allgemeines	71
3.6.5.1.1.1	Vorfrage: Kann die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Beihilfe begründen?	73
3.6.5.1.1.1.1	Vorgaben der Rechtsprechung zur Anwendung des Beihilfenrechts auf Vergabeverfahren	73
3.6.5.1.1.1.2	Die Diskussion in der Literatur über die Schnittstelle von Beihilfen und Vergaberecht, insbesondere über vergabefremde Kriterien	75
3.6.5.1.1.1.3	Fazit: beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit von Vergabeverfahren als Regelfall	77
3.6.5.1.2	Vergabeverfahren nach <i>Altmark</i>	77
3.6.5.1.2.1	Standpunkt der Kommission	78
3.6.5.1.2.2	Literatur	81
3.6.5.1.2.3	Würdigung	82
3.6.5.1.2.3.1	Kritik am Ansatz der Kommission	82
3.6.5.1.2.3.2	Konvergenz der Vorgaben der Kommission mit beihilfenrechtlichen Grundsätzen	83
3.6.5.1.2.3.3	Geringster Zuschuss oder wirtschaftlich günstigstes Angebot?	85
3.6.5.1.3	Fazit	86
3.6.5.2	Zweite Alternative: Effizienztest	87
3.6.5.2.1	Allgemeines	87
3.6.5.2.2	Literatur	88
3.6.5.2.3	Standpunkt der Kommission	89
3.6.5.2.4	Rechtsprechung	93
3.6.5.2.5	Fazit: ein Test, zwei Auffassungen	96

- 3.6.5.3 *Altmark* und Beihilfenpolitik der Kommission 98
 - 3.6.5.3.1 Faktische Rückkehr des Beihilfenansatzes 98
 - 3.6.5.3.2 *BUPA* und *TV 2* – torpediert das EuG die Beihilfenpolitik? 100
 - 3.6.5.3.3 Fazit 100

4 Ausgleichsbeihilfen und Art 86 Abs 2 102

4.1 Allgemeines 102

4.2 Entscheidung und Gemeinschaftsrahmen der Kommission über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen 103

- 4.2.1 Allgemeines 103
- 4.2.2 Sachlicher und zeitlicher Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung 104
- 4.2.3 Sachlicher und zeitlicher Geltungsbereich des Gemeinschaftsrahmens 105
- 4.2.4 Abgrenzung der Kommissionsakte von *Altmark* und verbliebener materieller Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2 106
- 4.2.5 Vorherig aufgestellte Kostenparameter: ein Novum für Art 86 Abs 2 109
- 4.2.6 Andere Bestimmungen des Maßnahmenpakets 109

4.3 Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 110

- 4.3.1 Allgemeines 110
- 4.3.2 Dienstleistung 111
- 4.3.3 Wirtschaftliches Interesse an der Dienstleistung oder Dienstleistung wirtschaftlicher Natur? 112
 - 4.3.3.1 Literatur 112
 - 4.3.3.2 Rechtsprechung 113
 - 4.3.3.3 Standpunkt der Kommission 114
 - 4.3.3.4 Fazit 114
- 4.3.4 Allgemeininteresse 114
 - 4.3.4.1 Allgemeines 114
 - 4.3.4.2 Literatur 115
 - 4.3.4.3 Rechtsprechung 116
 - 4.3.4.4 Standpunkt der Kommission 119
 - 4.3.4.5 Gemeinschaftsrechtliche Kriterien der Missbrauchskontrolle 121
 - 4.3.4.5.1 Rechtsprechung 121
 - 4.3.4.5.2 Standpunkt der Kommission 124
 - 4.3.4.6 Kohärenz der Rechtsprechung 125
 - 4.3.4.6.1 Allgemeines 125
 - 4.3.4.6.2 „Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ im Vergaberecht 126
 - 4.3.4.6.3 Allgemeininteresse aus staatsrechtlicher Perspektive 127
 - 4.3.4.6.4 Schlussfolgerungen für Existenz und Inhalt gemeinschaftsrechtlicher Kriterien 129
 - 4.3.4.6.5 Fazit 132

4.4 Betrauung 134

- 4.4.1 Allgemeines 134
- 4.4.2 Form des Betrauungsaktes – Vorliegen eines Hoheitsakts 135
 - 4.4.2.1 Rechtsprechung 135
 - 4.4.2.2 Standpunkt der Kommission 137
- 4.4.3 Obligatorischer Charakter 139
 - 4.4.3.1 Rechtsprechung 139
 - 4.4.3.2 Standpunkt der Kommission 140
- 4.4.4 Betrauungsinhalt 141
 - 4.4.4.1 Rechtsprechung 142
 - 4.4.4.2 Standpunkt der Kommission 143
- 4.4.5 Fazit 144

4.5 Verhältnismäßigkeit – Art 86 Abs 2 S 1 146

- 4.5.1 Allgemeines 146
- 4.5.2 Verhinderung der Aufgabenerfüllung 146
 - 4.5.2.1 Rechtliche und tatsächliche Verhinderung 146
 - 4.5.2.2 Rechtlicher Prüfungsmaßstab: vom Verhinderungs- zum Gefährdungsmaßstab 147

4.5.2.2.1	Erste Phase: keine bloße Erschwerung oder Behinderung	147
4.5.2.2.2	Zweite Phase: Einzug des Gefährdungsmaßstabs	148
4.5.2.3	Aufgabenverhinderung im Beihilfenrecht	149
4.5.2.4	Fazit	151
4.5.3	Erforderlichkeit der Abweichung von den Vertragsvorschriften	152
4.5.3.1	Ausschließliche Rechte	152
4.5.3.2	Beihilfen	154
4.5.3.3	Ausschreibungswettbewerb	155
4.5.3.4	Fazit	156
4.5.4	Berechnung der Ausgleichshöhe	157
4.5.4.1	Allgemeines	157
4.5.4.2	Regelfall der Ausgleichsberechnung: Saldierungsmethode	157
4.5.4.3	„Net Avoided Cost“-Methode als Sonderfall der Saldierungsmethode	159
4.5.4.4	Saldierungsmethode und universelle Ausgleichssysteme	161
4.5.4.5	Fazit	164
4.5.5	Einzelfragen der Ausgleichsberechnung	164
4.5.5.1	Kostenallokation	164
4.5.5.1.1	Wirtschaftswissenschaftliche Kostenkonzepte zur Identifizierung von Quersubventionen	165
4.5.5.1.2	Chronopost und Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission	167
4.5.5.1.2.1	Von <i>SFEI</i> bis <i>Chronopost</i>	167
4.5.5.1.2.2	Kommissionsentscheidung <i>La Banque Postale</i>	170
4.5.5.1.3	Fazit	173
4.5.5.1.3.1	Vollkosten als konsolidierter Beurteilungsmaßstab	173
4.5.5.1.3.2	Anteilige Vollkosten und Überdeckungsverbot in der Daseinsvorsorgefinanzierung	174
4.5.5.1.3.3	Der „angemessene Beitrag“ zu den Gemeinkosten	175
4.5.5.1.3.4	Gemeinschaftsrahmen	177
4.5.5.2	<i>Chronopost</i> und die vierte <i>Altmark</i> -Voraussetzung – ein Widerspruch?	178
4.5.5.2.1	Literatur	178
4.5.5.2.2	Standpunkt der Kommission	179
4.5.5.2.3	Fazit	180
4.5.5.3	Einnahmenseite	182
4.5.5.3.1	Allgemeine Grundsätze der Anrechnung	182
4.5.5.3.2	Strategische Vorteile	183
4.5.5.4	Angemessene Rendite	185
4.5.5.5	Verlustrückgleich mehrerer DAWI	187
4.5.5.6	Vermeidung von Überkompensierung durch Kontroll- und Rückforderungsmaßnahmen	187
4.5.5.7	Dokumentierungspflicht	188
4.5.5.8	Berichte und Folgenabschätzung	189
4.5.6	Erstattungsfähigkeit der tatsächlich angefallenen Mehrkosten und Verhältnismäßigkeit	189
4.5.6.1	Allgemeines	189
4.5.6.2	Effizienz	190
4.5.6.3	Aufgaben- oder Bestandschutz?	191
4.5.6.4	Ausschreibungswettbewerb und DAWI	192
4.5.6.5	Fazit	196
4.6	<i>Artikel 86 Abs 2 Satz 2</i>	197
4.6.1	Allgemeines	197
4.6.2	Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs – globaler oder faktischer Ansatz?	198
4.6.3	Interesse der Gemeinschaft	200
4.6.3.1	Ermessen der Kommission bei der Definition des Gemeinschaftsinteresses	200
4.6.3.2	Literatur	201
4.6.4	Entscheidungspraxis im Beihilfenrecht	203
4.6.4.1	Rechtsprechung	203
4.6.4.2	Standpunkt der Kommission	204
4.6.5	Fazit	205

5 Conclusio 208

Literaturverzeichnis I

Monographien I

Beiträge in Sammelwerken II

Kommentare III

Artikel IV

Anhang XI

Abstract XI

Lebenslauf XIII

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
Anm	Anmerkung
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
Art	Artikel
Art [Zahl] EG	Artikel des EG-Vertrags idgF
BayVBl [Jahr]	Bayerische Verwaltungsblätter
BB [Jahr]	Betriebs-Berater
Bd	Band
BGBI [Jahr]	Bundesgesetzblatt
bzw	beziehungsweise
CMLR [Jahr]	Common Market Law Review
CPN [Nummer/Jahr]	Competition Policy Newsletter
ders	derselbe
dh	das heißt
di	das ist
ds	das sind
DÖV [Jahr]	Die öffentliche Verwaltung
DVBl [Jahr]	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLR [Jahr]	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
ELRev [Jahr]	European Law Review
endg	engültig
ESTAL [Nummer/Jahr]	European State Aid Law Quarterly
etc	und so weiter (et cetera)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Europäischer Gerichtshof)
EuR [Jahr]	Europarecht
EuZW [Jahr]	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS [Jahr]	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt am EuGH
GAin	Generalanwältin am EuGH
hM	herrschende, -r, -n Meinung
Hrsg	Herausgeber(in)
ibid	ibidem, ebenda
idgF	in der gängigen Fassung
idR	in der Regel
iF	im Folgenden
insb	insbesondere
iS	im Sinne

iSd	im Sinne des, - der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JB1 [Jahr]	Juristische Blätter
JuS [Jahr]	Juristische Schulung
JZ [Jahr]	Juristenzeitung
Kom	Europäische Kommission
Kom-E	Entscheidung der Europäischen Kommission
leg cit	des zitierten Gesetzes (legis citatae)
lit	Buchstabe, -n (littera, -ae)
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MLR [Jahr]	Modern Law Review
mN	mit Nachweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW [Jahr]	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NVwZ [Jahr]	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau [Jahr]	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖZW [Jahr]	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Pkt	Punkt, -e
RdE [Jahr]	Recht der Energiewirtschaft
RIW [Jahr]	Recht der internationalen Wirtschaft
RMC [Jahr]	Revue du Marché Commun
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache, -en
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes
st	ständig, -e, er, -en
Tz	Teilziffer
ua	unter anderem; und andere
usw	und so weiter
verb	verbunden, -e
Verf	Verfasser, -s
vgl	vergleiche
VVDStRL [Nummer/Jahr]	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
wbl [Jahr]	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WuW [Jahr]	Wirtschaft und Wettbewerb
Z	Ziffer
ZEuS [Jahr]	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZHR [Jahr]	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP [Jahr]	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert

1 Einleitung

1.1 Hintergrund – Entwicklung und Wandel der Daseinsvorsorge

Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“¹ stellt auf jene staatlich garantierten Versorgungsleistungen ab, die in sämtlichen Mitgliedstaaten unter den jeweils national geläufigen Begriffen etwa der „Daseinsvorsorge“, „service public“ oder „public service“ erbracht werden.

Im Zeitalter der industriellen Revolution wurden die traditionellen Daseinsvorsorgeleistungen Gas, Strom und öffentlicher Eisenbahnverkehr nach dem damals vorherrschenden liberalen Verständnis eines vorwiegend gefahrenabwehrenden Staates noch vorwiegend durch Private erbracht. Der historische Wandel der Rolle des Staates vom „Nachtwächterstaat“ zu einem sozialstaatlich aktiven, alle Lebensbereiche regulierenden „Leistungsstaat“ führte dazu, dass die Erbringung von Versorgungsleistungen in aller Regel nun direkt vom Staat wahrgenommen wurde.² Hierfür bediente sich der Staat öffentlicher Unternehmen, die häufig durch die Einräumung von Ausschließkeitsrechten als Monopolisten unter Ausschaltung des Wettbewerbs operierten und dadurch dem Wirken der Marktkräfte entzogen waren. Die Monopolisierung durch öffentliche Unternehmen betraf insbesondere die Netzwerkindustrien Telekommunikation, Energie, Post und Schienenverkehr.

Die fortschreitende Globalisierung der Wirtschaft in den 90er Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts war unter anderem von zahlreichen Verlagerungen von Produktionsstätten und der intensiven Nutzung von Informationstechnologie geprägt und führte zu einem Anstieg der Arbeitslosenzahlen sowie Steuerausfällen und der Verschlechterung der Finanzlage der sozialen Sicherungssysteme.³ Leere Staatskassen und der wirtschaftspolitische Zeitgeist führten zu weitreichenden Privatisierungen in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in deren Rahmen der Staat vormals von staatseigenen Regiebetrieben erbrachte Leistungen an staatlich kontrollierte eigenständige Rechtsträger ausgliederte (Organisationsprivatisierung), Anteilsrechte an öffentliche Unternehmen

¹ Zu den Begriffen sogleich unten.

² *Holoubek/Segalla*, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung, in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 63; *Pielow*, JuS 2006, 692.

³ *Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001) 573.

veräußerte (Vermögensprivatisierung) bzw – und dies stellt die umfassendste Privatisierungsform dar – sich ehemals staatlich garantierter Aufgaben entledigte und diese dem freien Spiel der Marktkräfte überließ (Aufgabenprivatisierung).⁴ Sofern und soweit der Staat jedoch bestimmte Versorgungsaufgaben weiterhin garantierte, ging mit dem Aufkommen von Wettbewerb in Daseinsvorsorgebereichen und der wachsenden Bedeutung privater Leistungserbringer oft die staatliche „Erfüllungsverantwortung“ in eine „Gewährleistungsverantwortung“ über: An Stelle der direkten Leistungserbringung überwacht und reguliert der Staat die Erbringung der Leistung durch Dritte, ohne selbst die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung abzugeben.⁵

Die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung der Netzwerkindustrien Telekommunikation, Post und Energie sowie Flug- und Schienenverkehr⁶ auf europäischer Ebene hatte sowohl ihren Ursprung in dieser Entwicklung als auch eine selbstverstärkende Wirkung auf diese: Mit der Abschaffung von Ausschließlichkeitsrechten wurde das traditionelle Modell der Daseinsvorsorge eines mit Monopolrechten ausgestatteten Aufgabenerfüllers durch das neue Modell eines mit finanziellen Ausgleichsleistungen verbundenen gemeinwirtschaftlichen Auftrags an einen im Wettbewerb operierenden Aufgabenerfüller ersetzt.⁷ Zur Finanzierung der gemeinwirtschaftlich bedingten Mehrkosten musste nach der Liberalisierung der Entfall von Monopolrenditen durch direkte staatliche Finanzausschüsse oder Fonds, die von allen am Markt tätigen Dienstleistern gespeist werden,⁸ substituiert werden.

Dieser Strukturwandel hat den Schwerpunkt der Anwendung der europäischen Wettbewerbsvorschriften verlagert. Vor der Liberalisierung der großen mitgliedstaatlichen Monopole stand noch die Frage nach der Vereinbarkeit der Ausschließlichkeitsrechte mit den Grundfreiheiten⁹ und dem Kartellrecht¹⁰ im Vordergrund.¹¹ Das Beihilfenrecht spielte

⁴ Griller/Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2006) 324f; für eine ausführliche Untersuchung der Privatisierungsformen siehe Kämmerer, Privatisierung (2001) 16ff.

⁵ Holoubek, VVDStRL 60 (2001) 579; Holoubek/Segalla in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 66; zum Konzept der Gewährleistungsverantwortung siehe Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts (1993) 43f.

⁶ Für eine Übersicht der Sekundärrechtsakte siehe die Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb unter <http://ec.europa.eu/competition/liberalisation/legislation/legislation.html>.

⁷ Nettesheim, EWS 2002, 253.

⁸ Vgl Art 7 Abs 4 der RL 2008/6/EG, ABl 2008 L 52/3, mit welcher der reservierte Bereich für Briefsendungen zur Gänze entfällt und der Markt für Postdienste voll liberalisiert wird.

⁹ Insbesondere die Warenverkehrs- (Art 28) und Dienstleistungsverkehrsfreiheit (Art 49), von vielen Jung in: Callies/Ruffert (Hrsg), Kommentar des EUV und des EGV² (2002), Art 86 Rz 22ff mN aus der Rsp.

hingegen keine Rolle, da im Monopolbereich kein Wettbewerb existierte und infolge dessen der Beihilfentatbestand des Art 87 Abs 1 EG¹², der eine Verfälschung des Wettbewerbs sowie eine Handelsbeeinträchtigung voraussetzt, nicht erfüllt werden konnte.¹³

Mit der weitreichenden Liberalisierung reservierter Märkte und verstärktem Wettbewerb ist das Beihilfenrecht auf nahezu alle Bereiche¹⁴ der Daseinsvorsorge anwendbar geworden und ist in den Fokus der Diskussion um gemeinschaftsrechtliche Aspekte der Daseinsvorsorge gerückt.¹⁵

1.2 Gegenstand, Gang und Abgrenzung der Untersuchung

In der Daseinsvorsorge werden Unternehmen mit der Erbringung von im Allgemeininteresse liegenden Leistungen betraut, die dem marktwirtschaftlichen Prinzip der Profitmaximierung widersprechen und im Regelfall nicht rentabel sind, weshalb die beauftragten Unternehmen im gemeinwirtschaftlichen Geschäftsbereich oft in der Verlustzone arbeiten. Soll mittelfristig der Fortbestand des Unternehmens und damit die Versorgung gewährleistet werden, dann ist ein Ausgleich der Mehrkosten unumgebar. Solche Ausgleichszahlungen (iF Mehrkostenausgleich, Verlustabdeckung, Defizitausgleich etc) können beispielsweise aus staatlichen Direktzahlungen, Fondsausschüttungen, Steuervergünstigungen oder Quersubventionen aus reservierten Bereichen, die (noch) nicht dem Wettbewerb offenstehen, bestehen.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die beihilfenrechtliche Beurteilung solcher Finanzausschüsse, die zur Verlustabdeckung für die Kosten von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gewährt werden.

Zunächst werden im Rahmen der Einleitung die Begriffe der „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ bzw der „Daseinsvorsorge“ geklärt sowie der Leser mit den

¹⁰ Insbesondere das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82) iVm dem Gleichbehandlungsgrundsatz öffentlicher Unternehmen (Art 86 Abs 1), von vielen *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Kommentar des EUV und des EGV² (2002), Art 86 Rz 26ff mN aus der Rsp.

¹¹ Vgl *Buendia Sierra*, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law (1999), *Blum/Logue*, State Monopolies under EC Law (1998), *Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole im EG- Vertrag (1996).

¹² Alle Artikelangaben beziehen sich auf den EG-Vertrag idGF. Die alte Nummerierung vor dem Vertrag von Amsterdam wird nur in zitierten Textstellen beibehalten.

¹³ *Jennert*, Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge (2005), 1.

¹⁴ Mit Ausnahme nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten, siehe unten Pkt 2.

¹⁵ Vgl von vielen *Nettesheim*, EWS 2002, 253; *Papier*, DVBl 2003, 686; *Schink*, DVBl 2005, 861.

primärrechtlichen Grundlagen der Untersuchung vertraut gemacht: Diese beinhalten einerseits einen Überblick über den Normzweck und die Tatbestandsvoraussetzungen der Art 87 Abs 1 und Art 86 Abs 2, die den zentralen Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden, und andererseits eine geraffte Darstellung der für den Daseinsvorsorgebereich maßgebenden verfassungsrechtlichen Determinanten des Art 16 sowie der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.

Im Anschluss an die Einleitung geht Abschnitt 2 als Vorfrage der Grenze des Anwendungsbereichs der Beihilfevorschriften der Art 87ff nach, zumal nur innerhalb dessen ein Konflikt zwischen dem Beihilfenverbot des Art 87 Abs 1 und der staatlichen Bezuschussung von Dienstleistungen im Allgemeininteresse möglich ist. Die Beihilfevorschriften finden als Teilmenge der Wettbewerbsvorschriften der Art 81ff nur auf Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur (bzw auf marktbezogene Tätigkeiten) Anwendung, nicht jedoch auf nichtwirtschaftliche (bzw nichtmarktbezogene) Tätigkeiten. Im nichtwirtschaftlichen Bereich erübrigt sich mangels Anwendbarkeit des Beihilfenrechts die Fragestellung dieser Untersuchung.

Grundsätzlich sind bis auf wenige nichtwirtschaftliche Ausnahmekategorien die Beihilfevorschriften voll anwendbar. Hier stellt sich die entscheidende Frage, ob ein Ausgleich gemeinwirtschaftlich verursachter Mehrkosten eine Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 begründet. Die Problemstellung betrifft somit die Auslegung des Beihilfenbegriffs auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1; sie wurde über Jahre vor den Gemeinschaftsgerichten kontroversiell diskutiert und wechselvoll entschieden, bis der EuGH schlussendlich in der Leitentscheidung *Altmark*¹⁶ den Entfall einer Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 an die Erfüllung von vier kumulativen Voraussetzungen geknüpft hat.

Mit der Diskussion vor Fällung des *Altmark*-Urteils sowie der Bewertung dieser Leitentscheidung ist ein kaum überschaubares Volumen allein an deutschsprachigen wissenschaftlichen Abhandlungen entstanden.¹⁷ Hingegen sind zur Entscheidungspraxis der Kommission und der Gemeinschaftsgerichte post *Altmark* vergleichsweise wenige Artikel und kaum Monographien erschienen; die aus inhaltlicher Sicht bedeutende Rechtsprechungstätigkeit des EuG in den Jahren 2008/2009 hat ebenfalls kaum Eingang in die Literatur gefunden.

¹⁶ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark*, Slg 2003, I-7747.

¹⁷ Siehe unten Pkt 3.4.2 mN.

Die Entwicklung der Rechtsprechung und Literatur bis *Altmark* einschließlich einer Bewertung des Urteils darf in einer Gesamtdarstellung des Themas freilich nicht fehlen. Angesichts des bereits vorhandenen umfangreichen Schrifttums ist dieser Teil der Untersuchung jedoch bewusst knapp gehalten. Abschnitt 3 setzt den Schwerpunkt daher auf die Auslegung der *Altmark*-Voraussetzungen, deren Inhalt anhand der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsgerichte und der Kommission im Detail ausgelotet wird. Dabei wird schwerpunktmäßig der in der Literatur wenig berücksichtigten Schnittstelle von Beihilfen- und Vergaberecht in der vierten Voraussetzung besondere Aufmerksamkeit geschenkt sowie Divergenzen in der Handhabung des Effizienztests zwischen Kommission und EuG untersucht.

Erfüllt eine Ausgleichszahlung im gegebenen Fall den Tatbestand des Art 87 Abs 1, so liegt eine grundsätzlich verbotene Beihilfe und somit ein Konflikt zwischen der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften und der gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung vor. Solche Ausgleichsbeihilfen können gemäß der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2, der zentralen Vertragsnorm zur Auflösung des Konflikts zwischen dem Geltungsanspruch der europäischen Wettbewerbsvorschriften und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorgekompetenzen, von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden, sofern alle Voraussetzung des Art 86 Abs 2 erfüllt sind.

Abschnitt 4 befasst sich mit dem aktuellen Stand der Auslegung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2. Auch zu dieser Vertragsbestimmung existiert eine (wenn nicht noch größere) Fülle an Literatur.¹⁸ Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich deshalb auf die beihilfenrechtliche Dimension der Norm unter Auslassung der ausschließlich für die Beurteilung nach dem Kartellrecht und der Grundfreiheiten relevanten Aspekte. Im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung von Ausgleichsbeihilfen nach Art 86 Abs 2 setzt die Untersuchung folgende Akzente: Erstens werden der Gemeinschaftsrahmen und die Freistellungsentscheidung der Kommission über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf Ausgleichsbeihilfen dargestellt und die inhaltlichen Vorgaben dieser Rechtsakte bei der jeweils einschlägigen Tatbestandsvoraussetzung berücksichtigt. Zweitens wird der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten zur Definition

¹⁸ Vgl. von vielen das Literaturverzeichnis zur Kommentierung des Art 86 von *Ehrlicke* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Kartellrecht (2005) 383ff.

von Daseinsvorsorgeleistungen untersucht und die Kohärenz der diesbezüglichen Rechtsprechung einem staatsrechtlichen Belastungstest unterworfen. Drittens wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die zentrale Frage der Berechnung der Mehrkostenhöhe im Detail erörtert: Untersucht werden die zur Anwendung kommenden unterschiedlichen Berechnungsmethoden, die diffizile Frage der Kostenallokation, die Vereinbarkeit der diesbezüglich einschlägigen *Chronopost*-Rechtsprechung¹⁹ mit dem *Altmark*-Urteil und eine Untersuchung der Kritik am Kostenansatz der Gemeinschaftsgerichte, welcher die Erstattung aller tatsächlich angefallenen Kosten eines individuellen Aufgabenerfüllers zulässt.

Die Schlussbemerkungen haben die Verknüpfung der Einzelergebnisse zu einem Gesamtbild des Verhältnisses von europäischem Beihilfenrecht und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zum Ziel. Hierfür wird ein Befund zu den neuralgischen Punkten der Rechtmäßigkeitsbedingungen der Daseinsvorsorgefinanzierung erstellt: Diese betreffen erstens die über Jahre umstrittene Rechtsnatur von Ausgleichszahlungen, zweitens die Frage, ob das Beihilfenrecht eine Liberalisierung der Daseinsvorsorge erzwingt, sowie drittens die Prüfungsdichte des Art 86 Abs 2.

Die vorliegende Untersuchung muss auf eine Darstellung vieler für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse interessanter Themen, die mit der vorliegenden Problemstellung nicht unmittelbar in Zusammenhang stehen, verzichten, um einen angemessenen Umfang der Arbeit zu wahren: Neben der bereits erwähnten Ausblendung kartell- und grundfreiheitenspezifischer Aspekte wird die allgemeine Entwicklung des Gemeinschaftsrechts zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse²⁰ und der damit verbundene Ansatz der Gemeinschaftsorgane, der sich in einer Vielzahl von Dokumenten widerspiegelt,²¹ nicht näher eingegangen. Darauf nimmt diese Arbeit nur Bezug, sofern die

¹⁹ EuGH, verb Rs C-83/01, C-93/01 und C-94/01, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993, siehe ausführlich unten Pkt 4.5.5.1.2

²⁰ Grundlegend *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2002); *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäische Union (2004).

²¹ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 1996 C 281/3; Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4; Kom, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, K(2001) 598 endg; Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg; Kom, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen Europas neues Engagement v 20.11.2007, KOM(2007) 725; zum Grünbuch *Knauff*, EuZW 2003, 453; *Ruge*, ZRP 2003, 353; Kom, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2004) 374 endg; Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme zu der „Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ K(2004) 374 endg; Ausschuss der Regionen, Stellungnahme zur „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen

Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der Art 87 Abs 1 und 86 Abs 2 unmittelbar davon betroffen ist. Ebenso muss auf eine sektorspezifische Darstellung etwa der Telekommunikation sowie des öffentlichen Personennahverkehrs²² einschließlich der sektorspezifischen Gemeinschaftsgesetzgebung²³ verzichtet werden. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk war und ist Gegenstand zahlreicher beihilfenrechtlicher Entscheidungen zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Er kann als „Motor“ der Rechtsentwicklung in diesem Bereich bezeichnet werden, und er findet unter Ausklammerung rundfunkspezifischer Aspekte²⁴ Eingang in die Arbeit. Des Weiteren wird auf eine Untersuchung der Stellung der Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsvertrag bzw im Vertrag von Lissabon verzichtet.²⁵ Zuletzt ist die innerstaatliche öffentlich-rechtliche Dimension der Daseinsvorsorge nicht Gegenstand der Untersuchung.²⁶ Sie kommt nur bei der Erörterung des Begriffs der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der ausnahmsweise auf ein innerstaatliches öffentliches Interesse verweist, zur Sprache.

'Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse', K(2004) 374 endg; Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl 2005 L 312/67; Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4; Ausschuss der Regionen, Stellungnahme zur „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen 'Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse', K(2004) 374 endg; Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen – Begleitdokument zu der Mitteilung über "Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement", K(2007) 725 endg; Kom, Services of General Economic Interest – Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP vom 29.6.2006.

²² Dazu *Kahl*, der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005).

²³ Dazu ua *Napolitano*, *European Public Law* 2005, 565ff.

²⁴ Dazu *Schwendinger*, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung* (2007).

²⁵ Der Wortlaut der Art 87 Abs 1 und Art 86 Abs 2 hat sich diesbezüglich nicht, jener des Art 16 kaum verändert. Es sind deshalb keine tiefgreifenden Veränderungen für den Fall des Inkrafttretens des Lissaboner Vertrages zu erwarten, vgl *Krajewski*, *DÖV* 2005, 672.

²⁶ Grundlegend *Segalla*, *Kommunale Daseinsvorsorge* (2006); *Pielow*, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung* (2001); *Kämmerer*, *Privatisierung* (2001); *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung* (2000).

1.3 Begriffsklärung und primärrechtliche Grundlagen der Untersuchung

1.3.1 Begriffe: von der Daseinsvorsorge zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

In Beschreibung der Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern durch den Staat hat der deutsche Verwaltungsrechtslehrer *Ernst Forsthoff* den Begriff der „Daseinsvorsorge“ geprägt. Zu dieser zählte *Forsthoff* „nicht nur die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität“ sondern auch „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, wie Post, Telephonie und Telegraphie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“²⁷. Der *Forsthoff*’sche Begriff der Daseinsvorsorge²⁸ hat trotz heftiger Kritik in der Literatur, die vor allem die normative Konturlosigkeit des Konzepts hervorhebt,²⁹ sich als Referenzbegriff im deutschen staatsrechtlichen Diskurs etabliert.³⁰

Auch in Österreich wird der Begriff der Daseinsvorsorge verwendet, ohne dass das österreichische Recht den Begriff positivrechtlich definiert. In einer typologischen Betrachtung umfasst Daseinsvorsorge „die Versorgung der Bevölkerung mit wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Infrastrukturleistungen“³¹ und wird zum Großteil im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde „als Konterpart zur obrigkeitlichen Verwaltung“³² erbracht,³³ ohne dass es sich um einen Rechtsbegriff handelt.³⁴ Die Zugehörigkeit eines Dienstes zum staatlich garantierten Daseinsvorsorgebereich ist im Einzelfall den spezifischen Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, die die Reichweite des

²⁷ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938) 28 (zit nach *Pielow*, JuS 2006, 692).

²⁸ Eine umfassende und kompakte Darstellung des *Forsthoff*’schen Konzeptes findet sich in *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 74ff.

²⁹ *Badura*, DÖV, 1966, 627f; *Storr*, DÖV 2002, 357f; *Börner*, BayVBl 1971, 408; die Daseinsvorsorge sei ein „Irrwisch“: „Er wischt durch’s Recht und lockt zum Sumpf“ (zit nach *Pielow*, JuS 2006, Fn 9); insbesondere würden aus soziologischen Tatsachen rechtliche Schlussfolgerungen gezogen, *Pielow*, JuS 2006, 692; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2002) Fn 303ff mwN.

³⁰ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 78.

³¹ *Holoubek/Segalla* in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 64; vgl *Holoubek/Segalla*, Daseinsvorsorge in Österreich, in: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge (2002) 200.

³² *Eberhard*, juridikum 2005, Fn 5.

³³ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 322.

³⁴ *Raschauer*, ÖZW 1980, 72ff verneint eine rechtliche Bedeutung des Begriffs für den staatlichen Kontrahierungszwang, die Amtshaftung und auch das Nachbarrecht.

staatlichen Aufgabenbereichs bestimmen, zu entnehmen.³⁵ Auch der österreichische Daseinsvorsorgebegriff ist folglich mehr eine Ist-Analyse aktueller Verwaltungstätigkeit denn ein normatives Konzept.

Im Gegensatz dazu begründet in Frankreich das Recht der „services publics“ eine spezifische Disziplin des Verwaltungsrechts,³⁶ die Grundsätze für die gesamte Leistungsverwaltung vorgibt, etwa die Gebote der Gleichbehandlung, der Kontinuität und „adaptabilité“ (Anpassungskompetenz). Der vielschichtige Rechtsbegriff des „service public“ entstammt dem französischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts und erfasst sowohl hoheitliche Verwaltungsaufgaben wie Verteidigung und Schulwesen als auch privatwirtschaftliche Tätigkeiten, die aus öffentlichen Interessen der Staatssphäre zugeordnet werden.³⁷

Mit Blick auf die unterschiedlichen Ausprägungen der mitgliedstaatlichen Konzepte ist freilich einzugestehen, dass auch das Gemeinschaftsrecht keine einheitliche Terminologie aufweist.³⁸ Im EG-Vertrag spricht Art 16 von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, Art 86 Abs 2 von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“³⁹ und Art 73 von „öffentlichen Diensten“.

Die Kommission erweitert diese terminologische Serie um die Begriffe „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“⁴⁰ sowie „Leistungen der Daseinsvorsorge“⁴¹, in dessen Zusammenhang vom Begriff der „gemeinwohlorientierten Leistungen“⁴² synonym Gebrauch gemacht wird. Die den Begriff der Daseinsvorsorge verwendenden Dokumente sprechen in der englischen und französischen Sprachfassung weiterhin von „services of general economic interest“ bzw „services d'intérêt général“, weshalb der Rückgriff des Gemeinschaftsrechts auf den Daseinsvorsorgebegriff wahrscheinlich in Rücksichtnahme

³⁵ Holoubek/Segalla in: *FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962* (2002), 64.

³⁶ Vgl Mescheriakoff, *Droit des services publics*² (1997).

³⁷ Ausführlich Schweitzer, *Daseinsvorsorge* (2002) 61ff.

³⁸ Montag/Leibenath, *Leistungen der Daseinsvorsorge und Beihilfenaufsicht*, in: Heidenhain (Hrsg), *Handbuch EG-Beihilfenrecht* (2003), §30 Rz 1.

³⁹ Siehe auch Art 36 Grundrechtecharta.

⁴⁰ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg; Kom, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2004) 374 endg.

⁴¹ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4; Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 1996 C 281/3; Kom, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, K(2001) 598 endg.

⁴² Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4, Anhang II.

der Eigenheiten der deutschsprachigen Rechtsterminologie erfolgt ist, diese jedoch keinesfalls inhaltlich rezipiert hat.⁴³ Dem Begriff der Daseinsvorsorge kommt im Gemeinschaftsrecht daher keine eigenständige Bedeutung zu, weshalb die Kommission den in den älteren Mitteilungen verwendeten Begriff der „Leistungen der Daseinsvorsorge“ in neueren Dokumenten durch jenen der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ersetzt hat.⁴⁴

Gleichwohl besteht ein Unterschied zwischen einerseits „Leistungen der Daseinsvorsorge“ bzw. „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (iF: DAI), die im EG-Vertrag nicht enthalten sind, und andererseits „Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichem* Interesse“ (iF: DAWI) iSv Art 86 Abs 2. Dem Grünbuch der Kommission zufolge handelt es sich bei den „Leistungen der Daseinsvorsorge“ bzw. der DAI um aus der DAWI abgeleitete Begriffe, deren Bedeutungsspektrum weiter reicht als jener der DAWI,

„da er sich *sowohl* auf die *marktbezogenen als auch* die *nichtmarktbezogenen* Dienstleistungen bezieht, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. [...] Das Grünbuch konzentriert sich im Wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich, auf Fragen im Zusammenhang mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, da im Mittelpunkt des Vertrags auch hauptsächlich *wirtschaftliche Tätigkeiten* stehen. Der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ wird im Grünbuch nur dann verwendet, wenn gleichzeitig ein Bezug zu *nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen* besteht oder keine Notwendigkeit besteht, den wirtschaftlichen bzw. nichtwirtschaftlichen Charakter der betreffenden Dienstleistungen zu erwähnen.“⁴⁵

Die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags finden nur auf wirtschaftliche bzw. marktbezogene Tätigkeiten Anwendung, nichtwirtschaftliche bzw. nichtmarktbezogene Tätigkeiten liegen außerhalb des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsvorschriften.⁴⁶ Die Kommission versteht folglich DAWI als eine Teilmenge von DAI:⁴⁷ DAI inkludieren

⁴³ Vgl. Jennert, Daseinsvorsorge (2005) 26f.

⁴⁴ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg; Kom, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2004) 374 endg.

⁴⁵ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 end Tz 16/18 (Hervorhebung des Verf); siehe bereits früher Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4, Anhang II: „Leistung der Daseinsvorsorge: Leistung der Daseinsvorsorge (oder gemeinwohlorientierte Leistungen) sind marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Dieser in Artikel 86 des Vertrags verwendete Begriff bezeichnet marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Gemeint sind insbesondere Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste“.

⁴⁶ Siehe unten Pkt 2.

⁴⁷ Jennert, Daseinsvorsorge (2005) 28.

sowohl DAWI als auch nichtwirtschaftliche Leistungen, die dem europäischen Wettbewerbsrecht einschließlich der Beihilfevorschriften entzogen sind.

In weiterer Auflösung der semantischen Verwirrung sind ferner die Begriffe „Dienste“ (Art 16) und „Dienstleistungen“ (Art 86 Abs 2) „von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als inhaltlich deckungsgleich zu betrachten.⁴⁸ Von diesen unterscheidet sich schließlich der Begriff „öffentlicher Dienst“ des Art 73 durch seine Vieldeutigkeit: Mitunter unterstreicht er ein öffentliches Interesse an der Leistungserbringung, mitunter bezieht er sich auf die Eigentumsverhältnisse bzw die Rechtsstellung der leistenden Einrichtung. Die Kommission hält den Begriff daher für inexakt und verzichtet – wie auch die vorliegende Untersuchung – auf dessen Verwendung.⁴⁹

Dieser Untersuchung wird der Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) bzw der weitere Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ (DAI) aus zwei Gründen zugrunde gelegt: Zum einen fungiert dieser angesichts der Heterogenität der mitgliedstaatlichen Konzepte über die normative Gestalt, den Inhalt sowie das Ausmaß staatlicher Versorgungstätigkeit als gemeinsamer Nenner der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁵⁰ Zum anderen ist für die Interpretation der europäischen Wettbewerbsvorschriften der Art 87 Abs 1 und Art 86 Abs 2, die unter Ausblendung der innerstaatlichen Sondermarktordnungen den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden, nur die Verwendung gemeinschaftsrechtlicher Begriffe zweckmäßig.

Die Begriffe Daseinsvorsorge, gemeinwirtschaftliche Leistungen, Versorgungswirtschaft etc werden iF aus stilistischen Gründen als Synonyme für den Referenzbegriff der DAWI verwendet. DAI scheinen als weiter, umfassender Begriff im Titel dieser Untersuchung auf, da sich diese mit der Vorfrage der wirtschaftlichen Natur einer Tätigkeit als Anwendungsvoraussetzung der Beihilfevorschriften befasst und deshalb zur Abgrenzung von DAWI auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erörtert werden. Die Verwendung des

⁴⁸ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 17; *Pernice* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Art 16 Rz 16 und Art 86 Rz 32; *Raptis*, ZÖR 2009, 56; *Jennert*, Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge (2005) Fn 94; aA *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 92ff; *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) 87ff die im Dienstebegriff des Art 16 eine erweiterte institutionell-organisatorische Dimension erblicken.

⁴⁹ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 19.

⁵⁰ Vgl Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 15: „Mit der von der Gemeinschaft verwendeten Terminologie wird versucht, diesen Unterschieden Rechnung zu tragen“.

Begriffs der DAI erfolgt nur ausnahmsweise dort, wo der gesamte Bereich staatlicher Versorgungstätigkeit angesprochen wird.

1.3.2 Art 87ff – Normzweck und Grundriss

Das vom EG-Vertrag gemäß Art 3 Abs 1 lit g propagierte System eines unverfälschten Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt kann durch staatliche Eingriffe in Form von Beihilfen an bestimmte Wirtschaftssubjekte oder aber ganze Wirtschaftszweige beeinträchtigt werden. Das Beihilfenkontrollregime der Art 87-89⁵¹ dient dem Schutz der Wettbewerbsgleichheit zwischen Unternehmen, die durch unkontrollierte Subventionierungen durch die Mitgliedstaaten gestört werden würde.⁵²

Art 87 Abs 1⁵³ statuiert ein grundsätzliches Beihilfenverbot, das jedoch durch die weitreichenden Ausnahmen der Art 87 Abs 2 und 3 sowie des Art 86 Abs 2 relativiert wird. Die Literatur spricht daher von einem „Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt“⁵⁴. Beihilfen sind nicht per se unzulässig, vielmehr soll das Beihilfenregime einen Ausgleich der legitimen Bedürfnisse von Mitgliedstaaten, Beihilfenempfängern und deren Mitbewerbern sicherstellen.⁵⁵

Der Beihilfentatbestand des Art 87 Abs 1 lautet:

„Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Weder Art 87 Abs 1 noch die übrigen Vertragsvorschriften enthalten eine Legaldefinition des Begriffs der staatlichen „Beihilfe“. Die Herausbildung des Beihilfenbegriffs wurde bewusst der späteren Praxis der Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs

⁵¹ Sie sind Teil der Wettbewerbsvorschriften der Art 81-89, die neben der Beihilfenkontrolle das Kartellverbot des Art 81 und das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen des Art 82 umfassen.

⁵² Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065.

⁵³ Aus Platzgründen kann nur ein unabdingbarer Abriss des Art 87 Abs 1 gezeichnet werden. Für eine Übersicht der umfangreichen Lit zu dieser Vertragsbestimmung siehe von vielen das Lit-Verzeichnis von Sutter, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2004), Art 87.

⁵⁴ Von vielen Bär-Bouyssiére in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar² (2009), Art 87 Rn 2; Sutter, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2004), Art 87 Rz 4.

⁵⁵ Bär-Bouyssiére in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar² (2009), Art 87 Rz 2.

überlassen. In der Praxis hat sich ein offener, kasuistischer Begriff durchgesetzt, der nach der nach überwiegender Ansicht weit auszulegen ist („gleich welcher Art“).⁵⁶

Art 87 Abs 1 enthält fünf kumulative Tatbestandsvoraussetzungen: Die erste Voraussetzung der Begünstigung ist erfüllt, wenn ein Unternehmen einen finanziellen Vorteil erhält, den es unter Marktbedingungen nicht erhalten hätte.⁵⁷ Ausgleichszahlungen zugunsten von DAWI sind nicht begünstigend, wenn die vier Voraussetzungen des Urteils *Altmark*⁵⁸ kumulativ vorliegen. Das Tatbestandselement der Begünstigung sowie *Altmark* werden im Rahmen dieser Untersuchung umfassend erörtert.⁵⁹ Zweitens muss der Vorteil „zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen“⁶⁰ sein. Drittens sind nur selektive Vorteile erfasst („bestimmte“ Unternehmen oder Produktionszweige), nicht jedoch allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen.⁶¹ Viertens muss eine Wettbewerbsverfälschung vorliegen, wobei jeder finanzielle Vorteil die Wettbewerbsposition des Empfängerunternehmens verbessert und eine potentielle Verfälschung genügt.⁶² Schließlich muss der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein; auch hier ist eine potentielle Beeinträchtigung ausreichend.⁶³

Die Einführung neuer Beihilfen darf nicht ohne vorherige Notifizierung bei der Kommission und Genehmigung durch diese erfolgen. Gegen dieses unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 gewährte Beihilfen können ungeachtet ihrer Vereinbarkeit mit den Ausnahmetatbeständen von Konkurrenten vor nationalen Gerichten zurückgefordert werden. Hingegen ist allein die Kommission befugt, eine Beihilfe anhand der Ausnahmebestimmungen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar zu erklären.⁶⁴

⁵⁶ Thiesing in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, EWGV-Kommentar³, Art 87 Rz 2; EuGH, Rs 47/69, *Frankreich/Kom*, Slg 1970, I-487.

⁵⁷ EuGH, Rs C-39/94, *SFEI*, Slg 1996, I-3547 Rz 60; siehe unten Pkt 3.2.

⁵⁸ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark*, Slg 2003, I-7747.

⁵⁹ Siehe unten Pkt 3.

⁶⁰ EuGH, Rs C-127/03 und 217/03, *Belgien und Forum 187/Kom*, Slg 2006, I-5479 Rz 127.

⁶¹ Statt aller *Sutter*, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2004), Art 87 Rz 38ff.

⁶² *Bär-Bouyssi re* in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar² (2009), Art 87 Rz 49 mN aus der Rsp.

⁶³ EuGH, Rs C-730/79, *Philip Morris*, Slg 1980, I-2671 Rz 11.

⁶⁴ Von vielen ausführlich *Sutter*, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2004), Art 88 Rz 1ff mN aus der Rsp.

1.3.3 Art 86 Abs 2 – Normzweck und Grundriss

Die zwischen den vorwiegend privatwirtschaftlich organisierten Gründungsstaaten der EG und jenen Gründungsstaaten mit einem breiten öffentlichen Sektor als politischer Kompromiss „bewusst unklar gehaltene Regelung“⁶⁵ des Art 86 Abs 2 lautet:

*„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“*⁶⁶

Nach Auffassung des EuGH soll die Ausnahmegvorschrift dadurch,

*„dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschriften zulässt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen.“*⁶⁷

Die mitunter als „Staatsvorbehalt“⁶⁸, „Grundnorm“⁶⁹ öffentlicher Unternehmen bzw „Legitimationsgrundlage unternehmerischer Staatstätigkeit“⁷⁰ bezeichnete Vorschrift ist die zentrale Lösungsnorm des EG-Vertrags für den Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse der Mitgliedstaaten an der Sicherstellung von DAWI und dem Gemeinschaftsinteresse der Bewahrung eines Systems des unverfälschten Wettbewerb durch die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften.⁷¹ Diese beiden Interessen sind im Primärrecht der Gemeinschaft „gleichrangige Gemeinwohlbelange, die trotz ihres immanenten Spannungsverhältnisses im gemeinschaftsrechtlichen Mehrebenensystem in Erfüllung des Optimierungsgebots des Art. 16 zu einem Ausgleich geführt werden müssen“⁷².

⁶⁵ Pernice/Wernicke in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Art 86 Rz 1.

⁶⁶ Hervorhebung des Verfassers.

⁶⁷ EuGH, Rs C-202/88, *Telekommunikations-Endgeräte*, Slg 1991, I-1223 Rz 12.

⁶⁸ Mestmäcker, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: Ruland (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher* (1998) 643f.

⁶⁹ Ipsen, *Gemeinschaftsrecht* (1972) 661; Ehrlicke in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff (Hrsg), *Kartellrecht* (2005), Art 86 Rz 14.

⁷⁰ Burgi, *EuR* 1997, 289.

⁷¹ Kom, 26. Wettbewerbsbericht (1996) Tz 114; Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4 Tz 19.

⁷² Pernice/Wernicke in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Art 86 Rz 3 mN aus der Lit.

Die Legalausnahme⁷³ stellt einzelne DAWI, sofern alle Voraussetzungen des Art 86 Abs 2 vorliegen, von der Anwendung der Vertragsvorschriften frei und steht zu diesen somit in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis⁷⁴. Hierbei handelt es sich um einen individuellen Dispens und keine Bereichsausnahme⁷⁵ für die Daseinsvorsorge. In ständiger Rechtsprechung ist Art 86 Abs 2 als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.⁷⁶ Aus dem Ausnahmecharakter wird auch der Grundsatz abgeleitet, dass die Beweislast für Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 auf Seiten der begünstigten Unternehmen bzw der Mitgliedstaaten liegt.⁷⁷

Trotz seines unternehmensbezogenen Wortlauts („für Unternehmen“) hat die Rechtsprechung den sachlichen Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2 auch auf staatengerichtete Vertragsvorschriften wie die Grundfreiheiten⁷⁸ und die für diese Untersuchung interessierende Beihilfenvorschrift des Art 87 Abs 1 erstreckt.⁷⁹ In diesem Sinne hat das EuG entschieden, dass eine Ausgleichszahlung für DAWI, die mangels Erfüllung der *Altmark*-Voraussetzungen als Beihilfe zu qualifizieren ist, von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.⁸⁰

Ebenfalls umfasst der Kreis jener, die sich bei einer Kollision zwischen Vertrag und Gemeinwohlinteressen auf Art 86 Abs 2 berufen können, sowohl die mit DAWI betrauten Unternehmen als auch die Mitgliedstaaten.⁸¹

Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 hat sich die Rechtsprechung wechselvoll geäußert; wurde sie ursprünglich noch verneint,⁸² gilt sie heute als gesichert.⁸³

⁷³ Hochbaum/Klotz in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003), Art 86 Rz 53; *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997), Art 90 Rz 35; *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 42.

⁷⁴ *Ehricke* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 15.

⁷⁵ So etwa *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 34.

⁷⁶ EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 53; EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 37; EuG, Rs T-260/94, *Air Inter*, Slg 1997, II-997 Rz 135; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 92 mN aus der Lit.

⁷⁷ St Rsp, EuGH, Rs C-155/73, *Sacchi*, Slg 1974, I-409 Rz 15.

⁷⁸ St Rsp, EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 32; EuGH, Rs C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg 1998, I-3949 Rz 55ff; für eine Darstellung des strittigen Meinungsstands in der Lit siehe *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 93 Fn 41 mN.

⁷⁹ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 170; *Von Burchard* in: *Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 53; für eine ausführlichere Darstellung siehe *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 194ff; *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 404ff.

⁸⁰ EuG, Rs T-354/05, *Télévision française 1 (TF 1)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht; siehe unten Pkt 3.5.2.4.

⁸¹ EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 32; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 93 mwN.

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Norm ist für das Kartellrecht und die Grundfreiheiten von Relevanz, nicht jedoch für das Beihilfenrecht, zumal ein rechtmäßiges Abweichen vom Beihilfenverbot ohnehin eine Kommissionsentscheidung nach Notifizierung gem Art 88 Abs 3 erfordert.⁸⁴

Der Dispens von den Vertragsvorschriften erfordert die Erfüllung aller vier Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2: Zunächst muss eine DAWI vorliegen, die von den Mitgliedstaaten in Rahmen ihres Ermessens definiert wird (DAWI-Begriff).⁸⁵ Zweitens muss die DAWI einem oder mehreren Unternehmen durch einen formellen Betrauungsakt übertragen werden (Betrauungserfordernis).⁸⁶ Drittens muss die Anwendung der Vertragsvorschrift die Erfüllung der übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern (Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 S 1).⁸⁷ Viertens darf die durch den Dispens verursachte Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs nicht dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufen (Schranken-Schranke des Art 86 Abs 2 S 2).⁸⁸

1.3.4 Art 16

Art 16 wurde durch den Amsterdamer Vertrag in den EG-Vertrag eingefügt:

*„Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“*⁸⁹

Die vage Formulierung lässt den politischen Kompromisscharakter der Bestimmung unschwer erkennen. Sie sollte die Bedeutung und Rolle von DAWI stärken sowie ihre Besonderheiten anerkennen.⁹⁰ Gleichzeitig bleiben sowohl die Geltung der

⁸² EuGH, Rs C-10/71, *Hafen von Mervort*, Slg 1971, I-723.

⁸³ Von vielen EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533.

⁸⁴ *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 86 Rz 41f mN.

⁸⁵ Siehe unten Pkt 4.3.

⁸⁶ Siehe unten Pkt 4.4.

⁸⁷ Siehe unten Pkt 4.5.

⁸⁸ Siehe unten Pkt 4.6.

⁸⁹ Hervorhebung des Verfassers.

⁹⁰ *Krajewski*, DÖV 2005, 669 mN.

Wettbewerbsvorschriften der Art 87 Abs 1 und 86 Abs 2 als auch, wie die Erklärung für die Schlussakte festhält, der Rechtsprechung zu DAWI uneingeschränkt erhalten.⁹¹

Die rechtliche Bedeutung des Art 16 ist nicht abschließend geklärt.⁹² In der reichhaltigen Literatur zur Auslegung der Bestimmung⁹³ reichen die Ansichten von einem bloßen „Programmsatz“⁹⁴ politischer Natur⁹⁵ über „eine Art Bestandsgarantie“ für DAWI⁹⁶ zu einem „Optimierungsgebot“, das die Gleichrangigkeit von Wettbewerb und Gemeinwohlbelangen bewirkt⁹⁷. Einigkeit besteht jedenfalls in der Frage, dass Art 16 keine Gemeinschaftskompetenzen in der Daseinsvorsorge begründet⁹⁸ und kein subjektives Recht auf Zugang zu DAWI verbürgt.⁹⁹ In diesem Zusammenhang ist ebenso Art 36 der Charta der Grundrechte der EU¹⁰⁰ zu erwähnen, der nicht zuletzt aufgrund der fehlenden Rechtsverbindlichkeit der Charta und der unklaren Formulierung dieses sozialen Grundrechts kein durchsetzbares Recht des Einzelnen auf Zugang zu DAWI gewährleistet.¹⁰¹

Art 16 hat lange Zeit in der Rechtsprechung kaum eine Rolle gespielt¹⁰² und erst in jüngeren Urteilen des EuG eine Aufwertung erfahren. So wurde Art 16 zum einen zur Bestätigung der mitgliedstaatlichen Kompetenz, DAWI zu definieren, herangezogen.¹⁰³

⁹¹ ABl 1997 C 340/144: „Der die öffentlichen Dienste betreffende Art. 16 ist unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, unter anderem in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste, umzusetzen“.

⁹² *Krajewski*, DÖV 2005, 669.

⁹³ Siehe die ausführliche Untersuchungen insbesondere von *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) und *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 394ff; *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen (2003) 93ff einschließlich einer Darstellung des Schrifttums.

⁹⁴ *Pielow*, JuS 2006, 692; *Kruse*, NVwZ 2000, 724.

⁹⁵ *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 16 Rz 13.

⁹⁶ *Möschel*, WuW 1999, 835.

⁹⁷ *Wernicke*, EuZW 2003, 481

⁹⁸ Statt aller *Schwarze*, EuZW 2001, 337; *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) 204f mwN; vgl den Wortlaut der Bestimmung: „[...]die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten [tragen] im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge...“.

⁹⁹ *Pernice/Wernicke* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Art 16 Rz 15ff mN.

¹⁰⁰ „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“.

¹⁰¹ *Pielow*, JuS 2006, 780.

¹⁰² Art 16 hatte nur in den Schlussanträgen der Generalanwälte Berücksichtigung gefunden, Schlussanträge des GA *Jacobs* in Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 175 und in Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769 Rz 124; Schlussanträge des GA *Alber* in Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109 Rz 94; Schlussanträge des GA *Maduro* in Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295 Fn 35.

¹⁰³ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 167.

Zum anderen sah das Gericht darin eine Hervorhebung der Bedeutung von DAWI „für die Europäische Union und die Notwendigkeit, das ordnungsgemäße Funktionieren dieser Dienstleistungen zu gewährleisten“¹⁰⁴. Insofern darf die Anwendung des Wettbewerbsrechts das Funktionieren von DAWI nicht qualitativ beeinträchtigen. Art 16 statuiert folglich eine Funktionsgarantie zugunsten von DAWI in Form eines Berücksichtigungsgebots.

1.3.5 Kompetenzverteilung in der Daseinsvorsorge

Die Gemeinschaftsorgane können nach Maßgabe des in Art 5 festgeschriebenen Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung des Art 5¹⁰⁵ nur in jenen Bereichen rechtsetzend tätig werden, die der Gemeinschaft durch die Verträge ausdrücklich übertragen werden.¹⁰⁶ Die grenzüberschreitende Wettbewerbsaufsicht einschließlich der Beihilfenkontrolle fällt in die Zuständigkeit der Gemeinschaft.¹⁰⁷ Davon zu unterscheiden ist die allgemeine Struktur- und Wirtschaftspolitik, deren Wahrnehmung in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt¹⁰⁸ und mangels gegenteiliger Kompetenzzuweisung durch den EG-Vertrag damit auch die Daseinsvorsorge umfasst.¹⁰⁹ Wie erwähnt begründet diesbezüglich Art 16 auch keine neuen Gemeinschaftskompetenzen.

¹⁰⁴ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 196; EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 102.

¹⁰⁵ „Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“.

¹⁰⁶ Lienbacher in: *Schwarze* (Hrsg), Art 5 Rz 7.

¹⁰⁷ Vgl Art 81ff EG.

¹⁰⁸ Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 34. Für die Verfolgung strukturpolitischer Ziele als Funktion des Beihilfenrechts Wenig, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag⁴ (1991), Vorbemerkung zu den Art 92 bis 94 Rz 3, allerdings einschränkend in Bezug auf die eben zitierten Gestaltungsinstrumente und der Gewährung von Gemeinschaftsbeihilfen.

¹⁰⁹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 167: „Denn die Bestimmung der Art und des Umfangs einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für bestimmte Tätigkeitsbereiche, die entweder nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EG fallen oder auf einer lediglich begrenzten oder geteilten Gemeinschaftszuständigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG beruhen, gehört grundsätzlich weiterhin zu den Aufgaben der Mitgliedstaaten. [...] Daraus folgt, dass die Bestimmung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen dabei auch in erster Linie in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Diese Kompetenzverteilung spiegelt außerdem allgemein der Art. 16 EG wider“ (Hervorhebung des Verfassers); ebenso Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17/4 Tz 22; Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 29: „Im Vertrag ist nicht davon die Rede, dass das reibungslose Funktionieren der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ein Gemeinschaftsziel darstellt, und stattdie die Gemeinschaft hinsichtlich dieser Leistungen auch nicht mit besonderen Handlungsbefugnissen aus“; Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 34 mwN.

Mit zunehmender Ausdehnung der Beihilfenkontrolle durch die Kommission ist dem Beihilfenrecht zwar der Status eines „Metarechts“ zuteil geworden.¹¹⁰ Damit betreibt das Beihilfenrecht nicht allein eine „negative Integration“ iS einer Abwehr wettbewerbswidrigen Verhaltens,¹¹¹ sondern übt darüber hinaus einen gestaltenden Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Politiken aus.¹¹² Der Erlass von Mitteilungen, Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen ist Ausdruck dieser Gestaltungskompetenz.

Die mittelbaren Auswirkungen, die das Beihilfenrecht im Rahmen seines Anwendungsbereiches durch die Verfolgung strukturpolitischer Zielsetzungen¹¹³ auf die wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten ausstrahlt,¹¹⁴ ist jedoch von der Kompetenzfrage zu trennen, die hinsichtlich der Organisation und Finanzierung der Daseinsvorsorge auf Ebene der Mitgliedstaaten angesiedelt ist.

¹¹⁰ Begriff von Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 87 Rz 3.

¹¹¹ So Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Vorbemerkung zu Art 87-89 Rz 2.

¹¹² Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 87 Rz 3.

¹¹³ Etwa die von der Kom im Rahmen ihrer Genehmigungspraxis forcierte Umorientierung von vertikalen zu horizontalen Subventionszielen.

¹¹⁴ Vgl Jennert, Daseinsvorsorge (2005) 32f.

2 Wirtschaftliche Natur der Dienstleistung als Anwendungsvoraussetzung der Beihilfevorschriften

2.1 Allgemeines

Die Wettbewerbsregeln der Art 81-89 EG finden nur auf Unternehmen iSd Vertrags Anwendung. Nach der ständigen Rechtsprechung ist ein Unternehmen im Rahmen des Wettbewerbsrechts „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“¹¹⁵. Unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist jede Tätigkeit zu verstehen, „die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“¹¹⁶. Gewinnabsicht ist nicht erforderlich,¹¹⁷ kann jedoch den nichtwirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit indizieren.¹¹⁸

Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Natur unterliegen weder der Wettbewerbs- noch der Beihilfenaufsicht der Gemeinschaft. Für die Daseinsvorsorge, die sowohl marktbezogene (bzw wirtschaftliche) als auch nichtmarktbezogene (bzw nichtwirtschaftliche) Dienste umfasst, ist eine Abgrenzung der Begriffe von zentraler Bedeutung, zumal Art 87 Abs 1 nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten anwendbar ist, während nichtwirtschaftliche Tätigkeiten dem Zugriff der Beihilfevorschriften gänzlich entzogen sind.

2.2 Kategorien nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten

Die Rechtsprechung hat bestimmte Fallgruppen nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten herausgebildet. So sind hoheitliche Kernaufgaben, Systeme sozialer Sicherheit und Bildung unter gewissen Voraussetzungen von den Wettbewerbsvorschriften ausgenommen. Andere Tätigkeiten bewegen sich in der Grauzone des Spektrums Wirtschaftlichkeit-Nichtwirtschaftlichkeit.

¹¹⁵ EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979 Rz 21; EuGH, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637 Rz 17; EuGH, verb C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493 Rz 46; EuGH, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43 Rz 18; EuGH, Rs C-244/94, *FFSA*, Slg 1995, I-4013 Rz 14; EuGH, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg 2000, I-6451 Rz 74; EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 19.

¹¹⁶ EuGH, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg 2000, I-6451 Rz 75; EuGH, Rs C-35/96, *Kom/Italien*, Slg 1998, I-3851 Rz 36; EuGH, Rs C-118/85, *Kom/Italien*, Slg 1987, I-2599 Rz 7; EuGH, Rs C-35/96, *Kom/Italien*, Slg 1998, I-3851 Rz 36; EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 19; Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 44.

¹¹⁷ EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751 Rz 85; EuGH, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025 Rz 85; EuGH, Rs C-219/97, *Drijvenda Bokken*, Slg 1999, I-6121 Rz 75.

¹¹⁸ Siehe unten Pkt 2.3.3.

2.2.1 Hoheitliches Handeln

2.2.1.1 Rechtsprechung

Die Grenzlinie zwischen einerseits genuin hoheitlicher und andererseits wirtschaftlicher Betätigung wird von den europäischen Gerichten nicht generell abstrakt definiert sondern kasuistisch gezogen.

In der Rechtssache *British Telecommunications (BT)* wurde vom EuGH die wirtschaftliche Natur der in Rede stehenden Tätigkeit mit der Begründung bejaht, dass eine gesetzliche Ermächtigung, die darauf beschränkt sei, Tarife und Bedingungen durch Verordnungsermächtigung festzusetzen, als wesentlicher Bestandteil der Unternehmenstätigkeit zu sehen sei und daher der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften nicht entgegenstehe.¹¹⁹

Zur entgegengesetzten Schlussfolgerung gelangte der Gerichtshof in *Lagauche*, in der die wirtschaftliche Natur der Überwachungstätigkeit der belgischen Regulierungsbehörde im Telekommunikationsbereich zu beurteilen war. Die Behörde war für Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis zum Besitz eines Funksende- oder Funkempfangsgeräts, die Zuteilung und die Koordinierung von Funkfrequenzen sowie die technische Zulassung von Geräten zuständig. Laut EuGH waren diese Zuständigkeiten Teil der Überwachung des Funkwesens, die eine Aufgabe hoheitsrechtlicher Art sei.¹²⁰

Die Rechtssache *Bodson* hatte einen Konzessionsvertrag zum Gegenstand, durch den eine Gemeinde einem Unternehmen das ausschließliche Recht gewährte, bestimmte Bestattungsdienste gegen Entgelt durchzuführen. Nach Ansicht des Gerichtshofs hatte die Gemeinde als Träger öffentlicher Gewalt und damit hoheitlich gehandelt.¹²¹

Eine ähnliche Begründung liegt dem Fall *Banchero* zugrunde, in dem die italienische Monopolbehörde AAMS mit der Konzessionierung von Tabakläden und der Kontrolle ihrer Zahl und Verteilung über das italienische Hoheitsgebiet beauftragt war. Nach Auffassung des EuGH stellten diese Aufgaben die Ausübung einer hoheitlichen Befugnis und keine wirtschaftliche Tätigkeit dar.¹²²

¹¹⁹ EuGH, Rs C-41/83, *British Telecommunications*, Slg 1985, I-873 Rz 20.

¹²⁰ EuGH, Rs C-46/90 und C-93/91, *Lagauche*, Slg 1993, I-5267 Rz 32f.

¹²¹ EuGH, Rs C-30/87, *Bodson*, Slg 1988, I-2479 Rz 18.

¹²² EuGH, Rs C-387/93, *Banchero*, Slg 1995, I-4663 Rz 49.

Die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung wurde hingegen in *Höfner und Elser* als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, da der Umstand, dass die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen werde, nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit spreche, zumal diese ebenso durch Private durchgeführt werden könne. Dies gelte insbesondere für die Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft.¹²³

Eine Einrichtung für die gemeinsame Flugsicherung wurde in *Eurocontrol* dagegen nicht als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, da die Kontrolle und Überwachung des Luftraums als genuin hoheitliches Vorrecht zu sehen sei. Andere im Zusammenhang mit der Luftraumsicherung stehende Tätigkeiten wie die Einziehung von Streckengebühren ließen sich nicht von der hoheitlichen Tätigkeit trennen, so das Urteil des EuGH.¹²⁴

Ebenso stufte der EuGH in der Rechtssache *Diego Calí* die Überwachungstätigkeit einer privatrechtlichen Einrichtung, die mit der Aufgabe betraut war, Umweltverschmutzungen in einem Seehafen zu bekämpfen, als nichtwirtschaftliche Aktivität ein, weil nach Ansicht des Gerichtshofs Umweltschutz als typisch hoheitlicher Aufgabenbereich anzusehen war.¹²⁵

In *Ambulanz Glöckner* wurde die Tätigkeit von Sanitätsorganisationen, die Leistungen auf dem Markt für Notfall- und Krankentransport erbrachten, wiederum als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, da diese Leistungen „nicht immer und [...] nicht notwendigerweise von diesen Sanitätsorganisationen oder von den Behörden erbracht [werden]“¹²⁶.

2.2.1.2 Standpunkt der Kommission

Nach der Daseinsvorsorgemitteilung sind „Aufgaben, die per se dem Staat vorbehalten sind“, dh hoheitliche Aufgaben, „die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung, die Pflege auswärtiger Beziehungen und andere hoheitliche Aufgaben“¹²⁷. Während „andere hoheitliche Aufgaben“ nicht definiert werden, gehören die aufgezählten Tätigkeiten zu den klassischen hoheitlichen Kernaufgaben.

¹²³ EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I- 1979 Rz 21ff.

¹²⁴ EuGH, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43 Rz 28ff.

¹²⁵ EuGH, Rs C-343/95, *Diego Calí*, Slg 1997, I-1547 Rz 23f.

¹²⁶ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 20.

¹²⁷ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17/4 Tz 28.

Im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen aus 2007 werden unter Berufung auf die Entscheidungspraxis der Kommission folgende weitere Tätigkeiten als hoheitlich qualifiziert:¹²⁸ Flugverkehrssicherheit, Zoll,¹²⁹ Normierungstätigkeit und damit zusammenhängende Aktivitäten,¹³⁰ die Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Maßnahmen des Strafvollzugs,¹³¹ Finanzierung und Überwachung der Errichtung von Eisenbahninfrastruktur,¹³² die Auflassung von Kohlebergwerken und das Management von Sachanlagen, sowie Finanzierung für die Erneuerungs- und Überwachungsarbeiten von Anlagen und die Abarbeitung der Konsequenzen der Bergbauarbeiten.¹³³

2.2.1.3 Fazit

Die kasuistische Rechtsprechung und der Standpunkt der Kommission, der sich an die Einzelfallentscheidungen der Gerichte anlehnt, bieten keine generell-abstrakte Abgrenzungskriterien, anhand derer eine klare Trennlinie zwischen wirtschaftlichen und hoheitlichen Tätigkeiten gezogen werden kann. Der Entscheidungspraxis lassen sich dennoch folgende Abgrenzungskriterien entnehmen:

Für die Einordnung einer gegebenen Tätigkeit ist eine materielle Betrachtungsweise ausschlaggebend. Eine Tätigkeit ist unabhängig ihrer formellen Ausgestaltung dann hoheitlich, wenn sie mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in Form von staatlichen Zwangsbefugnissen verbunden ist. Die Ausübung von *imperium* setzt idR die Existenz einer gesetzlichen Grundlage, die je nach Mitgliedstaat eine unterschiedliche Form annimmt, voraus, weshalb eine Nachprüfung in der Regel keine größeren Probleme bereiten dürfte.¹³⁴

Tätigkeiten, die traditionellerweise durch den Staat besorgt werden, werden häufig auch als hoheitlich einzustufen sein. Die vordergründige Indizwirkung, die von der gewöhnlichen Ausübung einer Tätigkeit durch den Staat entfaltet wird, spricht aber nicht zwingend gegen

¹²⁸ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen – Begleitdokument zu der Mitteilung über "Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement", Kom(2007) 725 endg Pkt 2.4.

¹²⁹ Kom-E N 309/2002 vom 19.3.2003, *Luftfahrtsicherheitsentschädigungen*, ABI 2003 C 148/7; Kom-E N 438/2002 vom 16.10.2002, *Aid to Port Authorities*, ABI 2002 C 284/2.

¹³⁰ EuG 12.12.2006, Rs T 155/04, *SELEX*, Slg 2006, II-4797

¹³¹ Kom-E N 140/2006, *Correction Houses*, ABI 2006 C 244/12.

¹³² Kom-E N 478/2004, *CIÉ*, ABI 2006 C 209/7.

¹³³ Entscheidung Beihilfe N 571/2004 und Entscheidung Beihilfe N 110/2004, beide ABI 2006 C 87/2.

¹³⁴ *Raptis*, ZÖR 2009, 69.

die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit, wenn diese, wie das Urteil *Höfner und Elser* deutlich macht, auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden kann.¹³⁵

2.2.2 Systeme der sozialen Sicherheit

2.2.2.1 Rechtsprechung

Die Verwaltung eines Grundversorgungssystems der sozialen Sicherheit ist eine Aufgabe rein sozialen Charakters und folglich eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit, wenn die Ausgestaltung des Systems den Voraussetzungen entspricht, die der Gerichtshof in einer Reihe von Urteilen herausgebildet hat:

Ein System sozialer Sicherheit muss einen sozialen Zweck verfolgen, es darf keine Gewinnabsicht vorliegen, und es muss auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen.¹³⁶

Sozialer Zweck und fehlende Gewinnabsicht indizieren zwar die Nichtwirtschaftlichkeit des Systems, für die Nichtwirtschaftlichkeit ist jedoch die Ausgestaltung des Systems nach dem Grundsatz der Solidarität ausschlaggebend. Hierfür charakteristisch ist das Bestehen einer Pflichtversicherung und die Unabhängigkeit der Leistungserbringung von der Höhe der entrichteten Beiträge.¹³⁷ Die Solidarität äußert sich des Weiteren dadurch, dass Systeme, welche Überschüsse erwirtschaften, Systeme mit finanziellen Schwierigkeiten querfinanzieren.¹³⁸ Staatliche Aufsicht über die Tätigkeit liefert ein weiteres Indiz für Solidarität.¹³⁹

Systeme, die nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, sind dagegen als wirtschaftliche Aktivitäten einzustufen und unterliegen vollumfänglich den Wettbewerbsregeln.¹⁴⁰ Diesfalls entfällt die wirtschaftliche Natur nicht allein dadurch, dass bestimmte Bereiche des Versicherungssystems Solidaritätsgesichtspunkte berücksichtigen oder keine

¹³⁵ EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I- 1979 Rz 22.

¹³⁶ EuGH, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637 Rz 18; EuGH, verb C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493 Rz 47.

¹³⁷ EuGH, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637 Rz 12; EuGH, verb C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493 Rz 46; EuGH, Rs C-218/00, *Cisal*, Slg 2002, I-691 Rz 38ff; Kritisch *Gyselen*, CMLR 2000, 439 und *Berg*, EuZW 2000, 172; das Solidaritätskriterium sei für eine Rechtfertigung gem Art 86 Abs 2 relevant, nicht jedoch für die Unternehmensqualifikation selbst.

¹³⁸ EuGH, verb Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637 Rz 12.

¹³⁹ EuGH, Rs C-218/00, *Cisal*, Slg 2002, I-691 Rz 38ff.

¹⁴⁰ EuGH, Rs C-244/94, *FFSA*, Slg 1995, I-4013 Rz 18ff; EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751 Rz 81ff; EuGH, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025, 81ff; EuGH, Rs C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg 1999, I-6121 Rz 71 ff; EuGH, verb C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493 Rz 49.

Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist.¹⁴¹ Bietet ein staatliches, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhendes System sozialer Sicherheit zusätzliche Versicherungsleistungen an, die aufgrund freiwilliger Mitgliedschaft nach dem Kapitalisierungsprinzip erbracht werden, so wird es insofern als Unternehmen wirtschaftlich tätig.¹⁴²

Kauft eine Einrichtung Waren und Dienstleistungen ein, um diese im Rahmen einer rein sozialen, dh nichtwirtschaftlichen Tätigkeit zu verwenden, so wird sie nicht allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, handelt sie nicht als Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts.¹⁴³

2.2.2.2 Standpunkt der Kommission

Die Kommission gibt die Rechtsprechung wieder,¹⁴⁴ ohne einen autonomen Ansatz zu entwickeln. Das Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse will zwar die Prinzipien der Rechtsprechung einer Fortentwicklung zuführen. Der bisherige Ansatz, den spezifischen Charakter der Dienstleistungen an den besonderen Erfordernissen wie Solidarität, freiwillige Erbringung und Einbeziehung von Problemgruppen aus der Bevölkerung zu messen, soll jedoch gewahrt bleiben.¹⁴⁵

2.2.2.3 Fazit

Der Gerichtshof hat das durch Versicherungszwang bewirkte Solidarprinzip als entscheidende Grenze des Einflusses des Gemeinschaftsrechts herausgearbeitet.¹⁴⁶ Im politisch hochsensiblen Bereich der Systeme der sozialen Sicherheit hat der Gerichtshof somit eine Sonderkategorie nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten geschaffen, die als

¹⁴¹ EuGH, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg 2000, I-6451 Rz 117.

¹⁴² EuGH, verb C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg 2004, I-2493 Rz 58; *Schröter* in: *Von der Groeben*, Vorbemerkungen zu den Artikeln 81 bis 85 EG Rz 36.

¹⁴³ EuG, Rs T-319/99, *FENIN*, Slg 2000, II-257 Rz 37; bestätigt durch EuGH, Rs C-205/03 P, *FENIN*, Slg 2006, I-6295; aA *Schröter* in: *Von der Groeben/Schwarze*, Vorbemerkungen zu den Artikeln 81 bis 85 EG Rz 22.

¹⁴⁴ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 29.

¹⁴⁵ Kom, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) endgültig vom 12.5.2004 Tz 19f: So soll in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten eine Mitteilung über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einbeziehung der Gesundheitsdienstleistungen ausgearbeitet werden, um einen systematischen Ansatz zu entwickeln, um den Besonderheiten von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen Rechnung tragen zu können und einen Rahmen zu umreißen, in dem diese Dienste funktionieren und modernisiert werden können.

¹⁴⁶ *Kingreen*, Die sozialen Sicherungssysteme als Element der Daseinsvorsorge in Europa, in: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge (2002) 106.

„Solidargemeinschaft“¹⁴⁷ organisierte staatliche Grundversorgungssysteme vor Zugriffen des Wettbewerbsrechts abschirmt. Die Judikate entbehren eine Erklärung der rechtsdogmatische Grundlage dieser nichtwirtschaftlichen Sonderkategorie; der Ansatz dürfte aber ohnehin eher pragmatischen bzw rechtspolitischen Erwägungen verhaftet sein.

2.2.3 Andere nichtwirtschaftliche Tätigkeiten

Der EuGH hat in den Urteilen *Humbel* und *Wirth* die Errichtung und Erhaltung eines nationalen Bildungssystems als nichtwirtschaftliche Tätigkeit klassifiziert, wenn dieses System aus dem Staatshaushalt finanziert wird, da in diesem Fall der Staat keine gewinnbringende Tätigkeit ausübe, sondern vielmehr seine Aufgaben auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet gegenüber seinen Bürgern erfülle.¹⁴⁸

In der Daseinsvorsorgemitteilung betrachtet die Kommission außerdem „viele Tätigkeiten von Einrichtungen, die weitgehende soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht erfüllen und deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht“¹⁴⁹ als nichtwirtschaftliche Leistungen.¹⁵⁰ Soweit diese Einrichtungen jedoch wirtschaftlich tätig werden, sind die Wettbewerbsvorschriften anwendbar. Die Kommission beabsichtigt zurückhaltend, „mit eher allgemeinen Überlegungen zum Gebrauch ihres Ermessensspielraums ebenso zu prüfen, ob sie [...] tätig werden muss, weil Interessen der Gemeinschaft berührt werden“¹⁵¹.

¹⁴⁷ Pielow, JuS 2006, 781.

¹⁴⁸ EuGH, Rs C-263/86, *Humbel*, Slg 1988, I-5365 Rz 18; EuGH, Rs C-109/92, *Wirth*, Slg 1993, I-6447 Rz 15; Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 29; Näher *Kleis/Nicolaides*, EStAL 3/2006, 507f; *Huber/Prikoszovits*, EuZW 2008, 171.

¹⁴⁹ *Ibid* Tz 30.

¹⁵⁰ Darunter fallen jedenfalls Tätigkeiten von „Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen“.

¹⁵¹ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 30.

2.3 Systematisierungsansätze

2.3.1 Allgemeines

Während die Kommission sich überwiegend damit begnügt, die Rechtsprechung in ihren Stellungnahmen zu rezitieren, fehlt bislang ein allgemeiner Ansatz, der eine verlässliche Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten gestatten würde.¹⁵²

Jennert lehnt die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte kategorisch als dogmatisch inkonsistent ab und schlägt einen gänzlich neuen Ansatz vor.¹⁵³ Da jedoch nicht zu erwarten ist, dass der Gerichtshof von seiner bisherigen Entscheidungspraxis völlig abkehrt, sind jene Ansätze vorzuziehen, welche die kasuistische Rechtsprechung einer Systematisierung zuzuführen versuchen. Zu diesen gehören zum einen die Schlussanträge von GA *Maduro* in der Rechtssache *FENIN*¹⁵⁴ und das bewegliche System nach *Raptis*, das eine Beurteilung der wirtschaftlichen Natur anhand mehrerer Kriterien vornimmt.¹⁵⁵

2.3.2 Analyse der Rechtsprechung durch Generalanwalt *Maduro*

In seinen Schlussanträgen im Berufungsverfahren gegen das *FENIN*-Urteil des EuG¹⁵⁶ unternimmt GA *Maduro* den Versuch, aus der Rechtsprechung zwei abstrakte Abgrenzungskriterien abzuleiten. Dabei handelt es sich laut *Maduro* zum einen um das Vergleichbarkeitskriterium, zum anderen um das Kriterium der Teilnahme an einem Markt oder der Ausübung einer Tätigkeit im Kontext eines Marktes.

Das Vergleichbarkeitskriterium wende der Gerichtshof in *Höfner und Elser* und *Ambulanz Glöckner* an. Jede Tätigkeit, die von einer privaten Einrichtung mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden könnte, sei wirtschaftlicher Natur. Eine wörtliche Anwendung dieses Grundsatzes hätte jedoch eine Anwendung der

¹⁵² Vgl. *Jennert*, WuW 2004, 41.

¹⁵³ Vgl. *Jennert*, WuW 2004, 42ff. Nichtwirtschaftlich sind nur Tätigkeiten, die unmittelbar mit der Ausübung staatlichen Zwangs verbunden sind. Alle anderen Tätigkeiten unterliegen den Wettbewerbsregeln.

¹⁵⁴ Schlussanträge des GA *Maduro*, Rs C-205/03 P, *FENIN*, (Rechtsmittel gegen Rs T-319/99, Slg 2000, II-257), noch nicht in der Slg veröffentlicht.

¹⁵⁵ *Raptis*, ZÖR 2009, 53ff.

¹⁵⁶ Schlussanträge des GA *Maduro*, Rs C-205/03 P, *FENIN*, (Rechtsmittel gegen Rs T-319/99, Slg 2000, II-257), noch nicht in der Slg veröffentlicht.

Wettbewerbsvorschriften auf sämtliche Tätigkeiten zur Folge, da rein theoretisch jede Tätigkeit von Privaten ausgeübt werden könne.¹⁵⁷

Um einer schrankenlosen Anwendung des Wettbewerbsrechts entgegenzuwirken, knüpfte der Gerichtshof den wirtschaftlichen Charakter einer bestimmten Tätigkeit an eine weitere Voraussetzung: der Teilnahme an einem Markt. Ausschlaggebend sei die Ausübung der Tätigkeit unter Marktbedingungen mit dem Ziel der Kapitalvermehrung im Gegensatz zum Solidaritätsprinzip. Verhindern auf einem Markt rechtliche Barrieren die Entstehung von Wettbewerb, so lasse sich mit diesem Kriterium ermitteln, ob trotz Marktabstottung eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliege oder nicht. Durch dieses Kriterium würden solidarische Grundversorgungssysteme und hoheitliche Tätigkeiten ausgeklammert werden.¹⁵⁸

2.3.3 Bewegliches System nach *Raptis*

Der Systematisierungsversuch von GA *Maduro* hat einen wertvollen Weg von einer Einzelfallbetrachtung zu einem generell-abstrakten Ansatz aufgezeigt, bedauerlicherweise jedoch die einzelnen Kriterien nicht hinreichend konkretisiert, um in der Praxis als griffiges Abgrenzungsinstrument operieren zu können. *Raptis* hat hingegen ein in der Rechtsprechung verankertes verfeinertes Abgrenzungsschema skizziert, das auf zwei Unterscheidungskriterien beruht.¹⁵⁹

In einem ersten Schritt wird untersucht, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt in Form von Zwangsbefugnissen verbunden ist, bejahendenfalls eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.¹⁶⁰ Im gegenteiligen Fall wird als zweites Kriterium die Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit anhand eines beweglichen Systems geprüft, das aus drei Subkriterien besteht.

Als erstes Subkriterium fragt das Marktkriterium nach der Existenz eines Marktes, wobei aus der Rechtsprechung hervorgehe, dass auch abgeschottete Märkte mit potentieller Konkurrenz Wirtschaftlichkeit begründen können, wenn potentielle Wettbewerber auf den

¹⁵⁷ *Ibid* Rz 11f.

¹⁵⁸ *Ibid* Rz 13ff.

¹⁵⁹ *Raptis*, ZÖR 2009, 53ff.

¹⁶⁰ *Ibid* 15ff.

Markt drängen. Das Vorliegen realer Konkurrenz sei ein starker Indikator für die Wirtschaftlichkeit einer bestimmten Tätigkeit.¹⁶¹

Die Entgeltlichkeit einer Leistung bildet das zweite Subkriterium, das die wirtschaftliche Natur einer Tätigkeit indiziert. Entgeltlichkeit sei dort anzunehmen, wo als Äquivalent zur erhaltenen Leistung eine Gegenleistung erbracht werde, die zumindest die entstandenen Selbstkosten abdecke. Die Rechtsprechung weise allerdings erhebliche Unschärfen auf, wenn es um die Berechnung der Äquivalenz gehe.¹⁶²

Das dritte Subkriterium stellt auf das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ab, die entweder aus Gesetzesbestimmungen, Verträgen u.Ä. hervorgehen könne oder bei längerfristiger Betrachtung über mehrere Geschäftsperioden ersichtlich werde. Diesem Subkriterium komme in der Rechtsprechung dennoch noch keine große Bedeutung zu.¹⁶³

Zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit einer bestimmten Tätigkeit wird die Ausprägung der einzelnen Subkriterien im Einzelfall untersucht. Lagen alle Kriterien vor oder sei ein bestimmtes Kriterium überdurchschnittlich stark ausgeprägt, so ist die Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit anzunehmen, wobei freilich Graubereiche in der Mitte des Spektrums bestehen bleiben.¹⁶⁴

2.4 Fazit

Auch diese wertvollen Systematisierungsansätze können dem Bedürfnis der mitgliedstaatlichen Leistungserbringer nach mehr Rechtssicherheit¹⁶⁵ nicht vollumfänglich Rechnung tragen.

Die Kommission hat in ihrem Weißbuch angekündigt, die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten auf Wunsch der mitgliedstaatlichen Leistungserbringer klarstellen zu wollen.¹⁶⁶ In der DAI-Mitteilung aus 2007 wurde dieses Unterfangen offensichtlich aufgegeben. Die Kommission stellt dort inhaltlich ausweichend

¹⁶¹ *Ibid* 70ff.

¹⁶² *Ibid* 75ff.

¹⁶³ *Ibid* 80ff.

¹⁶⁴ *Ibid* 83.

¹⁶⁵ Siehe Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 46.

¹⁶⁶ Kom, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2004) 374 endg 17.

fest, es gebe keine Pauschalantwort auf diese Frage, sondern es müsse auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden.¹⁶⁷

Die rechtlichen Wirkungen einer solchen Klarstellung würden jedoch ohnehin über eine Schilderung der Rechtsansicht der Kommission nicht hinausgehen: Erstens könnte diese für den EuGH keine Bindungswirkung entfalten.¹⁶⁸ Zweitens ist die Kommission nicht befugt, kompetenzrechtlich über den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts und somit über ihren eigenen Wirkungsbereich zu entscheiden. Der Beitrag zu mehr Rechtssicherheit wäre somit denkbar gering.

Zum anderen wird die Lösung der Abgrenzungsschwierigkeiten durch eine taxative Aufzählung nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten in Form eines Verzeichnisses von Kommission und Literatur zu Recht abgelehnt. Denn der technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Wandel verleiht der Abgrenzung eine Dynamik, die eine vollständige und endgültige Auflistung nicht nur unerwünscht, sondern auch unmöglich macht.¹⁶⁹

Eine taxative Aufzählung ist nicht zuletzt aus dem Grund abzulehnen, dass die Modalitäten der Leistungserbringung – wie etwa die Existenz eines Marktes, Entgeltlichkeit und Gewinnabsicht – die wirtschaftliche Natur der Leistung determinieren. Eine bloße Aufzählung in Form einer namentlichen Bezeichnung verschiedener Tätigkeiten könnte die wirtschaftliche Natur einer spezifischen Tätigkeit daher nicht verlässlich ausschließen. Eine allzu detaillierte Beschreibung würde wiederum der Zielsetzung widersprechen, die kasuistische Ausprägung der Unterscheidung durch ein generell-abstraktes Konzept zu ersetzen.

Zusammenfassend gestattet die gegenwärtige Rechtslage keine andere Alternative, als die kasuistische Rechtsprechung in ihren immanenten Grenzen zu systematisieren, wobei die rechtsdogmatisch nicht überzeugende Segmentierung in mehrere nichtwirtschaftliche Ausnahmekategorien (zB soziale Grundversorgungssysteme oder staatliche Bildungseinrichtungen) als richterliche Rechtsfortbildung zu akzeptieren ist. Die europäischen Gerichte mögen zukünftig der Rechtsprechung mehr Systematik verleihen.

¹⁶⁷ Kom, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen Europas neues Engagement v 20.11.2007, KOM(2007) 725 endg 5f.

¹⁶⁸ Vgl *Nettesheim*, EWS 2002, 256.

¹⁶⁹ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Tz 45; *Nettesheim*, EWS 2002, 256.

3 Ausgleichsleistungen und das Vorliegen einer Begünstigung im Sinne von Art 87 Abs 1

3.1 Allgemeines

Der dritte Abschnitt beginnt mit einer Einführung zum Tatbestandselement der Begünstigung. Anschließend wird die Auseinandersetzung der europäischen Gerichte, der Kommission und der Literatur bis zum Leiturteil *Altmark* geschildert und letzteres einer eingehenden Bewertung unterzogen. Der Schwerpunkt des Abschnitts liegt mit der eingehenden Untersuchung der *Altmark*-Kriterien auf einer Darstellung der Entwicklungen *post Altmark*. Besonderes Augenmerk wird dabei jüngeren Urteilen des EuG und der Genehmigungspraxis der Kommission, insbesondere zum vierten *Altmark*-Kriterium, geschenkt. Der letzte Teil des Abschnitts ist schließlich beihilfenpolitischen Erwägungen gewidmet.

3.2 Tatbestandsvoraussetzung der Begünstigung

Die Tatbestandsvoraussetzung der Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Ansicht der Literatur weit auszulegen.¹⁷⁰ Dabei ist der Begriff der Beihilfe ein objektiver Begriff, der nicht nach Gründen oder Zielsetzungen einer staatlichen Maßnahme unterscheidet, sondern lediglich auf deren Wirkungen abstellt.¹⁷¹

3.2.1 Empfang einer Leistung ohne marktgerechte Gegenleistung

Eine Leistung kann entweder durch positive Handlungen, etwa aktive Mittelzufuhren, oder durch eine Verminderung von Belastungen für das Unternehmen erfolgen.¹⁷² Für die Beurteilung der Beihilfeneigenschaft einer staatlichen Maßnahme ist nach ständiger Rechtsprechung zu prüfen, „ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche

¹⁷⁰ Vgl. EuGH, Rs 30/59, *Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde*, Slg 1961, 3; EuGH, Rs 47/69, *Frankreich/Kom*, Slg 1970, I-487; EuGH, Rs C-200/97, *Ecotrade/AFS*, Slg 1998, I-7907 Rz 34; Thiesing in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV-Kommentar³ (1983, Art 92 Rz 2).

¹⁷¹ St Rsp, EuGH, Rs C-173/73, *Italien/Kom*, Slg 1974, I-709 Rz 26; EuGH, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769 Rz 34.

¹⁷² Bereits 1961, EuGH, Rs 30/59, *Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde*, Slg 1961, 3: „Der Begriff der Beihilfe ist weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinn des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen.“ Obwohl das Urteil den Montanbereich betraf, sind diese grundlegenden Ausführungen noch heute st Rsp.

Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte¹⁷³. Ausschlaggebend ist daher, dass durch die staatliche Maßnahme dem Empfänger freiwillig¹⁷⁴ ein finanzieller Vorteil ohne angemessene, dh marktübliche, Gegenleistung zugewendet wird.¹⁷⁵ Eine Begünstigung ist hingegen ausgeschlossen, wenn dem finanziellen Vorteil eine marktgerechte Gegenleistung in einem wirtschaftlich verbundenen, wechselseitigen Zusammenhang gegenübersteht.¹⁷⁶

3.2.2 Ermittlung der Angemessenheit der Gegenleistung

Keine Probleme bereiten marktgängige Leistungen, für die ein transparenter bezifferbarer Marktpreis vorhanden ist (zB börsennotierte Wertpapiere). In diesen Fällen darf die Gegenleistung des Unternehmens den Marktpreis nicht unterschreiten. In vielen Fällen bereitet jedoch die Ermittlung des Marktwertes beträchtliche Schwierigkeiten. Einerseits kann der Marktpreis einer Leistung erheblichen Schwankungsbreiten unterliegen (etwa bei Unternehmensveräußerungen in Folge von Privatisierungen), andererseits existiert für manche Leistungsarten kein Markt (davon sind vor allem Daseinsvorsorgeleistungen betroffen). Für diese Problemfelder hat die Kommission formale Kriterien entwickelt, welche Transparenz bzw Nachvollziehbarkeit bei der Ermittlung der Angemessenheit der Gegenleistung gewährleisten sollen. So wird idR eine Begünstigung dann verneint, wenn die Gegenleistung in einem „objektiven Verfahren“ bestimmt wurde. Als solches kommen ein offenes Bietverfahren und die Erstellung eines objektiven Wertgutachtens durch unabhängige Sachverständige in Betracht. Bei marktgängigen Leistungen kann der „market economy investor“-Test Aufschluss über die Angemessenheit geben.¹⁷⁷

3.2.2.1 Privatinvestortest

Verhält sich der Staat wie ein privater Investor („market economy investor“), liegt kein Eingriff in den Wettbewerb und daher auch keine staatliche Beihilfe vor. Die

¹⁷³ EuGH, Rs C-39/94, *SFEI*, Slg 1996, I-3547 Rz 60; EuGH, Rs C-345/96, *Tubacex*, Slg 1999, I-2459 Rz 41; EuG, Rs T-46/97, *SIC*, Slg 2000, II-2125 Rz 66.

¹⁷⁴ Schadenersatzleistungen, Rückerstattung rechtswidrig erhobener Leistungen uä werden „unfreiwillig“ gewährt und sind nicht erfasst, *Bär-Bouyssière* in: *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009), Art 87 Rz 27 mN aus der Rsp.

¹⁷⁵ Statt aller *Bär-Bouyssière* in: *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009), Art 87 Rz 27; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 67; *Heidenhain*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003) § 4 Rz 2; *Müller-Graff*, ZHR 1988, 418, spricht von „marktrelativer Günstigkeit“.

¹⁷⁶ *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1066.

¹⁷⁷ *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 72f.

Rechtsprechung stellt diesbezüglich auf das Investitionsverhalten „eines unter normalen Marktbedingungen handelnden umsichtigen Privatanlegers“¹⁷⁸ ab. Sie leitet den „market economy investor“-Test aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen ab, wonach „Mittel, die der Staat einem Unternehmen direkt oder indirekt unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung stellt, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen sind“¹⁷⁹. Für den Test ist eine *ex ante*-Sicht der Umstände zum Investitionszeitpunkt maßgeblich.¹⁸⁰

Dieser Grundsatz hat laut Rechtsprechung für sämtliche Bereiche der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr Geltung.¹⁸¹ Aus Sicht der Kommission findet das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Privatinvestors auf alle Investitionen in kommerzielle Aktivitäten Anwendung, bei denen der Staat eine Ertragsperspektive hat.¹⁸²

Im Rahmen des Vergleichstests ist die Erwartung des hypothetischen Privatinvestors jedoch nicht ausschließlich auf eine Gewinnmaximierung kurzfristiger Natur beschränkt. So können im Einzelfall auch längerfristige Rentabilitätsaussichten Berücksichtigung finden.¹⁸³

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht gilt der Privatinvestorgrundsatz nicht nur für den Fall staatlicher Leistungserbringung an Unternehmen, sondern auch für die umgekehrte Konstellation unternehmerischer Leistungserbringung an den Staat. Deshalb werden auch Beschaffungsvorgänge des Staates dem Vergleichstest unterzogen. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist demnach als Beihilfe zu qualifizieren, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder Investor dem beauftragten Unternehmen den Vorteil nicht gewährt hätte.¹⁸⁴

Allerdings führt mangelndes marktwirtschaftliches Verhalten des Staates nicht automatisch zu einer Begünstigung iSd Art 87 Abs 1. Während bei einfach gestalteten Leistungsaustauschen idR eine solche Begünstigung vorliegen wird, ist dies bei komplexen

¹⁷⁸ EuGH, Rs T-358/94, *Air France/Kom*, Slg 1996, II-2106 Rz 70 ; EuGH, Rs C-303/88, *ENI-Lanerossi*, Slg 1991, I-1433 Rz 20ff; EuGH, Rs C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg 1991, I-1603.

¹⁷⁹ EuGH, Rs C-303/88, *ENI-Lanerossi*, Slg 1991, I-1433 Rz 20; EuGH, Rs T-358/94, *Air France/Kom*, Slg 1996, II-2106 Rz 70 ; EuGH, Rs T-296/97, *Alitalia/Kom*, Slg 2000, II-3871 Rz 80.

¹⁸⁰ EuG, Rs T-16/96, *Cityflyer Express*, Slg 1998, II-757 Rz 76; *Sühnel*, EWS 2007, 117.

¹⁸¹ *Heidenhain*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003) § 4 Rz 4 mN aus der Rsp.

¹⁸² Kom-E vom 15.10.2003, *RAI*, Staatliche Beihilfe C 62/99 (ex NN 140/1998), ABI 2004 L 119/1 Tz 84.

¹⁸³ *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 74 mN.

¹⁸⁴ *Heidenhain*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003) § 4 Rz 4; siehe dazu unten Pkt 3.6.5.1.1.1.

Transaktionen nicht zwangsläufig der Fall. Es scheidet lediglich die Verneinung der Beihilfeneigenschaft bereits allein aufgrund der Handlungsweise des Mittelgebers aus.¹⁸⁵

Schwierigkeiten bereitet der „market economy investor“-Test freilich dort, wo nicht einfache synallagmatische Austauschbeziehungen, sondern komplexe Transaktionen zu beurteilen sind. Darüber hinaus hat der Gerichtshof anerkannt, dass ein mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben betrautes Unternehmen nicht immer mit einer privaten Unternehmensgruppe verglichen werden kann.¹⁸⁶ Ist für die in Frage stehende Leistung überhaupt kein Markt vorhanden, so scheitert der „market economy investor“-Test schon an der fehlender Vergleichbarkeit staatlichen und privaten Handelns.¹⁸⁷

3.2.2.2 Begünstigungsausschließende Wirkung eines objektiven Vergabeverfahrens

Die Kommission hat im Laufe der Jahre zunehmend die Durchführung eines nichtdiskriminierenden, transparenten und wettbewerbsoffenen Ausschreibungsverfahrens als geeignetes Mittel anerkannt, eine Begünstigung des beauftragten Unternehmens entfallen zu lassen. Ursprünglich im Falle der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und der Veräußerung von Grundstücken¹⁸⁸ durch die Entscheidungspraxis der Kommission anerkannt, wurde der Anwendungsbereich des begünstigungsausschließenden Ausschreibungsverfahrens auch auf weitere staatliche Austauschbeziehungen, etwa Infrastrukturförderungsprogramme, erweitert.¹⁸⁹ Der EuGH hat diesen begünstigungsausschließenden Mechanismus in Prinzip anerkannt.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Kommentar zum EUV/EGV, Art 87 Rz 33.

¹⁸⁶ EuGH, verb Rs C-83/01, C-93/01 und C-94/01, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993, siehe ausführlich unten Pkt 4.5.5.1.2.

¹⁸⁷ Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 75.

¹⁸⁸ Siehe Kom, Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl 1997 C 209/3.

¹⁸⁹ Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 780 mN.

¹⁹⁰ Vgl EuGH, Rs C-390/98, *Banks*, Slg 2001, I-6147 Rz 77.

3.3 Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten und Art 87 Abs 1 – Entwicklung der Rechtsprechung bis *Altmark*

3.3.1 *ADBHU* – Ausgangspunkt des Ausgleichsansatzes

In der Rechtsache *ADBHU*¹⁹¹ befasste sich der Gerichtshof erstmals mit der beihilfenrechtlichen Beurteilung von staatlichen Zuschüssen, die französische Unternehmen gem der RL 75/439/EWG¹⁹² für das Abholen und Beseitigen von Altölen erhielten. Die Zuschüsse durften weder die tatsächlichen Kosten der Unternehmen übersteigen noch zu signifikanten Wettbewerbsverzerrungen führen oder künstliche Handelsströme schaffen. Der Gerichtshof gelangte zum Schluss, es handle sich bei diesen Zuschüssen um eine Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen; es liege deshalb keine Beihilfe vor.¹⁹³

3.3.2 *FFSA* und *SIC* – das EuG favorisiert den Beihilfenansatz

Der vom Gerichtshof in *ADBHU* gewählte Ausgleichsansatz wurde ein gutes Jahrzehnt später durch den Beihilfenansatz abgelöst, den das EuG im Urteil *FFSA*¹⁹⁴ anwendete. In Rede standen bestimmte Steuervergünstigungen, die der französische Staat dem öffentlichen Unternehmen *La Poste* gewährte. Die Steuervergünstigungen dienten dem Ausgleich für zusätzliche Kosten, die dem Unternehmen aus den Gemeinwohlverpflichtungen erwuchsen. So war *La Poste* mit der Erbringung zweier DAWI betraut, nämlich dem Universaldienst (ständige und flächendeckende Erbringung postalischer Dienstleistungen) und speziellen Raumordnungsverpflichtungen. Letztere verpflichteten *La Poste*, Postämter und unrentable Dienstleistungen in ländlichen Gebieten aufrecht zu erhalten.

In einem ersten Schritt stellte das Gericht zunächst fest, dass eine staatliche Beihilfe vorliege, weil die Befreiung als Vorteil anzusehen sei, welcher von staatlicher Stelle gewährt würde. Der Vorteilsbegriff des Art 87 Abs 1 umfasse jede Verminderung von

¹⁹¹ EuGH, Rs C-240/83, *ADBHU*, Slg 1985, I-531.

¹⁹² RL 75/439/EWG, ABl 1975 L 194/23.

¹⁹³ EuGH, Rs C-240/83, *ADBHU*, Slg 1985, I-531 Rz 18.

¹⁹⁴ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229, bestätigt durch EuGH, Rs C-174/97 P, *FFSA*, Slg 1998, I-1303.

Belastungen, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte.¹⁹⁵ Zudem unterscheide Art 87 Abs 1 nicht nach den Gründen und Zielen staatlicher Maßnahmen, sondern beschreibe diese nach ihren Wirkungen, sodass eine staatliche Maßnahme nach ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen sei.¹⁹⁶

In einem zweiten Schritt entschied das Gericht über die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 EG. Das Gericht stützte seine Auslegung auf den Wortlaut des Art 87 Abs 1, nach dem das Beihilfenverbot nur insoweit gelte, als der EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimme.¹⁹⁷ Für Beihilfen, die an ein mit DAWI betrautes Unternehmen gezahlt werden, stelle eben Art 86 Abs 2 EG eine solche andere Bestimmung dar.¹⁹⁸ Das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe war für das Gericht anscheinend Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Art 86 Abs 2.¹⁹⁹ Das EuG entschied schlussendlich, dass

„die Zahlung einer staatlichen Beihilfe gemäß [Art 86 Abs 2] des Vertrages dann nicht unter das Verbot des [Art 87 Abs 1] fällt, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.“²⁰⁰

Das EuG bestätigte diese Auslegung im Folgeurteil *SIC*²⁰¹. Der Rechtssache lag eine Beschwerde eines privaten Rundfunkveranstalters gegen Mittelzuweisungen zugrunde, die der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt RTP gewährt wurden, um gemeinwirtschaftliche Mehrkosten auszugleichen. Diese bestanden etwa in der Ausstrahlung von Programmen in den autonomen Regionen oder in der Zusammenarbeit mit afrikanischen Staaten mit Portugiesisch als Amtssprache. Der Beurteilung des Gerichts zufolge hat

„der Umstand, dass die staatlichen Stellen einem Unternehmen einen finanziellen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesem Unternehmen angeblich übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe im Sinne von [Art 87 Abs 1] des Vertrages [...], auch wenn dies bei

¹⁹⁵ *Ibid* Rz 167f.

¹⁹⁶ *Ibid* Rz 195.

¹⁹⁷ „Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, ...“

¹⁹⁸ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 169ff.

¹⁹⁹ *Montag/Leibenath*, Leistungen der Daseinsvorsorge und Beihilfenaufsicht, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003), §30 Rz 62.

²⁰⁰ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 178.

²⁰¹ EuG, Rs T-46/97, *SIC*, Slg 2000, II-2125.

der Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß [Art 86 Abs 2] des Vertrages berücksichtigt werden kann.“²⁰²

Denn Art 87 Abs 1 unterscheidet nicht nach Gründen oder Zielen der staatlichen Interventionen, sondern definiert diese nach ihren Wirkungen. Der Beihilfenbegriff sei somit ein objektiver Begriff, der sich nur danach bestimme, ob eine staatliche Maßnahme einem oder einigen Unternehmen einen Vorteil verschaffe.²⁰³

Demnach stellen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen lediglich einen Grund bzw ein Ziel der in Rede stehenden Maßnahmen dar, berühren jedoch nicht die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe, für die lediglich die Wirkungen der staatlichen Intervention ausschlaggebend sind.

3.3.3 *Ferring* – der EuGH beschließt die Rückkehr zum Ausgleichsansatz

Der durch das Gericht erster Instanz vertretene Beihilfenansatz wurde jedoch durch den Gerichtshof durch das Urteil *Ferring* vom 22.11.2001²⁰⁴ verworfen. In diesem gab der EuGH dem Ausgleichsansatz den Vorzug.

Gegenstand des Verfahrens war eine Abgabe, die Pharmahersteller bei Direktverkäufen an Apotheken zu entrichten hatten. Ziel des französischen Gesetzgebers war die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Pharmahersteller und Arzneimittelgroßhändler. Letztere unterlagen im Gegensatz zu Pharmaherstellern der gesetzlichen Verpflichtung, zu jedem Zeitpunkt ein ausreichendes Sortiment an Medikamenten bereitzuhalten, um eine ausreichende Versorgung von Apotheken sicherzustellen. Während Arzneimittelgroßhändler zusätzliche gemeinwohlbedingte Kosten zu tragen hatten, mussten sie im Gegensatz zu den Pharmaherstellern keine Direktverkaufsabgabe entrichten.

GA *Tizzano* hatte in seinen Schlussanträgen für den Ausgleichsansatz plädiert, da durch den Mehrkostenausgleich dem Empfänger kein Vorteil entstehe, sondern lediglich eine ungerechtfertigte Benachteiligung gegenüber Wettbewerbern neutralisiert werde. Eine

²⁰² *Ibid* Rz 84.

²⁰³ *Ibid* Rz 83.

²⁰⁴ EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067.

Beihilfe sei nur insoweit anzunehmen, als die Ausgleichszahlung die Mehrkosten übersteige, da in diesem Fall eine Änderung der Wettbewerbsbedingungen erfolge.²⁰⁵

Der Gerichtshof folgte den Schlussanträgen, da er der Ansicht war, dass ein der Rechtssache *ADBHU* ähnlich gelagerter Fall vorliege. Die Befreiung von der Direktverkaufsabgabe zugunsten der Arzneimittelgroßhändler sei als Gegenleistung für die durch die gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehenden Kosten anzusehen und stelle, wie auch in *ADBHU* die Zuschüsse zu den Abhol- und Beseitigungspflichten, keine staatliche Beihilfe iSv Art 87 Abs 1 dar. Die gewährte Befreiung verschaffe den Großhändlern keinen Vorteil iSv Art 87 Abs 1, da die Maßnahme nur bewirke, dass sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen seien.²⁰⁶

Im Anschluss daran führt der Gerichtshof zu Art 86 Abs 2 aus:

„Wenn sich somit erweist, dass die Großhändler daraus, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterliegen, einen Vorteil ziehen, der die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so kann dieser Vorteil, soweit er diese zusätzlichen Kosten übersteigt, jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden, damit diese Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können.“²⁰⁷

Im Falle einer Überkompensierung der durch die Gemeinwohlverpflichtungen anfallenden Kosten ist der überschießende Betrag daher als Beihilfe einzustufen. Auch kann nach Auffassung des Gerichtshofs ein solcher Vorteil nicht durch Art 86 Abs 2 gerechtfertigt werden, da er folglich für die Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht notwendig ist.²⁰⁸

3.3.4 Standpunkt der Kommission bis *Altmark*

Die Entscheidungspraxis und der allgemeine Standpunkt der Kommission bis *Altmark* orientierten sich am im maßgeblichem Zeitpunkt von den Gemeinschaftsgerichten vertretenen Ansatz.

In ihren Leitlinien zu staatlichen Beihilfen im Luftverkehr setzte die Kommission für die Beihilfenfreiheit zunächst voraus, dass der Empfänger im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens ausgewählt wurde und der Zuschuss nicht höher als das im

²⁰⁵ Schlussanträge des GA Tizzano, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 57ff.

²⁰⁶ *Ibid* Rz 26f.

²⁰⁷ *Ibid* Rz 32.

²⁰⁸ *Ibid* Rz 33.

Angebot genannten Defizit war.²⁰⁹ Im Gegensatz dazu knüpfte die Kommission in der späteren Entscheidung *La Poste* das Nichtvorliegen von Beihilfenelementen nicht mehr an die prozedurale Voraussetzung eines Ausschreibungsverfahrens, sondern verneinte in Anlehnung an *ADBHU* die Beihilfeneigenschaft eines Ausgleichs, solange keine Überkompensation vorliege.²¹⁰ Ebenso betrachtete sie in der Entscheidung *RTP* die Finanzierung öffentlicher Aufgaben nicht als Beihilfe.²¹¹

Im Anschluss an die Entscheidung *FFSA* musste die Kommission freilich auf den Beihilfenansatz einlenken²¹² und machte die Beihilfenfreiheit des Ausgleichs wiederum von der Durchführung eines Vergabeverfahrens abhängig. Diese Entwicklung kommt in der Entscheidung *Kinderkanal und Phoenix* zum Ausdruck, in der die Rundfunkgebühren zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mangels Ausschreibungsverfahren als Beihilfe qualifiziert wurden.²¹³ Die Kommission legte den Beihilfenansatz auch der Entscheidung *BBC-News 24* und der Rundfunkmitteilung zugrunde.²¹⁴

Das *Ferring*-Urteil vom 22.11.2001 veranlasste die Kommission, zum Ausgleichsansatz zurückzukehren. Zwei Entscheidungen vom 13.2.2002 vertraten erstaunlicherweise zunächst noch den Beihilfenansatz,²¹⁵ sie sind wohl am ehesten als Ausdruck vorläufiger Verwirrung innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb über die unstete Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu verstehen. Wenig später schwenkte die Kommission auf die durch *Ferring* vorgegebene Linie ein und wandte in ihren Entscheidungen den Ausgleichsansatz an.²¹⁶

²⁰⁹ Leitlinien der Kom zur Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrags sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl 1994 C 350 Tz 18.

²¹⁰ Kom-E vom 7.10.1995, *La Poste*, ABl 1995 C 262/11, 15. Die Entscheidung wurde durch das Urteil EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 aufgehoben.

²¹¹ Kom-E vom 7.11.1996, *RTP*, ABl 1997 C 67/10, aufgehoben durch EuG, Rs T-46/97, *SIC*, Slg 2000, II-2125.

²¹² Siehe schon Kom-E vom 16.9.1997, *Gemeinnützige Abfallverwertung GmbH*, ABl 1998 L 159/58, 62: „Das Argument, die Beihilfe gleiche lediglich Mehrkosten aus, hat keinen Einfluß auf den Beihilfecharakter, ...“.

²¹³ Kom-E N 70/98 vom 24.2.1999, *Kinderkanal und Phoenix*, ABl 1999 C 238/3, Pkt 6.1.1.

²¹⁴ Kom-E NN 88/98 vom 14.12.1999, *BBC News 24*, SG(99) D/ 10201 Tz 26; Mitteilung der Kom über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl 2001 C 320/5 Tz 19.

²¹⁵ Kom-E N 548/2001 vom 13.02.2002, *Aide en faveur des télévisions locales*, C(2002) 446 fin. Kom-E N 514/2001 vom 13.2.2002, *UBS*, C(2002) 311 fin.

²¹⁶ Kom-E vom 12.3.2002, *Poste Italiane*, ABl 2002 L 282/29 Tz 119; Kom-E N 650/01 vom 12.3.2002, *An Post*, C(2002) 941 fin Tz 37ff. Kom-E N 631/2001 vom 22.5.2002, *BBC licence fee*, C(2002) 1886 fin Tz 24ff; Kom-E vom 19.6.2002, *Deutsche Post*, ABl 2002 L 247/27 Tz 66ff; Kom-E N 46/2003 vom 13.5.2003, *Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market*, C(2003) 1322 fin Tz 40.

3.4 *Altmark* – das Leiturteil vom 24.7.2003

Mit dem Urteil *Altmark*²¹⁷ hat der Gerichtshof die langjährige Auseinandersetzung über die Beihilfeneigenschaft von Ausgleichszahlungen grundsätzlich beendet.

Das Ausgangsverfahren betraf eine Rechtsstreitigkeit im öffentlichen Personennahverkehr. Der *Altmark Trans GmbH* wurde eine Genehmigung für den Betrieb von Liniendiensten durch Omnibusse verlängert. Der Antrag einer Konkurrentin auf Erteilung einer Genehmigung wurde abgewiesen, weil das Unternehmen *Altmark Trans* die geringste Ausgleichszahlung durch die öffentliche Hand benötige und somit das bessere Angebot abgegeben habe. Dem EuGH wurde unter anderem die Frage vorgelegt, ob die staatlichen Ausgleichszahlungen als Beihilfen iSv Art 87 Abs 1 zu qualifizieren seien.²¹⁸

Dem Urteil war eine einzigartige Kontroverse zwischen den Generalanwälten vorausgegangen. So trat GA *Léger* in seinen Schlussanträgen entschieden dafür ein, den Ausgleichsansatz, der *Ferring* zugrunde lag, zu verwerfen, und vertrat somit den Beihilfenansatz. In den parallelen Verfahren *GEMO* und *Enirisorse*, vertraten die GA *Jacobs* in *GEMO*²¹⁹ und *Stix-Hackl* in *Enirisorse*²²⁰ demgegenüber den vermittelnden Gegenleistungsansatz.

3.4.1 Vorangegangene Auseinandersetzung zwischen den Generalanwälten

Generalanwalt *Léger* kritisierte in seinen ersten Schlussanträgen im *Altmark*-Verfahren vom 19.3.2002²²¹ offen den vom Gerichtshof in *Ferring* gewählten Ausgleichsansatz offen kritisiert und plädierte für eine Rückkehr zum Beihilfenansatz. GA *Léger* führte gegen den Ausgleichsansatz drei Argumente an:

Zunächst vermenge das Urteil *Ferring* die Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe mit ihrer Rechtfertigung.²²² Als zweites Argument gegen die *Ferring*-Lösung

²¹⁷ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark*, Slg 2003, I-7747.

²¹⁸ Darüber hinaus ging es um die Frage, unter welchen Bedingungen Ausgleichszahlungen für Verkehrsdienste mit Art 73 bzw den VO 1191/69, 1893/91 und 1107/70 vereinbar sind. Zu den spezifischen Konsequenzen für den ÖPNV siehe *Kahl*, WBI 2003, 406ff.

²¹⁹ Schlussanträge des GA *Jacobs*, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769.

²²⁰ Schlussanträge der GA *Stix-Hackl*, verb Rs C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243.

²²¹ Schlussanträge des GA *Léger* vom 19.3.2002, EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747.

²²² *Ibid* Rz 76ff.

weist GA *Léger* darauf hin, dass der Ausgleichsansatz der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 seines Anwendungsbereiches berauben und Art 86 Abs 2 folglich nutzlos würde, da zum einen mangels Beihilfe die Anwendung des Art 86 Abs 2 im Vorhinein ausgeschlossen werde und zum anderen eine Überkompensierung niemals notwendig und gerechtfertigt sei.²²³ Drittens befürchtete GA *Léger* ein Unterlaufen der Überwachungsaufgabe der Kommission, da beim Ausgleichsansatz mangels Beihilfeneigenschaft des Zuschusses dieser nicht gem Art 88 Abs 3 der Kommission zu notifizieren wäre.²²⁴

Die Parallelverfahren *GEMO* und *Enirisorse*, welche wie *Altmark* gemeinwirtschaftlich bedingte Ausgleichszahlungen zum Gegenstand hatten, boten den GA *Jacobs* und *Stix-Hackl* die Gelegenheit, zum Problem im Allgemeinen und zu den ersten Schlussanträgen von GA *Léger* im Speziellen Stellung zu beziehen.

GA *Jacobs* sprach sich in seinen Schlussanträgen in *GEMO* vom 30.4.2002 gegen eine allgemeine Anwendung sowohl des Beihilfen- als auch des Ausgleichsansatzes aus. Gegen eine allgemeine Anwendung des Beihilfenansatzes wandte er ein, dass der Staat auch beim Kauf von Waren und Dienstleistungen nur dann beihilfenrelevant handle, wenn und insoweit die gezahlte Vergütung über das angemessene Maß hinausgehe. Des Weiteren bestehe aufgrund der Notifizierungspflicht und des damit verbundenen Durchführungsverbots des Art 88 Abs 3 die Gefahr, dass dringend zu erledigende DAWI nicht erledigt werden können.²²⁵

Aber GA *Jacobs* erhob auch gegen eine allgemeine Anwendung des Ausgleichsansatzes Einwände. In Übereinstimmung mit GA *Léger* führte er an, dass der Ausgleichsansatz dem Art 86 Abs 2 als *lex specialis* im Bereich der staatlichen Beihilfen jede Bedeutung nehme. Darüber hinaus würde das Risiko für die Mitgliedstaaten verringert werden, bestimmte potenziell nachteilige staatliche Finanzierungsmaßnahmen nicht anzumelden. So würde ein Anreiz dafür geschaffen, diese Maßnahmen einer Prüfung durch die Kommission zu entziehen.²²⁶

²²³ *Ibid* Rz 79ff.

²²⁴ Schlussanträge des GA *Léger* vom 19.3.2002, EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 91ff.

²²⁵ Schlussanträge des GA *Jacobs*, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769 Rz 114f.

²²⁶ *Ibid* Rz 116.

Als Mittelweg zwischen beiden Ansätzen entwickelte GA *Jacobs* den Gegenleistungsansatz, der Ausgleichszahlungen in zwei Kategorien einordnet. Die Einteilung richtet sich zum einen nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen und zum anderen danach, wie klar diese Verpflichtungen definiert sind. Der Ausgleichsansatz solle dann zur Anwendung kommen, wenn der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich sei. Im Gegensatz dazu solle in Fällen, in denen ein offensichtlicher bzw. unmittelbarer Zusammenhang zwischen Finanzierung und Verpflichtungen oder eine klare Definition fehle, der Beihilfenansatz Anwendung finden.²²⁷

In ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *Enirisorse* vom 7.11.2002 schloss sich GAin *Stix-Hackl* dem Gegenleistungsansatz von GA *Jacobs* an. Als Vorteil dieses Ansatzes hob sie hervor, dass dieser ermögliche, eine angemessene Vergütung der Leistungen an den Staat auch dann zu gewährleisten, wenn keine Ausschreibung durchgeführt wurde, zumal eine allgemeine Ausschreibungspflicht dem Gemeinschaftsrecht fremd sei. Die Objektivität des Beihilfenbegriffs bleibe gewahrt, da die Ziele der Mittelzuweisung nur geprüft würden, soweit dies für die Feststellung der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sei. Ein allfälliger Bedeutungsverlust des Art 86 Abs 2 ändere nichts an dieser Beurteilung, da die Bedeutung dieser Bestimmung ohnehin bei der Anwendung der sonstigen Wettbewerbsbestimmungen und im Bereich der Grundfreiheiten erhalten bleibe.²²⁸

Der Gerichtshof hatte im *Altmark*-Verfahren mit Beschluss vom 18.6.2002 die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung angeordnet. GA *Léger* bot sich daher am 14.1.2003 eine zweite Gelegenheit, seine Rechtsansicht offen zu legen und auf die mittlerweile ergangenen Schlussanträge seiner Kollegen einzugehen.

GA *Léger* verwarf sowohl den Ausgleichs- als auch den Gegenleistungsansatz. Ersterer berücksichtige nicht, dass das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nach der Rechtsprechung nur bei staatlichen Interventionen wirtschaftlichen Charakters Anwendung finde, nicht aber bei staatlichen Interventionen hoheitlichen Charakters: Zu diesen zähle

²²⁷ *Ibid* Rz 117ff.

²²⁸ Schlussanträge der GAin *Stix-Hackl*, verb Rs C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243 Rz 153ff.

typischerweise auch der Bereich der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen, in dem der Staat als Träger öffentlicher Gewalt handle und daher mit einem privaten Wirtschaftsteilnehmer nicht vergleichbar sei.²²⁹

Des Weiteren beruhe der Ausgleichsansatz auf einer Nettokonzeption des Beihilfenbegriffs, wonach keine Beihilfe vorliege, wenn der Ausgleich die Kosten der Gegenleistung nicht übersteige. Diese Konzeption widerspreche jedoch dem EGV, der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Kommissionspraxis, denen eine Bruttokonzeption zugrunde liege. So würden Art 73 und Art 87 Abs 3 zeigen, dass das Vorliegen einer Gegenleistung keine Auswirkung auf die Qualifikation der Maßnahme als Beihilfe habe. Das Vorliegen einer Gegenleistung sei vielmehr Genehmigungsvoraussetzung solcher Beihilfen nach den einschlägigen Rechtfertigungstatbeständen.²³⁰ Darüber hinaus sah der GA die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen durch das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 nicht gefährdet.²³¹ Den Gegenleistungsansatz von *Jacobs* verwarf *Légér* unter Hinweis auf dessen mangelnde Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung²³² und der mangelnden Rechtssicherheit des Begriffs des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs.²³³

3.4.2 Literatur

Die wissenschaftliche Diskussion vor *Altmark* hat sich, wie die Positionen der Generalanwälte, zwischen dem Ausgleichs- und Beihilfenansatz polarisiert.

3.4.2.1 Ausgleichsansatz

Der Ausgleichsansatz ist vor allem von *Bartosch* mit Nachdruck vertreten worden. Er kritisierte insbesondere die Beweislastumkehr, die mit dem Beihilfenansatz verbunden sei. Durch die Beihilfenvermutung würde die Beweisführung zu Lasten der Mitgliedstaaten verkehrt werden, die die Anwendbarkeit der Voraussetzungen des Art 86 Abs 2

²²⁹ *Ibid* Rz 15ff.

²³⁰ *Ibid* Rz 28ff.

²³¹ *Ibid* Rz 53ff.

²³² *Ibid* Rz 80f mN.

²³³ *Ibid* Rz 85ff.

nachweisen müssten. Die Kommission sei dagegen von ihrer Amtsermittlungspflicht entbunden, den Nachweis für das Vorliegen einer Beihilfe zu erbringen.²³⁴

Auch *Montag/Leibenath* vertraten den Ausgleichsansatz. Dieser sei mit der Objektivität des Beihilfebegriffs vereinbar. Das Empfängerunternehmen erhalte nämlich zunächst durch die Zahlung einen wirtschaftlichen Vorteil, den andere Unternehmen, die keine vergleichbaren Leistungen erbringen, nicht bekämen. Gleichzeitig bewirke die Zahlung aber auch, die Mehrkosten, die dem Unternehmen durch die Erbringung der DAWI entstehen, auszugleichen. Im Saldo würden sich diese beiden Wirkungen neutralisieren. Die durch das Unternehmen erbrachte DAWI und die Gegenleistung des Staates würden ein Austauschverhältnis bilden, sodass keine Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 vorliege. Dem Einwand, der Ausgleichsansatz verkürze den Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2, sei zu entgegnen, dass die Bedeutung von Art 86 Abs 2 im allgemeinen Wettbewerbsrecht und im Bereich der Grundfreiheiten unberührt bleibe. Doch auch hinsichtlich des Art 87 Abs 1 verliere Art 86 Abs 2 nicht seine Bedeutung, seien es doch die materiellen Wertungen des Art 86 Abs 2, die auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 ausschlaggebend seien, Ausgleichsleistungen für DAWI vom Beihilfenverbot auszunehmen.²³⁵

Nettesheim trat wiederum grundsätzlich für die Beihilfenfreiheit eines Mehrkostenausgleichs ein, wollte aber nicht einen Ausgleich der tatsächlichen Kosten, sondern nur der Marktkosten zulassen.²³⁶

3.4.2.2 Beihilfenansatz

Eine andere Meinungsgruppe lehnte den Ausgleichsansatz ab.²³⁷ Insbesondere wurde die Grundannahme des Ausgleichsansatzes in Zweifel gezogen, nämlich dass ein Mehrkostenausgleich geeignet sei, als angemessene Gegenleistung das Begünstigungselement entfallen zu lassen. Denn der Privatinvestortest könne bei der Beurteilung von finanziellen Zuwendungen, die es im privatwirtschaftlichen Bereich nicht gebe, mangels marktüblicher Gegenleistung keine Anwendung finden.²³⁸ Die bloße

²³⁴ *Bartosch*, CMLR 2002, 563; *Bartosch*, EuZW 2000, 334.

²³⁵ *Montag/Leibenath* in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003) §30 Rz 88ff.

²³⁶ *Nettesheim*, EWS 2002, 261.

²³⁷ *Gundel*, RIW 2002, 225f; *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 183ff; *Koenig*, EuZW 2001, 744; *Britz*, DVBl 2000, 1644.

²³⁸ *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 183ff.

Existenz einer Gegenleistung könne jedenfalls nicht beihilfenbefreiend wirken, weil kaum eine Beihilfe ohne Gegenleistung gewährt werde.²³⁹ Ein häufig anzutreffender Einwand ist, dass der Ausgleichsansatz ineffiziente Unternehmensstrukturen belohne, wenn die Gesamtkosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausgeglichen würden.²⁴⁰ Zentraler Kritikpunkt an der *Ferring*-Lösung war ferner deren wettbewerbsverzerrende Wirkung, da bei einem Ausgleich der tatsächlichen Kosten dem Unternehmen zwar kein Gewinn verbleibe, aber durch eine Auslastung von Kapazitäten durch Aufträge Verluste verhindert bzw minimiert und der Bestand des Unternehmens dadurch garantiert werde.²⁴¹

3.4.3 Urteil des EuGH

Der Gerichtshof ist dem Beihilfenansatz nicht gefolgt. Unter Berufung auf *ADBHU* und *Ferring* stellte der Gerichtshof fest, dass eine staatliche Maßnahme nicht als Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 zu qualifizieren sei, soweit sie als Ausgleich anzusehen sei, der die Gegenleistung für Leistungen bilde, die von den Unternehmen, denen sie zugute komme, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werde, sodass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhielten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirke, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.²⁴² Der Gerichtshof knüpft den Entfall der Beihilfeneigenschaft des Ausgleichs jedoch an die kumulative Erfüllung folgender vier Voraussetzungen (iF: *Altmark*-Voraussetzungen bzw *Altmark*-Kriterien):

„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.“²⁴³

„Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein

²³⁹ Gundel, RIW 2002, 225.

²⁴⁰ Koenig/Kühling, ZHR 2002, 681f; Nettesheim, EWS 2002, 261f (von diesem Einwand abgesehen aber für den Ausgleichsansatz); Nicolaidis, ECLR 2002, 316.

²⁴¹ Gundel, RIW 2002, 225; Erhardt, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 186.

²⁴² EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 87.

²⁴³ *Ibid* Rz 89.

finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von [Art 87 Abs 1] fällt.“²⁴⁴

„Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.“²⁴⁵

„Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“²⁴⁶

Der Gerichtshof stellt ferner klar, dass die vier Voraussetzungen kumulativ zu verstehen sind. Bei Nichterfüllung einer oder mehrerer Voraussetzungen ist die Ausgleichsleistung als Beihilfe zu qualifizieren.²⁴⁷

3.4.4 Reaktionen in der Literatur

Das Urteil ist in der Literatur vorwiegend auf Zustimmung gestoßen.²⁴⁸ Es wurde als erfolgreicher Versuch gesehen, zwischen den widerstreitenden Standpunkten eines Ausgleichs- oder Beihilfenansatzes eine Balance zu finden.²⁴⁹ Im Allgemeinen positiv hervorgehoben wurde die Stärkung des Wettbewerbs in der Daseinsvorsorge durch das Urteil.²⁵⁰ Die Reduktion der ausgleichsfähigen Kosten auf die Marktkosten sei geeignet, Quersubventionierungen kommerzieller Geschäftsbereiche zu verhindern.²⁵¹ Es wurde auf den Umstand hingewiesen, dass in der Daseinsvorsorge vielfach anzutreffende Finanzierungspraktiken wie pauschale Verlustübernahmen oder die Praxis der

²⁴⁴ *Ibid* Rz 90f.

²⁴⁵ *Ibid* Rz 92.

²⁴⁶ *Ibid* Rz 93.

²⁴⁷ *Ibid* Rz 94.

²⁴⁸ *Leibenath*, EuR 2003, 1059; *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503ff; *Wernicke*, EuZW 2003, 481; *Alexis*, CPN 3/2003, 6f; *Santamato/Pesaresi*, CPN 1/2004, 21; *Danner*, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge (2006) 188ff mwN in Fn 809.

²⁴⁹ *Santamato/Pesaresi*, CPN 1/2004, 17.

²⁵⁰ *Leibenath*, EuR 2003, 1066; *Werner/Köster*, EuZW 2003, 504.

²⁵¹ *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1205.

Quersubventionierung in Mehrspartenunternehmen nicht den *Altmark*-Kriterien entsprechen.²⁵²

Eine andere Meinungsgruppe hat die *Altmark*-Lösung aufgrund der Vermengung von Elementen des Art 87 Abs 1 mit jenen des Art 86 Abs 2 abgelehnt. So würde sich keine der vier Kriterien dem Tatbestand des Art 87 Abs 1 entnehmen lassen, weshalb diese Lösung nicht zuletzt in Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz öffentlicher und privater Unternehmen unhaltbar sei.²⁵³ Der Gerichtshof betreibe eine teleologische Reduktion des Beihilfenbegriffs, weil eine verfahrensrechtliche Voraussetzung wie die Pflicht zur vorherigen und transparenten Aufstellung der Kostenparameter für den materiellen Begriff der Beihilfe herangezogen werde. Die Nichteinhaltung dieser neu eingeführten Verfahrensbedingungen wirke im Fall eines nachträglichen Ausgleichs selbst bei Vorliegen einer marktgerechten Gegenleistung beihilfenbegründend, obwohl der Empfänger wirtschaftlich gleich dastehe. Der Zuwendungszeitpunkt werde so zum ausschlaggebenden Kriterium erkoren.²⁵⁴

Zu einer differenzierten Bewertung des Urteils kommen *Santamato/Pesaresi*. Die Autoren aus der Generaldirektion Wettbewerb begrüßen grundsätzlich *Altmark*, doch auch sie empfinden jedoch die Vermengung von verfahrensrechtlichen und materiellen Voraussetzungen als problematisch. Eine Beihilfe könne durch die Einführung verfahrensrechtlicher Kriterien paradoxerweise selbst dann vorliegen, wenn die Ausgleichszahlung zum Marktpreis erfolgt. Umgekehrt biete die Durchführung eines Vergabeverfahrens keine Garantie, dass die Beihilfeneigenschaft des gewährten Ausgleichs entfällt. Davon abgesehen sei die Grundannahme selbst, dass ein Ausgleich der geringsten Kosten einen beihilfenrelevanten Vorteil ausschließe, nicht frei von Widersprüchen. Dies zeige nach Auffassung der Autoren ein Vergleich eines DAWI-Erbringers, der einen Ausgleich für die Eröffnung eines Postamts in einer entlegenen Region erhält, mit einem Unternehmen, das eine Ausgleichszahlung als Gegenleistung dafür erhält, in einer strukturell benachteiligten Region zu produzieren. Im ersten Fall liege gemäß der *Altmark*-Doktrin keine Beihilfe vor, im zweiten unbestritten eine Regionalbeihilfe. Die Ungleichbehandlung dieser Sachverhalte, die beide eine

²⁵² Ronellenfitsch, VerwArch 2004, 441; Werner/Köster, EuZW 2003, 503f.

²⁵³ Jennert, NVwZ 2004, 426f.

²⁵⁴ Kämmerer, NVwZ 2004, 28.

Kompensierung von Wettbewerbsnachteilen zum Gegenstand haben, sei schwer zu begründen.²⁵⁵

Kube analysiert das Kompetenzgefüge in der Daseinsvorsorgefinanzierung hingegen aus verfassungsrechtlicher Perspektive und gelangt zu einer positiven Einschätzung der *Altmark*-Lösung. Die Kompetenzverteilung des EG-Vertrags sehe unterschiedliche Beurteilungsebenen einer staatlichen Transferleistung vor. Das Beihilfenverbot gewährleiste unverfälschte Wettbewerbsbedingungen als Grundlage eines freien Handels im Gemeinsamen Markt. Da der Wettbewerb bei Begünstigung eines Unternehmens verfälscht werde, bilde Art 87 Abs 1 einen freiheitsgewährenden Maßstab gleicher Wettbewerbsfreiheit. Auf Tatbestandsebene werde die Gleichbehandlung durch die für den Entfall einer Begünstigung notwendige Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung realisiert, deren Wirkungszusammenhang am Marktmaßstab gemessen werde. Anderes treffe auf die Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 zu, die nicht der Verwirklichung gleicher Wettbewerbsfreiheit, sondern der mitgliedstaatlichen Gemeinwohlverfolgung diene. Die beihilfenrechtlichen Ausnahmetatbestände würden dem staatlichen normativen Ausgestaltungswillen Raum verschaffen, weshalb auch ein nicht marktkonformer Ausgleich nach Art 86 Abs 2 genehmigt werden könne. Dieses kompetenzrechtliche Mehrebenensystem spiegelt sich nach Ansicht des Autors im *Altmark*-Urteil wider.²⁵⁶

In einer kritischen Gesamtwürdigung der Diskussion hebt *Jennert* insbesondere die Vermengung der Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 und der Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 hervor. Zunächst würden die Gegner des Ausgleichsansatzes fälschlicherweise die Kontrollkompetenzen der Kommission und das Durchführungsverbot des Art 88 Abs 3 als Argumente für das Vorliegen einer Beihilfe heranziehen, obwohl es sich dabei um Rechtsfolgen des Vorliegens einer Beihilfe handle. Ebenso sei zweifelhaft, ob Art 73 den Beweis für den Beihilfenansatz erbringe, da man Art 73 auch als *lex specialis* des überaus wettbewerbsintensiven Verkehrsbereiches sehen könne. Darüber hinaus sei der behauptete Verstoß gegen die Objektivität des Beihilfenbegriffs nicht überzeugend, weil dieser bei der Beurteilung der Gegenleistung nicht nach dem Zwecke der Leistung frage.²⁵⁷

²⁵⁵ *Santamato/Pesaresi*, CPN 1/2004, 18ff.

²⁵⁶ *Kube*, EuR 2004, 236ff/245f.

²⁵⁷ *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 106f.

Eine Vermengung von Tatbestands- und Rechtfertigungsebene müsse sich aber insbesondere die *Ferring*- und die *Altmark*-Lösung vorwerfen lassen. Letztere führe zwei Voraussetzungen des Art 86 Abs 2 in den Tatbestand von Art 87 Abs 1 über und beseitige dadurch das Regel-Ausnahmeverhältnis der beiden Normen und dadurch die vertragliche Systematik. Die gleiche Kritik gelte auch der Auffassung des Gerichtshofs über die erstattungsfähigen Kosten. Denn eine marktübliche Gegenleistung, welche die Begünstigung auf Ebene des Art 87 Abs 1 entfallen lasse, entspreche den geringsten am Markt erforderlichen Kosten für eine bestimmte Leistung. *Ferring* habe hingegen die tatsächlichen Kosten, *Altmark* die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens für ausgleichsfähig gehalten.²⁵⁸

Eine ausführliche Abwägung der Argumente der widerstreitenden Ansätze hat *Schwendinger* vorgenommen.²⁵⁹ Der Autor vertritt den Beihilfenansatz und führt als erstes Argument die Unterscheidung zwischen Nachteilsausgleich und angemessener Gegenleistung an. Begünstigungsausschließend sei lediglich ein marktangemessenes Austauschverhältnis, aber nicht ein bloßer Ausgleich der Nachteile, die mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben verbunden sind. Ein solcher Nachteilsausgleich, der etwa mit dem Ausgleich von Standortnachteilen verglichen werden könne, erfülle gerade nicht das Kriterium der Marktüblichkeit, sondern ermögliche lediglich die Anwendung der Ausnahmetatbestände. Die beschriebene Differenzierung zwischen marktüblicher Gegenleistung und dem Ausgleich marktunüblicher Nachteile werde vom Ausgleichsansatz nicht vollzogen, der einen Ausgleich der verursachten Kosten als angemessenes Austauschverhältnis gelten lasse.²⁶⁰

Des Weiteren beruhe der Ausgleichsansatz auf einem irrigen Verständnis des Vorteilsbegriffs des Art 87 Abs 1, wenn die Neutralität eines Ausgleichs damit begründet wird, dass dem Empfänger nach dem Ausgleich kein echter Vorteil verbleibt. Diese Annahme blende den marktbezogenen Charakter des Beihilfenbegriffs aus, der sich im Privatinvestortest manifestiere. Marktferne öffentliche Interessen würden sich nicht in die ökonomische Wertigkeit des Beihilfentatbestands transformieren lassen, da ein vom Profitstreben geleiteter Privatinvestor defizitäre Dienstleistungen nicht erbringen würde.

²⁵⁸ *Ibid* 108f.

²⁵⁹ *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 276ff. Es werden nur jene Argumente angeführt, die im Text bisher noch keine Erwähnung gefunden haben.

²⁶⁰ *Ibid* 276f.

Andererseits finde eine Nichtanwendung des Privatinvestortest für bestimmte Sektoren in der Rechtsprechung keine Stütze.²⁶¹

Der Autor bewertet *Altmark* pragmatisch. Nach seinem Verständnis kommt in der Praxis der Gerichte und der Kommission das Urteil dem Beihilfenansatz materiell gleich und ist daher zu begrüßen. Eine entgegengesetzte Entwicklung in Richtung des Ausgleichsansatzes sei dagegen abzulehnen.²⁶²

3.4.5 Fazit

Die zum Teil mit Vehemenz geführte Auseinandersetzung vor den Gemeinschaftsgerichten und in der Literatur um die Frage Ausgleichs- oder Beihilfenansatz hat eine Fülle an Argumenten für und wider die jeweilige Position hervorgebracht, ohne dass ein dogmatisch einwandfreies Ergebnis für einen der Ansätze sichtbar geworden wäre. Man stellt mit Ernüchterung fest, dass keiner der beiden Ansätze frei von Widersprüchen ist.

Eine dogmatisch nicht zu rechtfertigende Schwäche der Ausgleichslösung ist ihre Verkennung des in der beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane allgegenwärtigen Marktbezugs des Beihilfenbegriffs. Ein Ausgleichsansatz, der eine Begünstigung bei einem Ausgleich unabhängig von der Höhe der Mehrkosten entfallen lässt, ist mit einem marktorientierten Beihilfenbegriff nicht vereinbar.

Denn die etablierte Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane zur Ermittlung der Marktangemessenheit lässt eine klare Marktorientierung des Beihilfenbegriffs, die als zentrales Argument für die Richtigkeit des Beihilfenansatzes angeführt wird, erkennen. Diese Marktorientierung lässt sich auf die Geschichte des Privatinvestortests zurückführen, der im Kontext der Erwerbswirtschaft, dem – im Gegensatz zur Gemein- bzw Versorgungswirtschaft – primär gewinnstrebenden Bereich der Marktwirtschaft, von der Kommission entwickelt und von den Gemeinschaftsgerichten bestätigt wurde. Dabei wurde zur Bestimmung der Marktüblichkeit eines staatlichen Transfervorgangs das Verhalten eines privaten Investors zum ausschlaggebenden Vergleichskriterium erhoben. Dies ist überzeugend, zumal erwerbswirtschaftliche Aktivitäten auf die Erzielung von Gewinnen als erwerbswirtschaftliches Urmotiv ausgerichtet sind. Der Privatinvestortest macht Abweichungen vom erwerbswirtschaftlichen Primärziel der Gewinnerzielung

²⁶¹ *Ibid* 277ff.

²⁶² *Ibid* 306.

sichtbar: Deckt sich die staatliche Maßnahme nicht mehr mit diesem marktwirtschaftlichem Primärziel, ist das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht marktangemessen.

Die Anwendung des Vergleichskriteriums des privaten Investorenverhaltens stößt jedoch in der Gemeinwirtschaft, die nicht ausschließlich in Rentabilitätskategorien denkt, sondern primär marktferne Ziele verfolgt, auf Probleme. Denn der Privatinvestortest kann bei marktfernen Leistungen nur zur Bejahung einer Beihilfe führen, da ein Privatinvestor keine gewinnschmälernden gemeinwirtschaftlichen Zielsetzungen verfolgt, wie dies in der Gemeinwirtschaft der Fall ist. Dies führt zum Ergebnis, dass auch ein Ausgleich, der im Einzelfall sowohl in transparenter Weise als auch einem effizienten Aufgabenerfüller gewährt wird, eine notifizierungspflichtige Beihilfe begründet. Der Privatinvestortest führt in der Gemeinwirtschaft somit zum Ergebnis, dass die Angemessenheit der Gegenleistung ohne Rücksichtnahme auf die Transparenz und Effizienz der Aufgabenerfüllung verneint wird. Diese Beihilfenautomatik führt den Zweck des Tests, die Angemessenheit der Gegenleistung anhand eines objektiven Referenzkriteriums (des privaten Investorenverhaltens) zu bestimmen, *ad absurdum*. Aus diesem Grund kann unbeschadet der Einwände gegen den Ausgleichsansatz auch der Beihilfenansatz nicht überzeugen.

Doch welchem Ansatz hat der Gerichtshof schlussendlich den Vorzug gegeben? Auf den ersten Blick scheint *Altmark* das *Ferring*-Urteil im Grundsatz bestätigt²⁶³ und somit dem Ausgleichsansatz den Vorzug erteilt zu haben,²⁶⁴ da der Gerichtshof in einem Ausgleich gemeinwirtschaftlich verursachter Mehrkosten keine Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 sieht. Dieser Befund muss jedoch bei näherem Hinsehen revidiert oder zumindest stark eingeschränkt werden. Denn der EuGH hat über *Ferring* hinausgehend den Entfall der Beihilfeneigenschaft an die Erfüllung von vier kumulativen Voraussetzungen geknüpft, mit denen der Gerichtshof anscheinend der Kritik an der zu weit gehenden *Ferring*-Entscheidung entgegenkommen wollte.²⁶⁵

Ob diese Einschränkung der *Ferring*-Lösung als Weiterentwicklung²⁶⁶ bzw Konkretisierung²⁶⁷ dieses Urteils gesehen wird oder der Ansatz selbst in „conditional

²⁶³ *Leibenath*, EuR 2003, 1060.

²⁶⁴ Etwa *Ronellenfitsch*, VerwArch 2004, 441; *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503f; *Pielow*, RdE 2004, 45.

²⁶⁵ *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 243.

²⁶⁶ *Kahl*, WBl 2003, 401; *Thyri*, ÖZW 2003, 127.

²⁶⁷ *Leibenath*, EuR 2003, 1061.

compensation approach“²⁶⁸ (bedingter Ausgleichsansatz) oder „modifizierte Tatbestandslösung“²⁶⁹ unbenannt wird, ist wohl Geschmackssache. Tatsächlich dürfte *Altmark* – wie im Laufe dieses Teils der Untersuchung zu zeigen sein wird – in seiner Anwendung dem Beihilfenansatz näher stehen als dem Ausgleichsansatz. Der formalen Bestätigung des Ausgleichsansatzes steht somit eine materielle Annäherung an den Beihilfenansatz gegenüber;²⁷⁰ dies nicht zuletzt aufgrund der marktorientierten Formulierung der *Altmark*-Kriterien und deren strikter Anwendung durch die Entscheidungspraxis der Kommission.²⁷¹

Womöglich verstellt die Dichotomie Ausgleichs- *contra* Beihilfenansatz den Blick auf die eigentliche Natur der *Altmark*-Lösung. Der Gerichtshof scheint eine kategorische Negierung der Möglichkeit eines marktangemessenen Mehrkostenausgleichs, der einem effizient arbeitenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüller geleistet wird, als zu restriktiv empfunden zu haben, da er ansonsten dem Beihilfenansatz den Vorzug gegeben hätte. Andererseits war dem Gerichtshof bewusst, dass die extensive *Ferring*-Lösung, die der Marktorientierung des Beihilfenbegriffs eklatant widersprach, nachjustiert werden musste. Der EuGH hat deshalb beide Ansätze in einer Synthese aufgehen lassen, die keinem der beiden Ansätze eindeutig zuordenbar ist. Im vierten Kriterium wurde den Mitgliedstaaten der Weg geebnet, einen Ausgleich zu gewähren, der dem Kriterium der Marktangemessenheit entspricht. Diese Möglichkeit wurde als Effizienztest positiviert, der ein Privatinvestortest *sui generis* ist und auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 seine Funktion als Surrogat von Marktbedingungen wahrnimmt.

Ob mit dem vierten *Altmark*-Kriterium der Privatinvestortest in die Daseinsvorsorge Einzug genommen hat, wurde in der Literatur unterschiedlich beurteilt.²⁷² Eine klare Antwort kann mE nicht gegeben werden, weil der Effizienztest sowohl als gänzlich neues Mittel zur Feststellung der Marktäquivalenz einer Ausgleichszahlung als auch als eine an die Daseinsvorsorge angepasste Variante des Privatinvestortests gesehen werden kann.

²⁶⁸ *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 356.

²⁶⁹ *Jennert*, NVwZ 2004, 425ff.

²⁷⁰ So *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 242f.

²⁷¹ Siehe unten Pkt 3.6.5.2.3.

²⁷² In diesem Sinne *Padilla/Haegler*, Compensation for SGEI: an Economist's Look at the *Altmark* Test and the Community Framework, in: *Derenne/Merola* (Hrsg), *Economic Analysis of State Aid Rules* (2007), 94; *Leibenath*, 1063; *Bartosch*, EStAL 3/2003, 384; *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 357f; *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 248; aA *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 108f.

Gravierende Unterschiede zwischen dem Privatinvestortest in seiner klassischen Ausprägung und dem Effizienztest dürften daher nicht bestehen.

Eine Gesamteinschätzung des Urteils sollte nicht die politische Brisanz der Auseinandersetzung ausblenden. Der Vorwurf der Vermengung der Tatbestandselemente des Art 87 Abs 1 und des Art 86 Abs 2 ist dogmatisch ebenso begründet wie die Kritik an der Verbindung substantieller und prozeduraler Voraussetzungen. Allerdings dürften bei der Entscheidungsfindung die Konsequenzen und die Akzeptanz der Rechtsprechung eine mindestens ebenso große Rolle für den EuGH gespielt haben, der letztendlich pragmatischen Erwägungen den Vorzug gegeben haben dürfte. In diesem Sinne ist die Quadratur des Kreises²⁷³ zu bewundern, die dem Gerichtshof in *Altmark* gelungen ist. Der EuGH ist einen Kompromiss zwischen einem System des unverfälschten Wettbewerbs und dem geringstmöglichen Eingriff in die Organisationsgewalt der Mitgliedstaaten eingegangen,²⁷⁴ der die grundsätzliche Marktorientierung des Beihilfentatbestands weitgehend bewahren soll.

²⁷³ Zutreffende Bezeichnung von *Santamato/Pesaresi*, CPN 1/2004, 17.

²⁷⁴ Vgl *Wernicke*, EuZW 2003, 481.

3.5 Rechtsprechung post *Altmark*

3.5.1 EuGH

3.5.1.1 *GEMO*

Die Rechtssache *GEMO*²⁷⁵ betraf ein französisches Gesetz, das die Sammlung und Verwertung von Tierkörpern und gefährlichen Schlachtabfällen regelte. Dieses Entsorgungssystem war für Viehhalter und Schlachthöfe sowohl zwingend als auch unentgeltlich und wurde von einem privaten Unternehmen durchgeführt, welches im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde. Die Finanzierung erfolgte durch eine Fleischkaufabgabe, die hauptsächlich von Supermärkten mit Fleischeinzelhandel, nicht aber von kleineren Unternehmen des Fleischeinzelhandels erhoben wurde. Es stellte sich somit die Frage, ob die Fleischkaufabgabe als Beihilfe einzustufen war oder iSd *Altmark*-Urteils als Ausgleichsleistung für die Kosten des Entsorgungsunternehmens keine Beihilfe darstellt.

Während sich GA *Jacobs* ausführlich zu dieser Frage äußerte und für den Gegenleistungsansatz plädierte,²⁷⁶ ging der Gerichtshof in seinem Urteil vom 20.11.2003 mit keinem Wort auf die Problematik des Ausgleichs gemeinwirtschaftlicher Kosten ein, sondern begnügte sich damit, vorab die kostenlose Entsorgung als beihilfenrelevante Begünstigung der französischen Schlachthöfe zu qualifizieren. Diese hätten nämlich normalerweise nach dem Verursacherprinzip die Entsorgungskosten tragen müssen.²⁷⁷

3.5.1.2 *Enirisorse*

Die Entscheidung *Enirisorse* vom 27.11.2003²⁷⁸ hat *Altmark* bestätigt, ohne die vier Kriterien inhaltlich näher auszuführen.

Der Gerichtshof hatte über eine Abgabe auf das Ver- und Entladen von Waren in allen italienischen Häfen zu urteilen, die zu Gunsten von Unternehmen eingehoben wurde, welche mit verschiedenen Aufgaben betraut waren, darunter auch die Ent- und Verladung

²⁷⁵ EuGH, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769.

²⁷⁶ Siehe oben Pkt 3.4.1.

²⁷⁷ *Ibid* Rz 33ff.

²⁷⁸ EuGH, verb Rs C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243.

von Waren. Die Abgabe musste auch dann geleistet werden, wenn die Leistungen nicht in Anspruch genommen wurden und die in den Häfen tätigen Unternehmen die Waren mit eigenen Mitteln verluden.

Der Gerichtshof bestätigte zunächst die in *Altmark* getroffene Lösung und prüfte im Anschluss danach die betreffende Regelung anhand der einzelnen Kriterien. Während *in concreto* schon das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Betrauung stark in Zweifel gezogen wurde, verneinte der Gerichtshof die Erfüllung der zweiten und dritten *Altmark*-Voraussetzung. Die zweite Voraussetzung sei nicht erfüllt, da keine konkreten Angaben vorlägen, die im Voraus eine objektive und transparente Berechnung des Ausgleichs ermöglichen würden. Auch die dritte Voraussetzung sei nicht gewahrt, da der Umfang des Mittelzuflusses von der Menge der in den Häfen umgeschlagenen Waren und nicht von den tatsächlich anfallenden Kosten abhängt. Eine solche Regelung entspreche jedoch nicht dem Verbot einer Überkompensierung. Aus diesen Gründen sei der vorliegende Sachverhalt als Beihilfe zu qualifizieren.²⁷⁹

3.5.1.3 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*

Im Urteil *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* vom 30.3.2006²⁸⁰ hatte der Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens der italienischen Corte d'appello von Mailand ua über die beihilfenrechtliche Einstufung einer italienischen Regelung zu entscheiden, welche die Ausübung bestimmter Tätigkeiten der Beratung und des Beistands in Steuerfragen, darunter die Tätigkeiten in Zusammenhang mit der jährlichen Einkommensteuererklärung der Arbeitnehmer und diesen gleichgestellten Personen, allein den Centri di Assistenza Fiscale (Steuerbeistandszentren) vorbehielt. Die Vergütung dieser vorbehaltenen Tätigkeiten wurde aus dem Staatshaushalt geleistet und betrug pro ausgefüllter und übermittelter Erklärung rund 14 Euro.

Der Gerichtshof untersuchte die fragliche Regelung anhand der *Altmark*-Kriterien und sah die ersten beiden Voraussetzungen als erfüllt an. Zunächst könne der Beistand in Steuerfragen, der den Steuerpflichtigen bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Verpflichtungen helfen und die Erfüllung der den Finanzbehörden obliegenden Aufgaben erleichtern solle, als gemeinwirtschaftlich qualifiziert werden. Zweitens sei der Ausgleich,

²⁷⁹ *Ibid* Rz 31ff.

²⁸⁰ EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg 2006, I-2941.

der für jede erstellte und der Finanzverwaltung übermittelte Erklärung auf rund 14 Euro festgelegt wurde, geeignet, das zweite *Altmark*-Kriterium zu erfüllen. Der Gerichtshof überließ hingegen den Schlussanträgen des GA *Ruiz-Jarabo Colomer* folgend²⁸¹ die Beurteilung der letzten beiden Kriterien dem nationalen Gericht.²⁸²

3.5.1.4 Laboratoires Boiron

Eine Stellungnahme zum Verhältnis von *Altmark* zu *Ferring* hätte man sich vom Urteil *Laboratoires Boiron* vom 7.9.2006²⁸³ erwarten können. Der französische Cour de cassation war mit einer zwischenzeitlichen Verschärfung der Rechtslage bei identischem Sachverhalt konfrontiert, da, wie an oberer Stelle dargestellt, *Ferring* eine Begünstigung iSv Art 87 Abs 1 EG für den Fall einer Kompensierung der tatsächlichen Kosten verneinte und das Folgeurteil *Altmark* das Nichtvorliegen einer Beihilfe hingegen an die kumulative Erfüllung mehrerer Voraussetzungen knüpfte. Im Ausgangsverfahren ging der Cour de cassation offenbar von einer Verdrängung von *Ferring* durch *Altmark* aus und verabsäumte es, dem EuGH eine Frage über die Beurteilung jenes Teils des Ausgleichsmaßnahme vorzulegen, die iSv *Ferring* die tatsächlichen Nettokosten nicht übersteigt, jedoch eine oder mehrere *Altmark*-Kriterien nicht erfüllt. Der Gerichtshof blieb mangels eines expliziten Auskunftersuchens des Vorlagegerichts in diesem Punkt unklar, weshalb aus *Laboratoires Boiron* letztlich keine Schlussfolgerung gezogen werden kann.²⁸⁴

3.5.2 EuG

3.5.2.1 BUPA

Das Urteil *BUPA* vom 12.2.2008²⁸⁵ der dritten erweiterten Kammer des EuG ist die bislang bemerkenswerteste Präzisierung von *Altmark*. Sie enthält nicht nur Kommentierungen zu den einzelnen vier Kriterien, sondern auch wertvolle Ausführungen zu Art 86 Abs 2. Aus Platz- und Zweckmäßigkeitsgründen wird das Urteil an dieser Stelle nur in Grundzügen wiedergegeben. Auf die verschiedenen Einzelaspekte, etwa die

²⁸¹ Schlussanträge des GA *Ruiz-Jarabo Colomer*, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg 2006, I-2941 Rz 63.

²⁸² EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg 2006, I-2941 Rz 68ff.

²⁸³ EuGH, Rs C-526/04, *Laboratoires Boiron*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

²⁸⁴ Näher *Jaeger*, wbl 2006, 551.

²⁸⁵ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

Auslegung der einzelnen vier Kriterien durch das EuG, wird im jeweiligen Abschnitt der Arbeit ausführlich eingegangen.

Das in Rede stehende Ausgleichssystem betraf den irischen Markt für private Krankenversicherungen. Das irische Gesundheitssystem sah private Krankenversicherungen als alternative Versicherer zum öffentlichen Krankenversicherungssystem vor. Der Rat der freiwilligen Krankenversicherer VHI (Voluntary Health Insurance Board) war für lange Zeit bis zur Liberalisierung des Marktes der einzige zugelassene private Krankenversicherer. Zur Absicherung der Solidarität zwischen Generationen wurden im Zuge der Liberalisierung mehrere Legislativakte verabschiedet. Sie enthielten für alle Versicherer ein Verbot der Prämiendifferenzierung (Grundsatz der Einheitsprämie), den Grundsatz unbeschränkter Beitrittsmöglichkeit (Annahmepflicht) und die Verpflichtung zur lebenslangen Versicherungsdauer.²⁸⁶

Schlussendlich führte das Legislativpaket das beihilfenrechtlich interessierende Risikoausgleichssystem ein, das ein beabsichtigtes bzw unbeabsichtigtes Rosinenpicken einzelner Privatversicherer von Personen aus Niedrigrisikogruppen (vor allem jüngere Personen) gegenüber Hochrisikogruppen (vor allem ältere Personen und chronisch Kranke) verhindern sollte. Das Risikoausgleichssystem war im Wesentlichen ein Transfermechanismus, der zum einen Privatversicherer, die ein günstigeres Risikoprofil als das durchschnittliche Risikoprofil des Marktes aufwiesen, zur Zahlung einer Abgabe an die Gesundheitsbehörde verpflichtete, und zum anderen Zahlungen durch einen behördlich verwalteten Fonds an jene Privatversicherer vorsah, die ein schlechteres als das durchschnittliche Risikoprofil des Marktes aufwiesen. Die Abgabepflicht bzw der Empfang der Zahlungen war somit von einer positiven oder negativen Abweichung des Risikoprofils eines individuellen Versicherers vom durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes abhängig. Die Zahlungen wurden allerdings nicht automatisch geleistet, sondern wurden erst durch Entscheidung des Gesundheitsministers ausgelöst. Das stufenförmige System sah keine Zahlungen bei einem Risikounterschied von weniger als 2% zwischen den Versicherern vor, bei einem Unterschied von 2% bis 10% konnte der Minister die Zahlungen nur auf Empfehlung der Gesundheitsbehörde beginnen, bei mehr als 10%

²⁸⁶ *Ibid* Rz 14ff.

Abweichung war der Minister dazu verpflichtet, es sei denn es lagen gute Gründe vor, dies nicht zu tun.²⁸⁷

Das Ausgleichssystem wurde der Kommission notifiziert, die am 13.5.2003, also in der *Ferring-Ära* vor *Altmark*, entschied, dass keine Beihilfe vorlag.²⁸⁸ Die Kommissionsentscheidung wurde von der BUPA (British United Provident Association), dem einzigen signifikanten Wettbewerber der VHI, vor dem EuG angefochten. Trotz einiger Differenzen zwischen den Verfahrensbeteiligten entschloss sich das Gericht, die Entscheidung anhand der *Altmark*-Kriterien zu prüfen.²⁸⁹

Hinsichtlich des ersten Kriteriums unterstrich das Gericht den weiten Ermessensspielraum bei der Definition von DAWI, welchen die Mitgliedstaaten vor allem im Gesundheitsbereich genießen. Das mitgliedstaatliche Definitionsermessen werde lediglich durch bestimmte gemeinschaftsrechtliche Mindestkriterien, zum einen der Existenz eines Hoheitsaktes und zum anderen der universale und obligatorische Charakter der Aufgabe, beschränkt. Das Risikoausgleichssystem entsprach nach Auffassung des EuG diesen Vorgaben.²⁹⁰ Das Gericht sah auch die übrigen Kriterien als erfüllt an. Die detailreichen wirtschaftlichen und mathematischen Bestimmungen des Ausgleichssystems genügten der Forderung nach vorherig aufgestellten Berechnungsparametern ebenso²⁹¹ wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der dritten Voraussetzung, obwohl die Ausgleichsberechnung nach dem Risikoausgleichssystem aufgrund der fehlenden Saldierung von Einnahmen und Ausgaben der individuellen Versicherer nicht exakt dem *Altmark*-Wortlaut entsprach.²⁹² Schließlich bestand das Ausgleichssystem den Effizienztest, obwohl im vorliegenden Fall kein Unternehmensvergleich durchgeführt worden war. Auch dieses Kriterium wurde an die spezifischen Umstände des Einzelfalls angepasst, da nach Ansicht des Gerichts die Funktionsweise des Systems eine Weitergabe von Ineffizienzen zwischen Wirtschaftsteilnehmern ausschloss.²⁹³ Alle *Altmark* Kriterien waren somit erfüllt.

²⁸⁷ *Ibid* Rz 27ff.

²⁸⁸ Kom-E N 46/2003 vom 13.5.2003, *Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market*, C(2003) 1322 fin.

²⁸⁹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 157ff.

²⁹⁰ *Ibid* Rz, 165ff; siehe ausführlich unten Pkt 4.3.4.3.

²⁹¹ *Ibid* Rz 209ff; siehe ausführlich unten Pkt 3.6.3.1.3.

²⁹² *Ibid* Rz 220ff; siehe ausführlich unten Pkt 4.5.4.4.

²⁹³ *Ibid* Rz 245ff; siehe ausführlich unten Pkt 3.6.5.2.4.

Das EuG hätte seine Prüfung hier beenden können; stattdessen hielt es eine zusätzliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Art 86 Abs 2 für zweckmäßig. Das Gericht sah das Ausgleichssystem iSd Bestimmung als erforderlich an, einer Destabilisierung des Marktes vorzubeugen. Es wurde insbesondere die von den staatlichen Stellen angenommene Gefahr bestätigt, dass einzelne Versicherer auf die Risikoselektion von Versicherungsnehmern durch gezielte Marketingstrategien oder Preissetzungspolitiken Einfluss nehmen könnten. Dem Ausgleichssystem wurde deshalb seine Eignung nach Art 86 Abs 2 bestätigt, eine drohende Destabilisierung des Marktes zu verhindern.²⁹⁴

Der Klägerin war daher weder auf Ebene des Art 87 Abs 1 noch auf Art 86 Abs 2 ein Erfolg beschieden. Ein Rechtsmittel gegen das Urteil in Form einer Berufung an den EuGH wurde nicht ergriffen.

3.5.2.2 SIC II

In der Rechtssache *SIC II* vom 26.6.2008²⁹⁵ hatte der private portugiesische Fernsehsender SIC Nichtigkeitsklage gegen eine Genehmigungsentscheidung erhoben, mit der die Kommission die staatliche Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt RTP für gem Art 86 Abs 2 mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt hatte.²⁹⁶

Das Gericht wies die Rüge der Klägerin ab, Portugal habe gegen Art 86 Abs 2 verstoßen, da es die DAWI im Bereich des Rundfunks der RTP ohne Ausschreibungsverfahren vergeben hatte, weil Art 86 Abs 2 keine derartige Verpflichtung enthalte. Eine solche könne auch nicht aus den Grundfreiheiten abgeleitet werden.²⁹⁷ Ebenfalls verworfen wurde der Klagsgrund dass, die mitgliedstaatliche Definition zu weit gefasst sei. Nach Auffassung des Gerichts war angesichts der reduzierten Kontrolle der DAWI-Definition auf bloß offenkundige Fehler im Bereich des Rundfunks eine weite Definition zulässig, welche die Ausstrahlung eines Vollprogramms vorsieht.²⁹⁸

Anders beantwortete das Gericht die Frage, ob die Kommission die Verhältnismäßigkeit der Zuschüsse hinreichend kontrolliert hatte. Das EuG stellte dahingehend die Verletzung

²⁹⁴ *Ibid* Rz 259ff.

²⁹⁵ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

²⁹⁶ Kom-E C 85/2001 (ex NN 133/B/01, NN 85/B/2001 und NN 94/B/99) vom 15.10.2003, *RTP*, ABl 2005 L 141/1.

²⁹⁷ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 145ff; siehe unten Pkt 4.5.3.3 und 4.5.6.4.

²⁹⁸ *Ibid* Rz 194ff; siehe unten Pkt 4.3.4.3.

der Prüfpflicht der Kommission fest, da diese die portugiesischen Behörden nicht um Übermittlung externer Prüfberichte ersucht hatte, obwohl ihr erstens die Existenz dieser Berichte bekannt war und sie zweitens nicht über hinreichend verlässliche Informationen über das Fehlen einer Überkompensierung verfügte.²⁹⁹

3.5.2.3 *TV 2*

Das Urteil *TV 2* vom 22.10.2008³⁰⁰ hat zu den *Altmark*-Kriterien und der Anwendung von Art 86 Abs 2 Stellung bezogen. Im Unterschied zu *BUPA* befasste sich das EuG weniger mit dem materiellrechtlichen Inhalt der *Altmark*-Kriterien als mit dem formellrechtlichen Aspekt der Begründungspflicht, welcher die Kommission bei Prüfung der *Altmark*-Kriterien nachkommen muss. Auch dieses Urteil wird aus Platzgründen gerafft dargestellt, eine Vertiefung bleibt dem jeweiligen einschlägigen Teil der Arbeit vorbehalten.

Die Rechtssache drehte sich um die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt TV 2, die sowohl durch Rundfunkgebühren als auch durch Werbeeinnahmen erfolgte. Die kommerzielle Rundfunkanstalt SBS hatte als Wettbewerber von TV 2 bei der Kommission Beschwerde über die öffentliche Finanzierung eingelegt, worauf die Kommission das förmliche Prüfverfahren eröffnet hatte. Mit Entscheidung vom 19.5.2004³⁰¹ qualifizierte die Kommission die Finanzierung als gemäß Art 86 Abs 2 mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe, stellte jedoch gleichzeitig eine Überkompensierung von 628,2 Millionen dänischen Kronen (rund 84 Millionen Euro) fest und ordnete die Rückforderung dieses überschießenden Betrags zuzüglich Zinsen an. TV 2 und Dänemark erhoben darauf hin Nichtigkeitsklage beim EuG, während die kommerziellen Rundfunkanstalten SBS und Viasat (nur) jenen Teil der Entscheidung anfochten, der die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärte.³⁰²

SBS und Viasat beanstandeten zunächst die Definition der DAWI als unbestimmt und zu weit gefasst. Das Gericht hob zunächst die reduzierte Nachprüfung des öffentlichen Auftrags durch die Kommission hervor, die sich auf eine Kontrolle offenkundiger Fehler beschränke. Den Mitgliedstaaten komme das Recht zu, DAWI im Rundfunkbereich weit

²⁹⁹ *Ibid* Rz 219ff. Siehe unten Pkt 4.5.4.

³⁰⁰ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

³⁰¹ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV 2/Danmark*, ABI 2006 L 85/1.

³⁰² EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 7ff.

und qualitätsbezogen zu definieren, so dass der öffentliche Auftrag die Ausstrahlung eines weit gefächerten Programms umfasse. Zudem könne der öffentliche Auftrag durch Werbeeinnahmen finanziert werden. Dabei könnten nicht nur einzelne nicht rentable Sendungen, sondern sämtliche Kosten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt ausgeglichen werden. Der öffentliche Auftrag von TV 2 entsprach diesen Anforderungen.³⁰³

Obwohl nicht Thema dieser Untersuchung, ist die Frage, ob verpflichtend zu leistende Rundfunkgebühren als staatliche Mittel iSv Art 87 Abs 1 zu qualifizieren sind, seit jeher kontroversiell diskutiert worden³⁰⁴ und soll deshalb nicht unerwähnt bleiben: Das EuG hat, wenn auch ohne eingehende Begründung, hier Klarheit geschaffen und aus mehreren Indizien die Staatlichkeit der Gebühren abgeleitet.³⁰⁵ Anderes traf jedoch nach Ansicht der Gerichts auf die Werbeeinnahmen zu, die in der Kommissionsentscheidung zusammen mit den Gebühren ohne Begründung als staatliche Mittel behandelt worden waren.³⁰⁶

Im Anschluss wurde die Begründung der Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art 86 Abs 2 geprüft, mit der die Kommission eine Überkompensierung festgestellt hatte. Das EuG stellte einen groben Begründungsmangel fest, da die Kommission zur Verfügung stehende Informationen und Marktanalysen außer Acht gelassen hatte.³⁰⁷

Im letzten Teil des Urteils wird die hier besonders interessierende Begründung geprüft, mit der die Kommission das zweite und vierte *Altmark*-Kriterium für nicht erfüllt gehalten hatte. Die Nichterfüllung der zweiten Voraussetzung hatte die Kommission vor allem damit begründet, dass der Ausgleich in der Medienvereinbarung für vier Jahre festgelegt wurde und dass es einen öffentlich zugänglichen Jahreshaushalt, in dem der Ausgleich zur Leistung in Bezug gesetzt wird, nicht gebe.³⁰⁸ Das EuG beurteilte diese Umstände im Gegensatz zur Kommission jedoch als Indizien für Objektivität und Transparenz, denen die

³⁰³ *Ibid* Rz 88ff; siehe ausführlich unten Pkt 4.3.4.3.

³⁰⁴ Ausführlich *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 324ff.

³⁰⁵ *Ibid* Rz 158f: Dies ergebe sich erstens aus der behördlichen Festsetzung der Gebührenhöhe, zweitens aus der Zahlungspflicht, die nicht vertraglich begründet ist, sondern auf den bloßen Besitz eines Fernseh- oder Radiogeräts zurückgeht, drittens aus der Zwangsvollstreckung, die sich gegebenenfalls nach den steuerlichen Vorschriften richtet und schließlich aus der behördlichen Entscheidung, welcher Teil der Gebühren an die Rundfunkanstalt fließt.

³⁰⁶ *Ibid* Rz 160ff: Angesichts der unterschiedlichen Natur dieser Finanzierungsart könne nicht ausgeschlossen werden, dass die dänischen Behörden keine tatsächliche Kontrolle über die Mittel ausübten. Das Gericht erklärte daher die Entscheidung insoweit für nichtig, als sie die Werbeeinnahmen zu staatlichen Mitteln zählte.

³⁰⁷ *Ibid* Rz 192ff.

³⁰⁸ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1 Tz 71.

Kommission hätte nachgehen müssen. Außerdem stelle das zweite Kriterium nicht die förmliche Anforderung eines Jahreshaushalts auf, in dem der Ausgleich zur Leistung in Bezug gesetzt wird.³⁰⁹

Hinsichtlich des vierten Kriteriums hatte sich die Kommission mit dem Hinweis begnügt, es sei keine Kostenanalyse angestellt worden, mit der die Erfüllung des vierten *Altmark*-Kriteriums hätte sichergestellt werden können, und daher das Kriterium für nicht erfüllt angesehen.³¹⁰ Das EuG war der Auffassung, dass eine solche Begründung, die sich nur auf eine Wiedergabe des Urteilswortlauts beschränke, dem Begründungserfordernis nicht genüge, und erklärte die Entscheidung auch in diesem Punkt für nichtig.³¹¹

3.5.2.4 TF 1

Mit dem Urteil *TF 1* vom 11.3.2009³¹² hat das EuG erstmals festgestellt, dass eine Ausgleichszahlung, die die *Altmark*-Kriterien nicht erfüllt, von der Kommission nach Art 86 Abs 2 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe genehmigt werden kann. Diese überfällige Klarstellung ist von höchster Bedeutung, da die Kommission diesen Ansatz ihrer Genehmigungspraxis und dem Maßnahmenpaket nach *Altmark* zugrundegelegt hat, sich aber bislang kein europäisches Gericht zu dieser Frage ausdrücklich geäußert hatte.

Gegenstand der Rechtssache *TF 1* war die Anfechtung der Genehmigungsentscheidung zugunsten der französischen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender France 2 und France 3, in der die Kommission die Rundfunkgebühren gem Art 86 Abs 2 als mit dem Gemeinsamen Markt compatible Beihilfe erklärt hatte, obwohl die zweite und vierte *Altmark*-Voraussetzung nicht erfüllt waren.³¹³ Der private Rundfunksender hatte Klage auf Nichtigerklärung ua wegen fehlerhafter Auslegung des *Altmark*-Urteils erhoben, weil dieses bereits eine Verhältnismäßigkeitsprüfung beinhalte und Art 86 Abs 2 konsumiert

³⁰⁹ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 225ff; siehe ausführlich unten Pkt 3.6.3.1.3.

³¹⁰ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1 Tz 71.

³¹¹ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 232; siehe ausführlich unten Pkt 3.6.5.2.4.

³¹² EuG, Rs T-354/05, *Télévision française 1 (TF 1)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht. Derzeit ist das Urteil in französischer, nicht aber in deutscher oder englischer Sprache verfügbar.

³¹³ Kom-E E 10/2005 (ex C 60/99) vom 20.4.2005, *France 2 und France 3*, C(2005) 1166 fin Tz 55ff.

habe. Dadurch sei bei Nichterfüllung der *Altmark*-Kriterien eine weitere Anwendung des Art 86 Abs 2 ausgeschlossen.³¹⁴

Das Gericht verwarft diese Auslegung und wies darauf hin, dass die *Altmark*-Voraussetzungen allein und ausschließlich die Qualifizierung der in Rede stehenden Maßnahmen als staatliche Beihilfe bezwecken und dies klar von der Frage zu trennen seien, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte nach *Altmark* lasse diesbezüglich auch nicht erkennen, dass der Gerichtshof der Anwendung von Art 86 Abs 2 eine Ende hätte bereiten wollen. Das Gericht kam zum Schluss, dass der Kommission in ihrer Vorgehensweise kein Rechtsfehler unterlaufen war und wies die Nichtigkeitsklage ab.³¹⁵

3.5.3 Fazit

Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte post *Altmark* bestätigt *Altmark* als Ausgangspunkt und Prüfungsrahmen der beihilfenrechtlichen Einordnung gemeinwirtschaftlicher Ausgleichsleistungen nach Art 87 Abs 1, ohne einen Schlusstrich unter die Auseinandersetzung zu ziehen:

Insbesondere *BUPA* und *TV 2* zeigen, dass mehrere Auslegungsvarianten des Urteils möglich sind und die Anwendung der Kriterien auch in Zukunft für Diskussionsstoff sorgen wird. Mit *TF 1* hat das EuG schließlich eine essentielle Klarstellung zur weiteren Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 bei Nichterfüllung der *Altmark*-Kriterien getroffen und dadurch die Befürchtungen der Generalanwälte über einen etwaigen Bedeutungsverlust der Ausnahmegesetzgebung entkräftet.³¹⁶

Auffallend ist die unterschiedliche Bereitschaft der Gerichte, das Urteil auszulegen bzw zu präzisieren. Während sich der EuGH in starker Zurückhaltung übt und bislang jede Gelegenheit ausgelassen hat, die vier Kriterien näher zu präzisieren, hat das EuG den Willen gezeigt, die Anwendung des Urteils nicht dem Ermessen der Kommission zu überlassen sondern aktiv zu gestalten.³¹⁷

³¹⁴ EuG, Rs T-354/05, *Télévision française 1 (TF 1)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 111ff.

³¹⁵ *Ibid* Rz 130ff.

³¹⁶ Siehe unten Pkt 4.1.

³¹⁷ Die unterschiedliche Verfahrensart – Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH und Nichtigkeitsklage vor dem EuG – mag die unterschiedliche Prüfungsdichte der Gerichte teilweise erklären. Der EuGH ist dennoch auch in jenen

3.6 Einzelne *Altmark*-Voraussetzungen

3.6.1 Allgemeines

Die Zustimmung, auf die *Altmark* in der Literatur überwiegend gestoßen ist,³¹⁸ bedeutet keineswegs, dass die Daseinsvorsorgefinanzierung in ihrer gängigen Form frei von Begünstigungselementen wäre. Im Gegenteil, die meisten Finanzierungsmechanismen der mitgliedstaatlichen DAWI-Erbringer entsprechen nicht den strengen Anforderungen der vier kumulativ zu erfüllenden *Altmark*-Kriterien und sind somit beihilfebegründend.³¹⁹

In diesem Unterabschnitt werden die *Altmark*-Kriterien (iF auch *Altmark*-Voraussetzungen) unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis der Kommission und der jüngsten Rechtsprechung des EuG im Einzelnen untersucht. Dabei ist zunächst anzumerken, dass die durch den Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen zwar die Auslegung des Beihilfenbegriffs zum Gegenstand haben, die erste und dritte *Altmark*-Voraussetzung jedoch offensichtlich Elemente des Art 86 Abs 2 einbeziehen, die sich dem Art 87 Abs 1 nicht entnehmen lassen. Obwohl beide Vorschriften eigenständige Voraussetzungen und unterschiedliche Zielrichtungen haben,³²⁰ überschneiden sich die *Altmark*-Kriterien mit den Tatbestandselementen des Art 86 Abs 2. Sie haben ihren Ursprung in Art 86 Abs 2 und müssen gleich ausgelegt werden, um eine einheitliche Anwendung der Vertragsbegriffe, einschließlich der umfangreichen Rechtsprechung, zu diesen, zu gewährleisten.³²¹ Aus diesen Gründen wird auf eine Darstellung der ersten und dritten Voraussetzung verzichtet und auf die diesbezüglichen Abschnitte dieser Arbeit zu Art 86 Abs 2 verwiesen.

3.6.2 Erste Voraussetzung: Definition

Das erste *Altmark*-Kriterium setzt eine Betrauung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen voraus.³²² Die Voraussetzung ist, wie das EuG in

Fällen, in denen er über das nationale Ausgangsverfahren über ausreichende Information verfügte, inhaltlich nicht auf die Kriterien eingegangen.

³¹⁸ Siehe Fn 248 mN.

³¹⁹ Vgl. *Werner/Köster*, EuZW 2003, 504.

³²⁰ *Bauer*, EuZW 2006, 9; *Bartosch*, EuZW 2004, 300; *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122ff.

³²¹ Vgl. *Bauer*, EuZW 2006, 9.

³²² EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 89.

BUPA klar gestellt hat, mit den Begriffen der Betrauung und der DAWI des Art 86 Abs 2 identisch.³²³ Es wird deshalb auf jenen Teil der Untersuchung verwiesen.³²⁴

3.6.3 Zweite Voraussetzung: vorherig aufgestellte

Berechnungsparameter

Mit dem zweiten *Altmark*-Kriterium hat der Gerichtshof eine Voraussetzung geschaffen, die der Rechtsprechung sowohl zu Art 87 Abs 1 als auch zu Art 86 Abs 2 fremd war. Für den Entfall der Begünstigung „sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen“³²⁵. Ein nachträglicher Verlustausgleich verschafft dem Empfänger einen Vorteil iSv Art 86 Abs 2.³²⁶ Ausgleichszahlungen, die *ex post* geleistet werden, sind folglich immer als Beihilfe zu qualifizieren. Die verbreitete Praxis vor allem kommunaler Leistungserbringer, Verluste des vorangegangenen Geschäftsjahrs nachträglich zu kompensieren, ist mit dieser Voraussetzung unvereinbar.³²⁷

3.6.3.1.1 Literatur

Das zweite Kriterium ist in der Literatur vorwiegend auf Zustimmung gestoßen. Hervorgehoben wird vor allem dessen Transparenzfunktion, die eine nachträgliche marktwidrige Bevorteilung des Empfängerunternehmens verhindere.³²⁸ Denn ein Ausgleich *ex post* nehme einem defizitären Unternehmen ein bereits verwirklichtes Marktrisiko ab, während jene Wettbewerber, die sich nicht auf das Geschäft eingelassen haben, zu ihrem Nachteil eine Erwerbschance verstreichen ließen.³²⁹ Die Marktwidrigkeit eines nachträglichen Ausgleichs könne darin gesehen werden, dass pauschale Übernahmen

³²³ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 162. In der Lit schon zuvor vertreten von *Leibenath*, EuR 2003, 1061; *Koenig*, BB 2003, 2186; *Danner*, Quersubventionierung (2006) 192; *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 245. Letzterer will im Zweifel noch strengere Maßstäbe als Art 86 Abs 2 anwenden, da es sich bei der *Altmark*-Lösung um eine tatbestandliche Ausnahme handle. Ein solcher strengerer Maßstab überzeugt jedoch nicht bei jenen Tatbestandsvoraussetzungen, die wie hier direkt Art 86 Abs 2 entnommen sind und keine Auswirkung auf die Marktangemessenheit der Gegenleistung haben.

³²⁴ Siehe unten Pkt 4.3.

³²⁵ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 90.

³²⁶ *Ibid* Rz 91.

³²⁷ *Werner/Köster*, EuZW 2003, 504.

³²⁸ *Koenig*, BB 2003, 2186; *Danner*, Quersubventionierung (2006) 193; im Ergebnis auch *Jennert*, NVwZ 2004, 426f, der jedoch die Vermengung von Art 87 Abs 1 und Art 86 Abs 2 kritisiert. *Travers*, EStAL 3/2003, 390, kritisiert hingegen die Voraussetzung als solche wegen ihrer Unklarheit.

³²⁹ *Kube*, EuR 2004, 240.

nicht zuvor definierter und ausdrücklich bestellter Leistungen nicht marktüblich seien.³³⁰ Zudem werde ein subjektives Zuschneiden der Parameter auf ein bestimmtes Unternehmen erschwert und dadurch mehr Wettbewerb ermöglicht.³³¹ Es müsse jedenfalls nicht der präzise Betrag ermittelt werden, sondern es müssen die Faktoren zur Berechnung der Kosten im Vorfeld feststehen.³³²

Uneinigkeit besteht hingegen über die Anforderungen, die an die Parameter zu stellen sind. Ein Teil der Literatur möchte sich mit einer Berechnung in Grundzügen begnügen, da eine allzu detaillierte Kostenberechnung die Anforderungen an die Mitgliedstaaten überspanne,³³³ während andere Autoren detaillierte Leistungskataloge verlangen, denen die jeweiligen Vergütungen eindeutig zugeordnet werden können³³⁴ oder eine unabhängige Instanz einfordern, welche das Verfahren der Ausgleichsbestimmung transparent durchführt.³³⁵ Die Voraussetzung sei keine unzumutbare Verpflichtung für Daseinsvorsorgeerbringer, da diese auf Erfahrungswerte und Datenmaterial vergangener Jahre zurückgreifen könnten und ohnehin jedes private Unternehmen einen Finanzbedarfsplan erstellen müsse, um kreditfähig zu sein.³³⁶

Vereinzelt ist in der Literatur auch eine Grundsatzkritik an der Voraussetzung anzutreffen. So wird beispielsweise ins Treffen geführt, dass der Beihilfenbegriff werde teleologisch reduziert werde, da bei Nichteinhaltung der Voraussetzung ein nachträglicher Ausgleich der Kosten eines effizienten Unternehmens trotz marktgerechter Gegenleistung und somit eine Beihilfe vorliege.³³⁷

3.6.3.1.2 Standpunkt der Kommission

Die Entscheidungspraxis der Kommission verzichtet in Fällen, in denen sie das vierte Kriterium verneint, ganz auf die Prüfung des zweiten Kriteriums, oder begnügt sich mit

³³⁰ Jaeger, Beihilfe- und Förderungsrecht, in: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² (2007) 708.

³³¹ Jennert, NVwZ 2004, 427.

³³² Leibenath, 1061f; Mortensen, EStAL 2/2008, 243; Danner, Quersubventionierung (2006) 193; aA Nicolaidis, ECLR 2003, 561, der eine *ex ante* Feststellung der Ausgleichssumme fordert, um Ineffizienzen zu verhindern. Diese Aufgabe übernimmt aber ohnehin das vierte Kriterium mit dem Effizienztest wahr.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Jennert, NVwZ 2004, 427.

³³⁵ Koenig, BB 2003, 2186.

³³⁶ Danner, Quersubventionierung (2006) 194.

³³⁷ Kämmerer, NVwZ 2004, 33.

dem Hinweis, dass sie die Voraussetzung mangels vorab bestimmter Kostenparameter nicht für erfüllt hält.³³⁸ Die Festlegung des Ausgleichsbetrags für vier Jahre durch eine Vereinbarung, aus der in keiner Weise hervorgeht, wie und ob der Ausgleich zur Leistung in Bezug gesetzt wird, genügt der Kommission nicht.³³⁹ Daraus sollte nicht der Schluss gezogen werden, die Kommission würde einen strengen Maßstab an das zweite Kriterium anlegen. In den Entscheidungen *Pyrénées-Atlantiques* vom 16.11.2004 und *DORSAL* vom 3.5.2005 hielt sie nämlich einen im Vorfeld pauschal festgelegten Prozentsatz an den (erst im Nachhinein feststellbaren) Gesamtkosten der Investition, begrenzt durch einen Höchstsatz, für ausreichend.³⁴⁰

3.6.3.1.3 Rechtsprechung

Das zweite Kriterium wurde bislang in den Urteilen *Enirisorse*, *BUPA* und *TV 2* thematisiert. In *Enirisorse* stellte der Gerichtshof das Fehlen der Voraussetzung ohne weitere Begründung fest, da Angaben über die Kosten oder Berechnung der Dienstleistung vollständig fehlten.³⁴¹ Aufgrund des offensichtlichen Fehlens einer DAWI und eines Betrauungsakts sollte jedoch aus dieser Rechtssache kein weiterer Schluss gezogen werden.³⁴²

Im Gegensatz dazu ist das EuG in *BUPA* auf das Kriterium inhaltlich eingegangen. Die klagende Partei behauptete, das Ermessen der staatlichen Stellen über die Entscheidung, das Ausgleichssystem bei einer Instabilität des Marktes auszulösen, stehe im Widerspruch zu objektiven und transparenten Berechnungsparametern. Das EuG entgegnete den Klägerinnen, das staatliche Ermessen betreffe die Entscheidung über den Beginn der Ausgleichszahlungen, habe aber mit der Berechnung der Kosten iSd zweiten Kriteriums nichts zu tun.³⁴³ Das Gericht hätte zur Abweisung des Antrags der Klägerinnen seine

³³⁸ Kom-E C 62/99 (ex NN 140/1998) vom 15.10.2003, *RAI*, ABl 2004 L 119/1 Tz 97; Kom-E C 85/2001 (ex NN 133/B/01, NN 85/B/2001 und NN 94/B/99) vom 15.10.2003, *RTP*, ABl 2005 L 141/1 Tz 154f; Kom-E C 60/99 (ex NN 167/1995) vom 10.12.2003, *France 2 und France 3*, ABl 2004 L 361/21 Tz 55; Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1; Kom-E E 8/2005 (ex NN 166/a/1995) vom 12.4.2005, *RTVE*, C(2005) 1163 fin; Kom-E E 9/2005 (ex 62/99) vom 20.4.2005, *RAI*, C(2005) 1164 fin; Kom-E E 10/2005 (ex C 60/99) vom 20.4.2005, *France 2 und France 3*, C(2005) 1166 fin; ua.

³³⁹ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1 Tz 71.

³⁴⁰ Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin Tz 69; Kom-E N 382/2004 vom 3.5.2005, *DORSAL*, C(2005) 1170 fin Tz 57ff.

³⁴¹ EuGH, verb Rs C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243 Rz 37.

³⁴² AA Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 436, der aus dem Urteil ein Verlangen nach „detaillierten Angaben“ herausliest.

³⁴³ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 212f.

Begründung an dieser Stelle beenden können. Es hielt es dennoch für notwendig, sich zum hypothetischen Fall zu äußern, dass die staatlichen Stellen auch bei der Ausgleichsberechnung über ein Ermessen verfügten. Das zweite Kriterium verbiete dem nationalen Gesetzgeber nicht, staatlichen Stellen bei der Berechnung einen bestimmten Beurteilungsspielraum zu lassen, weil dieser den Mitgliedstaaten nicht nur bei der Definition von DAWI, sondern auch bei der Bestimmung des Kostenausgleichs, der von einer Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Fakten abhängt, zustehe.³⁴⁴ Aufgrund der beschränkten Kontrolle des Ausgleichs müssen die Gemeinschaftsorgane

„in der Lage sein, das Vorhandensein objektiver und transparenter Parameter zu überprüfen, wobei diese Parameter so genau gefasst sein müssen, dass jeder missbräuchliche Rückgriff des Mitgliedstaats auf den Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgeschlossen ist.“³⁴⁵

In concreto wurde der Ausgleich anhand detaillierter wirtschaftlicher und mathematischer Parameter und Formeln berechnet. Nach Ansicht des Gerichts beeinträchtigte die Komplexität dieser Formeln nicht die Genauigkeit und Klarheit der Parameter iSd zweiten Kriteriums.³⁴⁶

Diese Auslegung der zweiten Voraussetzung ist sehr großzügig und trägt dem Umstand Rechnung, dass in manchen Fällen die Kostenberechnung *ex post* nachjustiert werden muss. Das Gericht scheint den Begriff der Parameter als Ermessensschränke zu verstehen, die den Mitgliedstaaten die nötige Flexibilität einräumt, anfänglich durchgeführte Berechnungen der Ausgleichssumme zu korrigieren.³⁴⁷

Auch *TV 2* lässt eine großzügige Auslegung des zweiten *Altmark*-Kriteriums erkennen. In der Rechtssache ging es um die Frage, ob die Kommission ihrer Begründungspflicht nachgekommen war, als sie in ihrer Entscheidung das zweite Kriterium nicht für erfüllt gehalten hatte. Die Nichterfüllung der zweiten Voraussetzung hatte sie damit begründet, dass der Ausgleich in der Medienvereinbarung für vier Jahre festgelegt wurde und es einen öffentlich zugänglichen Jahreshaushalt, in dem der Ausgleich zur Leistung in Bezug

³⁴⁴ *Ibid* Rz 214.

³⁴⁵ *Ibid*.

³⁴⁶ *Ibid* Rz 216f.

³⁴⁷ *Biondi*, EStAL 2/2008, 405.

gesetzt werde, nicht gebe. Darüber hinaus komme TV 2 in den Genuss einiger nicht transparenter Vorteile wie etwa Steuerbefreiungen und Zinsverzichte.³⁴⁸

Das EuG entgegnete schroff, die Aussage der Kommission ergebe keinen Sinn, zumal die vierjährigen Medienvereinbarungen eher als Indizien für Objektivität und Transparenz aufgefasst werden könnten und das zweite Kriterium nicht die förmliche Anforderung eines Jahreshaushalts aufstelle, in dem der Ausgleich zur Leistung in Bezug gesetzt wird. Denn das zweite Kriterium überlasse es den Mitgliedstaaten, welche praktische Modalitäten sie wählen, um die Einhaltung des Kriteriums sicherzustellen.³⁴⁹

In TV 2 ging es nicht um die materiellrechtliche Auslegung des Kriteriums sondern um das Ausmaß der Begründungspflicht. Das Gericht hat nichtsdestotrotz festgestellt, dass die zweite Voraussetzung den Mitgliedstaaten die Wahl der Mittel lässt, um ihren Anforderungen nachzukommen. Die Kommission muss diesbezüglich auf alle ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen eingehen, welche die Erfüllung des zweiten *Altmark*-Kriteriums indizieren könnten, und gegebenenfalls inhaltlich begründen, warum sie die Voraussetzung für nicht erfüllt hält.

3.6.3.1.4 Fazit

Das zweite *Altmark*-Kriterium wird in der Praxis der Gemeinschaftsorgane weit ausgelegt und folgt damit nicht der Forderung eines Teils der Literatur, die Voraussetzung restriktiv zu handhaben. Das EuG verlangt in *BUPA* als Mindestmaß jenen Grad an Genauigkeit, der einen Missbrauch verlässlich ausschließt. Die Prüfung läuft daher auf eine Missbrauchskontrolle hinaus.

Eine solche Missbrauchskontrolle ist jedoch – anders als auf Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 – auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 nicht angebracht: Die Objektivität des Beihilfenbegriffs schließt sowohl ein Ermessen der Mitgliedstaaten als auch der Kommission bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, aus. Das zweite Kriterium ist – anders als der Begriff der DAWI – keine Voraussetzung, die in Art 86 Abs 2 ihren Ursprung hat, und insofern ein Ermessen der Mitgliedstaaten zur Wahrung ihrer Interessen

³⁴⁸ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1 Tz 71.

³⁴⁹ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 225ff: Im übrigen könne ohne eine ernsthafte Analyse nicht ausgeschlossen werden, dass die Mitwirkung des dänischen Parlaments, die wirtschaftlichen Analysen einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Beistand einer aus Sachverständigen bestehenden Gruppe, an der die Konkurrenten von TV 2 beteiligt waren, und ihre Veröffentlichung geeignet sei, das zweite Kriterium zu erfüllen.

rechtfertigen könnte, sondern eine Vorkehrung des Gerichtshofs, die Marktangemessenheit des Ausgleichs zu gewährleisten. Die Referenz von *BUPA* auf das Urteil *FFSA*, das den Mitgliedstaaten ein Ermessen einräumte, ist irreführend, da *FFSA* die Auslegung von Art 86 Abs 2 und nicht von Art 87 Abs 1 zum Gegenstand hatte.

Laut *BUPA* kann die zuständige staatliche Stelle über ein Ermessen bei der Berechnung des Ausgleichs verfügen. Dabei sollte jedoch nicht der Zweck der Voraussetzung aus den Augen verloren werden, die Marktkonformität des Ausgleichs zu gewährleisten. Ein etwaiges Ermessen bei der Ausgleichsberechnung ist nur dann mit der zweiten Voraussetzung vereinbar, wenn das Ermessen einem betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Bedürfnis nach Flexibilität entspricht – etwa bei einem Verkehrsunternehmen die schwer vorhersehbare Entwicklung von Energiepreisen – und klare Kriterien im Vorhinein die Ausübung des Ermessens determinieren. Denn kein privates Unternehmen würde die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der *essentialia negotii* der Gegenleistung dem Gutdünken des Vertragspartners überlassen.

Die systematische Verneinung des zweiten Kriteriums durch die Kommission in ihren Entscheidungen zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist nicht auf eine materiell strenge Prüfung, sondern auf ein teilweise völliges Fehlen von Berechnungsparametern sowie auf die betriebswirtschaftlich ineffiziente Praxis nachträglicher Verlustübernahmen durch den Staat zurückzuführen. Die Entscheidungen *Pyrénées-Atlantiques* und *DORSAL* machen deutlich, dass die Kommission bereit ist, selbst rudimentäre Berechnungssysteme zu akzeptieren, sofern solche vorhanden sind. Die Gemeinschaftsorgane stellen daher insgesamt an die Berechnungsparameter des Ausgleichs keine strengen Anforderungen.

Die Kommission wird dennoch angesichts des Urteils *TV 2* ihre Praxis, das zweite Kriterium ohne nähere Begründung zu verneinen, nicht aufrecht erhalten können. Das EuG hat der Kommission unmissverständlich signalisiert, dass solche Negativentscheidungen eingehend zu begründen sind.

3.6.4 Dritte Voraussetzung: keine Überkompensation

Nach dem dritten *Altmark*-Kriterium darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der DAWI ganz oder teilweise einschließlich eines

angemessenen Gewinns zu decken.³⁵⁰ Diese Voraussetzung entspricht, wie das EuG in *BUPA* bestätigt hat, der Verhältnismäßigkeitsprüfung des 86 Abs 2.³⁵¹ Es wird daher wie bei der ersten Voraussetzung auf den einschlägigen Unterabschnitt dieser Arbeit verwiesen.³⁵²

3.6.5 Vierte Voraussetzung: Ermittlung der zulässigen Ausgleichshöhe

Mit dem vierten *Altmark*-Kriterium hat der EuGH zwei Möglichkeiten geschaffen, die Beihilfeneigenschaft eines Ausgleichs entfallen zu lassen. Zum einen kann eine Begünstigung ausgeschlossen werden, wenn die Wahl des Ausgleichsempfängers

„im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann.“³⁵³

Alternativ dazu entfällt im Fall einer Direktvergabe der Subvention die Beihilfe, wenn die Ausgleichshöhe auf Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird,

„die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“³⁵⁴

3.6.5.1 Erste Alternative: Vergabeverfahren „zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“

3.6.5.1.1 Allgemeines

Die begünstigungsausschließende Wirkung eines Ausschreibungsverfahrens ist an sich keine Neuerung, sondern stellt im Beihilfenrecht ein etabliertes Instrument dar, die Beihilfeneigenschaft einer staatlichen Finanzierungsmaßnahme entfallen zu lassen.³⁵⁵

Allerdings herrschte bis *Altmark* nicht zur Gänze Klarheit darüber, ob im Bereich der Daseinsvorsorge die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens eine Begünstigung

³⁵⁰ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 92.

³⁵¹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 224. Zuvor in der Lit schon *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 246; *Bartosch*, EStAL 3/2003, 385.

³⁵² Siehe unten Pkt 4.5.

³⁵³ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 93.

³⁵⁴ *Ibid*.

³⁵⁵ Siehe oben Pkt 3.2.2.2.

und daher das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ausschließt oder es erst auf der nachgelagerten Prüfungsstufe zu einer Rechtfertigung gemäß Art 86 Abs 2 kommen sollte.³⁵⁶ Dem *Altmark*-Urteil kommt insofern der Verdienst zu, für den Bereich der Daseinsvorsorge die beihilfenausschließende Wirkung eines Vergabeverfahrens klargestellt zu haben.

Unklar ist allerdings, wie ein solches Vergabeverfahren ausgestaltet sein muss, um als *Altmark*-konform gelten zu können. Insbesondere ist die Frage zu stellen, ob dafür

- die Einhaltung der jeweils anwendbaren vergaberechtlichen Vorschriften einschließlich der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für sich genommen ausreicht (erste Variante), oder
- das konkret durchgeführte Vergabeverfahren an weitergehenden Anforderungen genuin beihilfenrechtlicher Natur zu messen ist (zweite Variante).

Zur Beantwortung dieser Problemstellung muss zunächst der Vorfrage nachgegangen werden, ob einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe nach allgemeinen beihilfenrechtlichen Grundsätzen überhaupt eine beihilfenrechtliche Dimension innewohnt. Wird diese Frage verneint, so wird auch die Erörterung der zweiten Variante überflüssig, da die bloße Durchführung eines Vergabeverfahrens für sich genommen die vierte *Altmark*-Voraussetzung erfüllen würde; bei korrekter Anwendung des jeweils geltenden Vergaberechts würde daher eine beihilfenrechtliche Sonderprüfung des Vergabeverfahrens entfallen.

Gelangt man aber zum gegenteiligen Ergebnis, dass ordnungsgemäße Vergabeverfahren potentiell begünstigend wirken können, so eröffnet sich wiederum die Fragestellung, ob

³⁵⁶ Für eine beihilfenbefreiende Wirkung: Leitlinien der Kom zur Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrags sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl 1994 C 350 Tz 18; Kom-E N 70/98 vom 24.2.1999, *Kinderkanal und Phoenix*, ABl 1999 C 238/3, Pkt 6.1.1. Widersprüchlich oder zumindest unklar sind dagegen die Daseinsvorsorgemitteilung und der Kommissionsbericht für den europäischen Rat in Laeken vom 17.10.2001: Beide Dokumente suggerieren, dass auch bei Durchführung eines Vergabeverfahrens das Vorliegen einer Beihilfe anzunehmen ist, die anschließend auf Ebene des Art 86 Abs 2 genehmigt werden kann: vgl Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 26: „[E]ine Beihilfe [kann] dennoch aufgrund von Artikel 86 Absatz 2 mit dem EG-Vertrag vereinbar sein. Letzteres trifft zu, [...] wenn der Ausgleich nicht über die mit der anvertrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht. Nach Ansicht der Kom kann in den Fällen, in denen ein solcher Ausgleich im Anschluss an ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren für einen angemessenen Zeitraum festgesetzt wird, davon ausgegangen werden, dass die staatliche Hilfe mit den beihilferechtlichen Bestimmungen des Vertrags im Einklang steht“; Kom, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge vom 17.10.2001, KOM(2001) 598 edg Tz 19: „Wurde die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Grund eines fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens vergeben, was die zu erbringenden Dienstleistungen und den Betrag der Ausgleichszahlung betrifft, so wird üblicherweise davon ausgegangen, dass der Betrag der Ausgleichszahlung mit den Anforderungen von Artikel 86 Absatz 2 vereinbar ist, unter der Voraussetzung, dass das Verfahren tatsächlich wettbewerbsmäßig ablief“.

diese Kriterien auf den Sonderfall der vierten *Altmark*-Voraussetzung anzuwenden bzw wie diese Kriterien inhaltlich ausgestaltet sind.

3.6.5.1.1.1 Vorfrage: Kann die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Beihilfe begründen?

Vergaberecht und Beihilfenrecht galten lange als voneinander unabhängige Rechtsmaterien, welche weder wechselseitige Berührungspunkte noch Konfliktstellen aufweisen. In den vergangenen Jahren hat sich um die beihilfenrechtliche Beurteilung vergaberechtlicher Konstellationen jedoch eine lebhafte wissenschaftliche Debatte entwickelt.³⁵⁷

Zentraler Gegenstand der Auseinandersetzung ist die Frage, ob die Erteilung eines öffentlichen Auftrags eine Begünstigung des den Zuschlag erhaltenden Unternehmens darstellen kann. Die zur Diskussion stehende Fragestellung weist jedenfalls ein beträchtliches praktisches Konfliktpotential auf.

Zum einen könnten Verletzungen der anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Vergaberechts auch beihilfenrechtliche Sanktionen mit sich ziehen. Zum anderen wird die Möglichkeit in den Raum gestellt, dass selbst ordnungsgemäße Auftragsvergaben Beihilfenelemente enthalten und somit der Notifizierungspflicht des Art 88 Abs 3 unterliegen können.

3.6.5.1.1.1.1 Vorgaben der Rechtsprechung zur Anwendung des Beihilfenrechts auf Vergabeverfahren

Der EuGH hat bereits in den Rechtssachen *Pont de Nemours* und *Laboratori Bruneau* festgestellt, dass eine parallele Anwendung des Beihilfenrechts und der Grundfreiheiten in Betracht kommt.³⁵⁸ Den relevanten Urteilspassagen lässt sich allerdings lediglich entnehmen, dass sich ein Mitgliedstaat nicht der Geltung der Grundfreiheiten dadurch entziehen kann, indem er sich auf die Beihilfeneigenschaft der beanstandeten staatlichen Maßnahme beruft. Das Bestreben des Gerichtshofs, einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch durch die Mitgliedstaaten entgegenzuwirken, relativiert freilich die Bedeutungen dieser Entscheidungen für die vorliegende Fragestellung. Denn der

³⁵⁷ Siehe die nicht abschließende Auflistung der zahlreichen Diskussionsbeiträge in: *Fischer*, VergabeR 2004, Fn 1.

³⁵⁸ EuGH, Rs C-21/88, *Pont de Nemours*, Slg 1990, I-889 Rz 20 ; EuGH, Rs C-351/88, *Laboratori Bruneau*, Slg 1991, I-3642.

Gerichtshof hat die Möglichkeit, eine öffentliche Auftragsvergabe als Beihilfe zu qualifizieren, bisher nie explizit in Betracht gezogen.

Als Nachweis dafür, dass nicht nur Veräußerungen und Investitionen, sondern generell staatliche Beschaffungsvorgänge am market economy investor-Test zu messen sind, wird gerne auf das *BAI*-Urteil des EuG zurückgegriffen.³⁵⁹ In dieser Rechtssache kam das Gericht zu dem Schluss, dass der Ankauf beträchtlicher Kontingente an Reisegutscheinen durch staatliche Stellen zu Marktpreisen als Beihilfe zu werten sei, weil offensichtlich kein realer Bedarf an der erworbenen Leistung bestand.³⁶⁰

Ob diese Spezialkonstellation einer Verallgemeinerung zugänglich ist, ist fraglich. Insbesondere kann bezweifelt werden, ob staatlichen Beschaffungsvorgängen immer eine beihilfenrechtlich relevante Dimension zukommt. Im konkreten Fall war das EuG wohl in erster Hinsicht vom Bestreben geleitet, einer Beschaffung als Selbstzweck zu verhindern, die offensichtlich die Umsatzmaximierung des Empfängerunternehmens zum Ziel hatte. Darüber hinaus handelte es sich um eine freihändige Vergabe ohne Ausschreibungsverfahren.³⁶¹ Keinesfalls kann aus dem *BAI*-Urteil eine allgemeine Verpflichtung abgeleitet werden, die politische Zielsetzung und ökonomische Zweckmäßigkeit der staatlichen Beschaffung zu überprüfen. Die Einführung einer derartigen generellen Bedarfsprüfung wäre weder mit den Zielen des Beihilfenrechts noch aus kompetenzrechtlicher Sicht mit der grundsätzlichen mitgliedstaatlichen Autonomie der Mitgliedstaaten in finanzpolitischen Belangen vereinbar; die ökonomische Zweckmäßigkeit staatlicher Beschaffungsentscheidungen ist anhand des jeweiligen nationalen Haushaltsrechts zu beurteilen. Das *BAI*-Urteil ist vielmehr als Missbrauchskontrolle zu verstehen, die in Ausnahmefällen staatliche Beschaffungsentscheidungen erfasst, die als beihilfenrechtlich relevante Umsatz- und Auslastungsgarantie zugunsten bestimmter Unternehmen konzipiert sind.

Das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand bewirkt nach der Rechtsprechung daher in zwei Konstellationen eine Begünstigung des Empfängerunternehmens. Zum einen, wenn der Staat eine Gegenleistung erbringt, die über den Marktpreis hinausgeht.³⁶² Zum

³⁵⁹ So zB *Bartosch*, EuZW 2001, 231f. *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 313.

³⁶⁰ EuG, Rs T-14/96, *BAI I*, Slg 1999, II-139 Rz 71ff.

³⁶¹ *Eilmansberger*, WuW 2004, 386; krit auch *Fischer*, VergabeR 2004, 3.

³⁶² Vgl *Pünder*, NZBau 2003, 531.

anderen, wenn Leistungen zu Marktpreisen angeschafft werden, für die gar kein Bedarf besteht.³⁶³

Beide Varianten sind bei einem Ausschreibungsverfahren jedoch äußerst unwahrscheinlich. Erstens gewährleistet der Bieterwettbewerb, dass nur der Marktpreis gezahlt wird. Zweitens wird das beihilfenrechtlich problematische Ziel einer Beschaffung ohne Bedarf, die dem Empfänger eine Umsatzgarantie verschaffen soll, durch die fehlende Vorhersehbarkeit, welcher Bieter schlussendlich den Zuschlag erhält, torpediert. Eine ordnungsgemäß durchgeführte Ausschreibung ist daher im Regelfall beihilfenrechtlich völlig unproblematisch.³⁶⁴

3.6.5.1.1.1.2 Die Diskussion in der Literatur über die Schnittstelle von Beihilfen und Vergaberecht, insbesondere über vergabefremde Kriterien

Die Literatur hat Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Vergabe- und Beihilfenrecht herausgearbeitet. Als wesentliche Gemeinsamkeit wird dabei das Anliegen beider Rechtsmaterien gesehen, einen fairen, leistungsorientierten Wettbewerb zu gewährleisten und ungerechtfertigte Begünstigungen bestimmter Unternehmen durch staatliche Stellen zu verhindern.³⁶⁵ Als „funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung“³⁶⁶ haben beide Normenkomplexe die Verwirklichung des Binnenmarkts mit freiem Wettbewerb zum Ziel.³⁶⁷ Hinsichtlich der Unterschiede bestehen Meinungsdivergenzen: Während einerseits die stärkere Marktbezogenheit des Vergaberechts gegenüber dem Beihilfenrecht, das bei Marktversagen durchaus Ausnahmetatbestände kenne, betont wird,³⁶⁸ wird an anderer Stelle auf die Neutralität des Beihilfenverbots verwiesen, demgegenüber im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe politische Akzentsetzungen eine Rolle spielen würden.³⁶⁹

Eine umfassende theoretische Aufarbeitung der Schnittstelle von Beihilfenrecht und Vergaberecht ist an dieser Stelle weder möglich noch zweckmäßig; hierfür sei auf

³⁶³ Allerdings mit den eben genannten Einschränkungen.

³⁶⁴ Eilmansberger, WuW 2004, 386.

³⁶⁵ Konecny, Beihilfen und Vergaberecht – (k)ein Paradoxon? in: Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2007), 260.

³⁶⁶ Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht - Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich (2004).

³⁶⁷ Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 315.

³⁶⁸ Vgl Konecny, Beihilfen und Vergaberecht – (k)ein Paradoxon? in: Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2007), 260.

³⁶⁹ Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 317ff.

einschlägige Arbeiten verwiesen.³⁷⁰ Der Bedeutung in der wissenschaftlichen Diskussion halber soll dennoch in Kürze auf die Berücksichtigungsfähigkeit vergabefremder Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eingegangen werden: Eine öffentliche Auftragsvergabe nach sogenannten vergabefremden Kriterien liegt dann vor, wenn sich der Auftraggeber nicht nur vom wirtschaftlichsten Angebot leiten lässt, sondern bei der Vergabe auch bestimmte Ziele politischer, sozialer oder kultureller Natur Berücksichtigung finden.³⁷¹

Aus vergaberechtlicher Perspektive ist die Zulässigkeit vergabefremder Kriterien in der Literatur umstritten.³⁷² Der EuGH hat diese jedoch ausdrücklich für zulässig erklärt, wenn ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, die Kriterien in geeigneter Weise veröffentlicht wurden (Transparenzgebot) und mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts (vor allem des Diskriminierungsverbots) vereinbar sind.³⁷³

Aus beihilfenrechtlicher Perspektive kommt nach Auffassung eines Teils der Literatur der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien bei der Auftragsvergabe grundsätzlich beihilfenrechtliche Relevanz zu.³⁷⁴ Diese Auffassung beruft sich im Wesentlichen auf folgende Argumente: Die Vergabe nach vergabefremden Kriterien führe zu einer Verteuerung der betreffenden Leistung. Der öffentliche Auftraggeber bezahle daher für die Verfolgung von Zielen, die nicht auf Wirtschaftlichkeitserwägungen beruhen.³⁷⁵ Diese Ansicht soll durch den Privatinvestortest belegt werden: Die Unangemessenheit der Leistung ergäbe sich daraus, dass ein privater Investor unter Außerachtlassung der vergabefremden Kriterien für die Leistung weniger bezahlt hätte.³⁷⁶

³⁷⁰ Siehe vor allem *Lipka*, Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren (2005); *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht (2004), *Middelschulte*, Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts (2004).

³⁷¹ *Fischer*, VergabeR 2004, 5.

³⁷² Ein Überblick findet sich bei *Fischer*, VergabeR 2004, Fn 26.

³⁷³ EuGH, Rs C-513/99, *Concordia*, Slg 2002, I-7213 Rz 53ff; siehe auch EuGH, Rs C-31/87, *Beentjes*, Slg 1988, I-4653; EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445; EuGH, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom GmbH*, Slg, I-14525; zur Auslegung und Systematisierung dieser Rsp ausführlich *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 276ff.

³⁷⁴ *Lübbig*, EuZW 1999, 672; *Dreher/Haas/von Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, Schriftenreihe des Forum Vergabe, Heft 16/2002, 3ff; *Dippel/Zeis*, NZBau 2002, 376; *Bartosch*, EuZW 2001, 229.

³⁷⁵ *Bartosch*, EuZW 2001, 231; *Lübbig*, EuZW 1999, 672; *Dreher/Haas/von Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, Schriftenreihe des Forum Vergabe, Heft 16/2002, 31.

³⁷⁶ *Dippel/Zeis*, NZBau 2002, 377; *Bartosch*, EuZW 2001, 231; *Dreher/Haas/von Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, Schriftenreihe des Forum Vergabe, Heft 16/2002, 25f.

Gegen diese Argumentation wird von einem anderen Teil der Literatur der Einwand erhoben, dass nicht einzusehen sei, worin die Begünstigung des Auftragnehmers bestehe. Die Preissteigerung durch die vergabefremden Kriterien könne nicht isoliert betrachtet werden, da ihr auch höhere Kosten auf Auftragnehmerseite gegenüberstünden. Der Auftragnehmer erhalte dadurch eben keinen Vorteil.³⁷⁷ Die Kriterien seien Teil der vom Auftraggeber konkret geforderten Leistung und ihre Erfüllung gehöre zu den Bedingungen, unter denen der Wettbewerb um die geforderte Leistung stattfinde.³⁷⁸

3.6.5.1.1.1.3 Fazit: beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit von Vergabeverfahren als Regelfall

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die europäischen Gerichte bisher weder konkret noch hypothetisch die Möglichkeit in Betracht gezogen haben, einem ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahren beihilfenrechtliche Relevanz zuzumessen. Selbst wenn man die allgemeine Rechtsprechung zum Begünstigungsbegriff des Art 87 Abs 1 auf den Fall eines Vergabeverfahrens umlegt, bewirkt das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand nur in zwei Konstellationen eine Begünstigung des Empfängerunternehmens. Zum einen, wenn der Staat eine Gegenleistung erbringt, die über den Marktpreis hinausgeht. Zum anderen, wenn Leistungen zu Marktpreisen angeschafft werden, für die gar kein Bedarf besteht. Beide Varianten sind jedoch bei einem Ausschreibungsverfahren äußerst unwahrscheinlich.³⁷⁹ In der Literatur anzutreffende Forderungen nach einer extensiveren Anwendung des Beihilfenregimes auf Ausschreibungsverfahren sind ohne Zweifel von rechtsdogmatischem Interesse, sollen aber hier nicht weiter verfolgt werden.

3.6.5.1.2 Vergabeverfahren nach *Altmark*

Im Folgenden wird auf die Kriterien eingegangen, welche ein Vergabeverfahren erfüllen muss, um den Anforderungen von *Altmark* zu genügen. Dabei sollen die Meinungen im Schrifttum und vor allem der Standpunkt und die Entscheidungspraxis der Kommission dargestellt werden. Die Haltung der Kommission wird anschließend unter Berücksichtigung der eben ausgeführten Problematik einer Bewertung unterzogen.

³⁷⁷ Eilmansberger, WuW 2004, 387; Pünder, NZBau 2003, 533; Jennert, NZBau 2003, 419.

³⁷⁸ Fischer, VergabeR 2004, 6.

³⁷⁹ Siehe 3.6.5.1.1.1.1.

Die Ermittlung der Anforderungen an ein altmarkkonformes Vergabeverfahren hat selbstverständlich am Urteilswortlaut zu beginnen. Der Gerichtshof spricht diesbezüglich von einem

„Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann.“³⁸⁰

Während der erste Teil der Formulierung „Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ *prima facie* eine gewisse Flexibilität in der Wahl der Verfahrensart einzuräumen scheint, ist der zweite Teil der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ insofern erklärungsbedürftig, als diese Formulierung in der vergaberechtlichen Terminologie des Gemeinschaftsrechts keine Entsprechung findet. Denn die einzelnen Vergaberichtlinien kennen als Zuschlagskriterien zum einen das rein quantitative Kriterium des „niedrigsten Preises“ und zum anderen das sowohl aus quantitativen als auch aus qualitativen Elementen zusammengesetzte Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“.³⁸¹

3.6.5.1.2.1 Standpunkt der Kommission

Die Kommission hat ihre Position zu Ausschreibungsverfahren in der Daseinsvorsorge in einem sogenannten „Non-Paper“ zu DAWI und staatlichen Beihilfen Ende 2002³⁸² niedergelegt.³⁸³ Hinsichtlich der Art des Vergabeverfahrens geht das „Non-Paper“ im Grundsatz von einem offenen Verfahren aus, wobei auch ein nichtoffenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung unter der Voraussetzung akzeptiert wird, dass der öffentliche Auftraggeber angemessene, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien anwendet.³⁸⁴ Allerdings kommt dem Vergabeverfahren nur dann eine begünstigungsausschließende Wirkung zu, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- „der betreffende Markt ist wirtschaftlich de facto umkämpft (d.h. es gibt noch andere Betreiber, die in der Lage wären ein ernstzunehmendes Angebot einzureichen),
- das Ausschreibungsverfahren hat zu einem echten Wettbewerb geführt,
- der Zuschlag wurde demjenigen Unternehmen erteilt, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, während die übrigen Vergabebedingungen

³⁸⁰ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 93 (Hervorhebung des Verfassers).

³⁸¹ Vgl *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 275f.

³⁸² Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002.

³⁸³ Zur unklaren Position der Kom nach der eindeutigen Entscheidung *Kinderkanal und Phoenix* zugunsten eines begünstigungsausschließenden Vergabeverfahrens siehe 3.3.4.

³⁸⁴ *Ibid* Tz 85.

(Dienstqualität, Beschäftigung, Investitionen usw.) nur in Form von Mindestanforderungen formuliert sind.³⁸⁵

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, dh war der Markt „nicht wirklich umkämpft“ oder wird der Zuschlag nicht demjenigen Unternehmen erteilt, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, so wird von der Kommission das Vorliegen einer Beihilfe vermutet.³⁸⁶ Diese im „Non-Paper“ aufgezählten Voraussetzungen stammen noch aus der Zeit vor *Altmark*; die Kommission hat in ihren Post-*Altmark* Entscheidungen diese Grundsätze dennoch unmodifiziert angewendet. Es liegen mittlerweile drei Entscheidungen vor, in denen die Kommission die *Altmark*-Konformität der durchgeführten Vergabeverfahren unabhängig von der Einhaltung des anwendbaren Vergaberechts anhand beihilfenrechtlicher Sondermaßstäbe überprüft hat.

Die erste Entscheidung stammt vom 16.12.2003³⁸⁷ schon wenige Monate nach *Altmark* und betraf eine Auftragsvergabe an Stromerzeuger durch die irische Regulierungsbehörde. Durch die Vereinbarung sollten unter anderem im Interesse der Versorgungssicherheit den Betreibern Zusatzkosten für die Bereitstellung von Reservekapazitäten ausgeglichen werden. In bemerkenswerter Klarheit legte die Kommission die *Altmark*-Formulierung dahingehend aus, dass es sich nicht um eine bloße Einhaltung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts handle, sondern eine beihilfenrechtliche Überprüfung materieller Natur durchzuführen sei:

„In the present context the Commission has to verify whether the characteristics of the procurement procedure at stake are such as to actually “allow for the selection of the tenderer capable of providing those services at the least cost to the community”. This is a material analysis which is different and goes beyond the mere respect of the public procurement rules.“³⁸⁸

Die Kommission behält sich somit eine beihilfenrechtliche Überprüfung der Vergabeverfahren auch dann vor, wenn die einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen gänzlich eingehalten werden. Im vorliegenden Fall wurde ein offenes Vergabeverfahren bei gemeinschaftsweiter Ausschreibung und ohne Verhandlungsmöglichkeit ausgewählt. Die Kommission sah darin eine Erfüllung des

³⁸⁵ *Ibid* Tz 87.

³⁸⁶ *Ibid* Tz 88.

³⁸⁷ Kom-E N 475/2003 vom 16.12.2003, *PSO Ireland*, C(2003) 4488 fin.

³⁸⁸ *Ibid* Tz 57 (Hervorhebung im Original).

vierten *Altmark*-Kriteriums und begründete dies mit der Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Verfahrens, dem fehlenden Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers und mit dem Umstand, dass im vorliegenden Fall der niedrigste Preis („lowest possible price“) garantiert wurde.³⁸⁹

Die Folgeentscheidungen *Pyrénées-Atlantiques* vom 16.11.2004³⁹⁰ und *DORSAL* vom 3.5.2005³⁹¹ zeigen jedoch, dass unter gewissen Bedingungen aus dem Blickwinkel des Beihilfenrechts auch ein Verhandlungsverfahren als zulässig erachtet wird, bei dem nicht der „niedrigste Preis“ iSd niedrigsten Zuschusses, sondern das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ den Zuschlag erhält.

In beiden Fällen war in bestimmten französischen Regionen die Errichtung und der Betrieb eines öffentlichen Breitbandkommunikationsnetzes mit offenem Zugang vorgesehen, das Telekommunikationsanbieter in die Lage versetzte, privaten Nutzern, Unternehmen und öffentlichen Organen Breitbanddienstleistungen transparent und nichtdiskriminierend anzubieten. Errichtung und Betrieb der Infrastruktur erfolgten durch die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Form einer Konzession, die nach Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens erteilt wurde. Der Bewertung der Vergabeverfahren schickte die Kommission zunächst folgende These voraus: Wählt der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren, in dem er, wie dies beim Verhandlungsverfahren der Fall ist, bei der Endauswahl einen gewissen Ermessensspielraum behält, so könne aus beihilfenrechtlicher Sicht nicht automatisch von einem Marktpreis ausgegangen werden. In diesem Fall müsse gesondert geprüft werden, ob das Unternehmen ausgewählt wurde, das die Leistung zu den geringsten Kosten erbringt.³⁹² In beiden Fällen hatte ein transparenter Bieterwettbewerb stattgefunden. Die Kommission merkt jedoch an, dass man im vorliegenden Fall nur deshalb die Erfüllung des vierten *Altmark*-Kriteriums annehmen könne, weil die Endauswahl des Auftragnehmers in

³⁸⁹ *Ibid* Tz 57ff.

³⁹⁰ Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin.

³⁹¹ Kom-E N 382/2004 vom 3.5.2005, *DORSAL*, C(2005) 1170 fin.

³⁹² *Ibid* Tz 68: „Lorsque les autorités publiques utilisent des procédures de marché public dans lesquelles elles gardent une marge substantielle d'appréciation dans le choix final du délégataire, il faut s'assurer que la procédure conduise effectivement à la sélection de l'entreprise capable de fournir les services au moindre coût. Dans le cas d'espèce, [...] les autorités publiques ont gardé une marge substantielle d'appréciation dans le choix final du délégataire. Dans une telle situation il n'est pas possible de conclure automatiquement que le résultat atteint équivaut au prix du marché du point de vue des aides d'Etat“ (Hervorhebung des Verfassers).

erster Linie nicht nach qualitativen, sondern nach quantitativen Kriterien getroffen wurde.³⁹³

Zusammenfassend können die Anforderungen, welche die Kommission an ein altmarkkonformes Vergabeverfahren stellt, daher folgendermaßen beschrieben werden:

Der bloßen Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen kommt allein keine begünstigungsausschließende Wirkung zu.

Das Ausschreibungsverfahren muss tatsächlich zu einem echten Wettbewerb geführt haben. Es sind daher nur Verfahrensarten zulässig, die geeignet sind, einen solchen offenen Wettbewerb herzustellen. Dies ist bei offenen Verfahren bzw nichtoffenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb regelmäßig der Fall.

Behält der Auftraggeber beim Zuschlag einen Ermessensspielraum (etwa beim Verhandlungsverfahren), so muss der Frage, ob die Vergabe dem Marktpreis entspricht, jedenfalls gesondert nachgegangen werden.

Die Kommission bevorzugt als Zuschlagskriterium den „niedrigsten Preis“ iSd niedrigsten Zuschusses.

Erfolgt, wie dies beim Zuschlagskriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ der Fall ist, die Vergabe nicht nur nach quantitativen, sondern auch nach qualitativen Kriterien, so müssen letztere nachrangig sein. Die Vergabeentscheidung muss primär quantitativen Kriterien folgen und sich daher am geringsten Zuschuss orientieren.

3.6.5.1.2.2 Literatur

Die zu dieser Frage spärlich vorhandene Literatur vertritt im Gegensatz dazu eine extensivere Auslegung des Vergabeverfahrens „zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“.

So hat *Koenig* etwa angemerkt, dass der EuGH nicht etwa auf den „geringstmöglichen Zuschuss“, sondern eben auf die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ abstelle. Würde bloß auf den geringsten Zuschuss abgestellt, so müsste ein Auftragnehmer beispielsweise nicht vom Zuschuss gedeckte Investitionskosten auf die Benutzer und somit

³⁹³ *Ibid* Tz 78 und Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin Tz 86: „La Commission note qu’alors que cette procédure permet une certaine flexibilité, la sélection du délégataire n’est *pas basée principalement sur des critères qualitatifs, mais a été effectué par rapport à des critères quantitatifs*“ (Hervorhebung des Verfassers).

auf die Allgemeinheit abwälzen. Bei komplexen Infrastrukturprojekte wäre eine Bewertung an Hand von starren Leistungs-/Gegenleistungsparametern ohnehin nicht sachgerecht. Nach der Ansicht von *Koenig* darf, um der Anforderung der Kostenminimierung für die Allgemeinheit gerecht zu werden, daher nicht einseitig das Angebot zum geringsten Zuschuss in Betracht gezogen werden.³⁹⁴ Im Sinne der Qualitätssicherung umfasse das vierte *Altmark*-Kriterium nicht nur den geringsten Zuschuss, sondern auch das wirtschaftlich günstigste Angebot.³⁹⁵

Schnelle geht sogar noch einen Schritt weiter und will auch politische Erwägungen bei der Endauswahl zulassen. Er begründet dies mit der von den Vergaberichtlinien abweichenden Terminologie in *Altmark*. Es könne davon ausgegangen werden, dass dem Gerichtshof die vergaberechtlichen Begriffe bei Urteilsfällung bekannt waren. Der Gerichtshof habe sich dennoch für eine Formulierung entschieden, die nicht nur kostenbezogene Elemente zulasse.³⁹⁶

3.6.5.1.2.3 Würdigung

3.6.5.1.2.3.1 Kritik am Ansatz der Kommission

Die Entscheidungspraxis der Kommission geht offen davon aus, dass ein altmarkkonformes Vergabeverfahren ganz unabhängig von einer Einhaltung der (auch europäischen) Vergabevorschriften anhand autonomer beihilfenrechtlicher Kriterien überprüft werden muss. Eine derartige Sonderprüfung kann, wie an oberer Stelle beschrieben, aus der Rechtsprechung nicht abgeleitet werden, die Begünstigungselemente lediglich dort verortet, wo die Gegenleistung unangemessen ist bzw wie im Sonderfall des *BAI*-Urteils für die Leistung überhaupt kein Bedarf besteht.³⁹⁷ Dieser Sonderfall ist jedoch in der Daseinsvorsorge nicht realistisch, weil das Vorliegen eines Allgemeininteresses an der zu erbringenden Dienstleistung im vorgeschalteten Prüfungsschritt der Definition der DAWI untersucht wird: Liegt nun ein solches allgemeines Interesse vor, so schließt dies einen Bedarf an der Dienstleistung ein.

³⁹⁴ *Koenig*, EuZW 2005, 417.

³⁹⁵ *Koenig/Kiefer*, EStAL 3/2005, 424.

³⁹⁶ *Schnelle*, EStAL 3/2003, 412f.

³⁹⁷ Siehe oben Pkt 3.6.5.1.1.1.1.

Gegen eine Aufladung eines *Altmark*-Vergabeverfahrens mit beihilfenrechtlichen Sonderanforderungen lässt sich vor allem anführen, dass solche Anforderungen über den aktuellen Stand der Rechtsprechung hinaus zwar beihilfenrechtlich argumentierbar sind,³⁹⁸ aber der Grundintention des Gerichtshof widersprechen, bei Erfüllung der vier *Altmark*-Voraussetzungen gemeinwirtschaftliche Ausgleichsleistungen vor weiteren Zugriffen des Beihilfenrechts abzusichern. Der Gerichtshof legitimiert die staatliche Ausgleichsleistung allein bei Einhaltung einer prozeduralen Voraussetzung, der Durchführung eines Vergabeverfahrens.³⁹⁹ Aus dem Urteil geht klar hervor, dass der Kriterienkatalog sowohl kumulativ als auch taxativ zu verstehen ist. Die Koppelung des Vergabeverfahrens an urteilsexterne Anforderungen kommt einem „Einschleusen“ weiterer Kriterien gleich, die durch das Urteil nicht gedeckt sind.

Die Bedeutung von *Altmark* geht in diesem Zusammenhang über die Anerkennung der begünstigungsausschließenden Wirkung von Vergabeverfahren für den Bereich der Daseinsvorsorge hinaus: Erstmals hat ein europäisches Gericht diese Möglichkeit selbst positiviert. Bislang hatte sich die Rechtsprechung mit der passiven Rolle begnügt, die begünstigungsausschließende Wirkung dieses von der Kommission entwickelten Instruments in seiner Rechtmäßigkeit zu bestätigen.⁴⁰⁰ Mit *Altmark* ist der Gerichtshof rechtsfortbildend tätig geworden und hat durch die explizite Aufnahme des Vergabeverfahrens als Surrogat von Marktbedingungen in das Urteil eine eigenständige positivrechtliche Vorgabe geschaffen. Es ist daher zweifelhaft, ob der Kommission für die Ausgestaltung des Verfahrens das Ermessen zukommt, zusätzliche Kriterien aufzustellen. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht verständlich, warum die Kommission ihre Vorgaben ihres „Non-Papers“ nach *Altmark* unmodifiziert in ihre Entscheidungspraxis übernommen hat.

3.6.5.1.2.3.2 Konvergenz der Vorgaben der Kommission mit beihilfenrechtlichen Grundsätzen

³⁹⁸ Dazu sogleich.

³⁹⁹ Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 329, der dieser Lösung allerdings kritisch gegenübersteht.

⁴⁰⁰ Vgl. EuGH, Rs C-390/98, *Banks*, Slg 2001, I-6147 Rz 77.

3.6.5.1.2.3.2.1 Wettbewerbsoffenheit und -intensität

Sieht man dennoch von dieser grundsätzlichen Kritik ab und geht in Anbetracht der Entscheidungspraxis der Kommission von der Prämisse aus, dass auch ein rechtmäßig durchgeführtes Vergabeverfahren gesondert an beihilfenrechtlichen Maßstäben zu messen ist, dann ist der Maßstab der Wettbewerbsoffenheit bzw Wettbewerbsintensität, den die Kommission an eine altmarkkonforme Verfahrensart anlegt, schlüssig gewählt.

Denn die beihilfenrechtliche Bewertung der vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Verfahrensart orientiert sich stets am Zweck des beihilfenrechtlichen Ausschreibungsansatzes, durch einen fairen Wettbewerb und ein objektives Bewertungsverfahren die Angemessenheit der Gegenleistung und daher einen Marktpreis zu garantieren.⁴⁰¹ Findet daher konkret kein Wettbewerb statt, oder war der Markt im Vorherein nicht umkämpft, so kann auch nicht der Preisbildungsprozess im Gange kommen, der eine Begünstigung des Empfängers bzw Auftragnehmers ausschließen soll. Die Annahme der Kommission, dass in diesem Fall das vierte *Altmark*-Kriterium nicht erfüllt sein kann, ist daher insofern schlüssig.

Wie die Entscheidungen der Kommission zur Privatisierung öffentlicher Unternehmen, zur Veräußerung von Grundstücken und zu Infrastrukturförderungsprogrammen belegen, können daher, in vergaberechtlicher Terminologie gesprochen, nur das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren (die beiden letzten jeweils mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb) die Wettbewerbsintensität erreichen, die das Beihilfenrecht zur Bildung eines Marktpreises verlangt.⁴⁰² Zu beachten ist in dieser Hinsicht, dass auch im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien Verfahren ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb zulässig sein können. Dies gilt umso mehr für den Daseinsvorsorgebereich, in dem häufig Dienstleistungskonzessionen vergeben werden, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen und auf die „bloß“ die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Vergabegrundsätze anwendbar sind.⁴⁰³ Gerade auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge besteht daher in besonderem Ausmaß die Gefahr, dass die vergabe- und beihilfenrechtlichen Anforderungen auseinanderklaffen.

⁴⁰¹ Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 786.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Siehe jedoch unten Pkt 4.5.6.4 zur Nichtanwendbarkeit des *Telaustria*-Urteils auf gemeinwirtschaftliche Dienstleistungskonzessionen.

3.6.5.1.2.3.3 Geringster Zuschuss oder wirtschaftlich günstigstes Angebot?

Die Forderung, es müsse ein gewisses Maß an Wettbewerb entstanden sein, steht im Einklang mit beihilfenrechtlichen Grundsätzen. Demgegenüber ist eine Einengung des Zuschlagskriteriums auf den geringstmöglichen Zuschuss beihilfenrechtlich inkonsistent.

Die Auffassung von *Schnelle*, der Gerichtshof wolle nicht nur kostenbezogene, sondern darüber hinaus auch politische Zwecksetzungen zulassen, geht sicherlich zu weit. Schließlich spricht der Gerichtshof von „Kosten“ und nicht von politischen Erwägungen. Dennoch stellt sich die Frage, was der Gerichtshof mit dieser abweichenden Formulierung bezwecken wollte. Die Formulierung deutet jedenfalls darauf hin, dass nicht nur der geringstmögliche Zuschuss, sondern auch das wirtschaftlich günstigste Angebot erfasst werden soll.

Schließlich nehmen gerade bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die Dienstqualität und soziale Gesichtspunkte einen gewichtigen Stellenwert ein. Wie bereits erwähnt, würde das Abstellen auf den geringstmöglichen Zuschuss einerseits zu einem Qualitätsverlust führen, andererseits die Gefahr schaffen, dass Solidaritätsgesichtspunkte wie die Erschwinglichkeit von Daseinsvorsorgeleistungen nicht mehr im erforderlichen Maße realisiert werden können. Die Einengung des Auswahlkriteriums auf das rein quantitative Kriterium des geringstmöglichen Zuschusses steht daher im diametralen Gegensatz zur expliziten Vorgabe der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ und darüber hinaus dem Verständnis der Kommission in Bezug auf Daseinsvorsorgeleistungen, die in der Mitteilung der Kommission zur Daseinsvorsorge als „allgemein zugängliche, qualitativ hochwertige und erschwingliche Leistungen“⁴⁰⁴ beschrieben werden.

Im Übrigen ist auch aus allgemeinen beihilfenrechtlichen Erwägungen heraus die Berücksichtigung qualitativer (auch vergabefremder) Kriterien bei der Endauswahl völlig unproblematisch, soweit diese auftragsgegenstandsbezogen und nicht auftragsbezogen sind.

Denn die Erfüllung qualitativer Kriterien bringt eine Kostensteigerung auf der Auftragnehmerseite mit sich, der eine Preissteigerung auf der Auftraggeberseite

⁴⁰⁴ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Rz 10.

entspricht.⁴⁰⁵ Der Privatinvestortest muss daher lauten: Wäre ein Privatinvestor (in diesem Fall der öffentliche Auftraggeber) bereit, für die zusätzliche Qualitätssteigerungen des Produkts ein höheres Entgelt zu zahlen? Dies ist in dem Ausmaß zu bejahen, als durch die Qualitätssteigerung zusätzliche Kosten anfallen und dieser Kostenbetrag der Differenz der Leistung mit und ohne Erfüllung dieser zusätzlichen qualitativen Kriterien entspricht. In diesem Fall wird die Angemessenheit des Austauschverhältnisses gewahrt. Es liegt daher keine Begünstigung vor.

Beihilfenrechtlich unzulässig sind lediglich Preissteigerungen, die aus der Berücksichtigung qualitativer Kriterien herrühren und nicht auftragsgegenstandsbezogen sondern nur auftragsbezogen sind. Solche Kriterien können nicht in den Privatinvestortest einbezogen werden, da sie sich außerhalb des marktgängigen Synallagmas bewegen. Allerdings sind bloß auftragsbezogene Kriterien aus vergaberechtlicher Sicht nach der Rechtsprechung zu vergabefremden Kriterien ohnehin unzulässig.⁴⁰⁶

Aus beihilfenrechtlicher Sicht ist daher die restriktive Auffassung der Kommission in Bezug auf qualitative Kriterien nicht gerechtfertigt.

3.6.5.1.3 Fazit

Die Auslegung der ersten Variante des vierten *Altmark*-Kriteriums ist komplexer, als man auf den ersten Blick erwarten würde. Sie wirft die vielschichtige Frage des Verhältnisses von Beihilfe- und Vergaberecht auf, die eine lebhafte Diskussion in der Literatur erfahren hat. Die Kommission stellt dabei weit reichende Anforderungen an ein altmarkkonformes Vergabeverfahren, die über den derzeitigen Stand der Rechtsprechung hinausreichen. Diese beihilfenrechtliche Sonderprüfung ist schwer mit der Grundintention des Gerichtshofs vereinbar, aus Gründen der Rechtssicherheit mitgliedstaatliche Leistungserbringer bei Erfüllung der durch das Urteil positivierten prozeduralen Vorgabe vor weiteren (zusätzlichen) Prüfungsansprüchen materieller Natur abzuschirmen.

Der seitens der Kommission erhobene materielle Prüfungsanspruch dürfte jedoch bei näherer Betrachtung bei ordnungsgemäßen Vergabeverfahren aufgrund der überwiegenden Konvergenz beider Rechtsmaterien in der Praxis zu keinen überraschenden Ergebnissen führen. Schließlich basiert auch das Vergaberecht auf dem Wettbewerbsprinzip und dürfte

⁴⁰⁵ So im Hinblick auf vergabefremde Kriterien etwa *Eilmansberger*, WuW 2004, 387; *Pünder*, NZBau 2003, 533.

⁴⁰⁶ Vgl. *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 285.

daher im Regelfall die von der Kommission geforderte Wettbewerbsintensität problemlos erreichen. Zudem ist der Eintritt des Sonderfalls des *BAI*-Urteils, einer Beschaffung ohne Bedarf, im Bereich der Daseinsvorsorge schon begrifflich aufgrund des Allgemeininteresses an der Dienstleistung nahezu ausgeschlossen.

Dagegen weist die Bevorzugung des geringsten Zuschusses gegenüber dem wirtschaftlich günstigsten Angebot ein Konfliktpotential auf, das nicht von der Hand zu weisen ist. Die restriktive Auffassung der Kommission ist abzulehnen, da auftragsgegenstandsbezogene Preissteigerungen im marktgängigen Synallagma berücksichtigt werden können.

Sieht man von dieser Konfliktstelle ab, dann konvergieren die Anforderungen des Beihilfenrechts mit jenen eines rechtmäßig durchgeführten Vergabeverfahrens. Man kann daher die Frage stellen, welchen Mehrwert ein solcher beihilfenrechtlicher Prüfungsvorbehalt aufweisen soll. In diesem Zusammenhang drängt sich die Vermutung auf, dass die Generaldirektion Wettbewerb sich gegenüber der Generaldirektion Binnenmarkt, die für die Überwachung des europäischen Vergaberechts zuständig ist, eine umfassende Prüfungskompetenz vorbehalten will. Ob dies sinnvoll ist, sei dahingestellt.

3.6.5.2 Zweite Alternative: Effizienztest

3.6.5.2.1 Allgemeines

Wird keine Ausschreibung durchgeführt, so begründet der Ausgleich keine Beihilfe, wenn er nicht die Kosten übersteigt, die einem vergleichsweise heranzuziehenden durchschnittlichen gut geführten Unternehmen für dieselbe Leistung entstünden (zweite Variante des vierten Kriteriums).

Ein Ausschreibungsverfahren ist zwar prinzipiell das verlässlichste Instrument, um die Angemessenheit einer Gegenleistung zu ermitteln. Alternative Kostenermittlungsmethoden wie beispielsweise Benchmarking-Analysen stellen nur eine suboptimale Lösung dar.⁴⁰⁷ Im Bereich der Daseinsvorsorge ist jedoch eine Ausschreibung zum einen nicht in jedem Fall möglich und zum anderen nicht immer die beste Lösung.⁴⁰⁸ Aus guten Gründen hat der Gerichtshof daher alternativ zur Ermittlung einer angemessenen Gegenleistung gleichberechtigt einen Kostenvergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten

⁴⁰⁷ So Koenig/Kühling, DVBl 2003, 293.

⁴⁰⁸ Siehe unten Pkt 4.5.6.4.

Unternehmen zugelassen. Erstens ist eine generelle Ausschreibungspflicht dem Gemeinschaftsrecht fremd,⁴⁰⁹ zweitens stellt eine Ausschreibung nur eine (wenn auch sehr verlässliche) von mehreren Möglichkeiten dar, eine marktübliche und daher angemessene Gegenleistung zu ermitteln.

Es besteht allerdings erhebliche Unklarheit darüber, was unter dem Kostenniveau eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ genau zu verstehen ist und welche Mittel zur Bestimmung dieser vom Gerichtshof in die Daseinsvorsorge neu eingeführten Kostenkategorie geeignet bzw zulässig sind.⁴¹⁰

3.6.5.2.2 Literatur

Die fehlende Konkretisierung des Begriffs durch den Gerichtshof lässt naturgemäß Auslegungsunterschiede entstehen.⁴¹¹ So wird beispielsweise die Ansicht vertreten, der Begriff beschreibe nicht ein Idealunternehmen, sondern bloß ein „durchschnittliches“.⁴¹² Man ist sich jedoch weitgehend einig, dass mit dem vierten Kriterium der Privatinvestortest in die Daseinsvorsorge Einzug gefunden hat,⁴¹³ der Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes öffentlicher und privater Unternehmen ist.⁴¹⁴ Er schaffe den Anreiz, die DAWI in einem Wettbewerb um den Markt auszuschreiben oder im Wettbewerb im Markt ebenso effizient wie ein Privatunternehmen erbringen zu lassen.⁴¹⁵ Dabei muss sich der objektivierte Kostenausgleich unter weitgehendem Ausschluss subjektiver Wertungen⁴¹⁶ darauf beschränken, das Angebot der DAWI zu induzieren. Zur Ermittlung der objektiven Nettomehrkosten wird unter anderem die „net avoided cost“-Methode⁴¹⁷ vorgeschlagen.⁴¹⁸

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Kessler/Dahlke*, EuZW 2007, 105.

⁴¹¹ *Werner/Köster*, EuZW 2003, 504; *Bartosch*, EuZW 2004, 300; *Danner*, Quersubventionierung (2006) 196.

⁴¹² *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1203 („Median-Maßstab“).

⁴¹³ *Leibenath*, 1063; *Bartosch*, EStAL 3/2003, 384; *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 357f; *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 248; aA *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 108f.

⁴¹⁴ *Leibenath*, EuR 2003, 1063.

⁴¹⁵ *Danner*, Quersubventionierung (2006) 197f.

⁴¹⁶ *Kessler/Dahlke*, EuZW 2007, 105.

⁴¹⁷ Zu dieser Methode ausführlich unten Pkt 4.5.4.3.

⁴¹⁸ *Koenig*, BB 2003, 2186.

Das Hauptproblem des Effizienztests liegt freilich in der Bestimmung von Marktkosten in Bereichen, in denen kein Vergleichsunternehmen vorhanden ist, dessen Kosten herangezogen werden könnten.⁴¹⁹ Diesbezüglich werden in der Literatur divergierende Lösungsansätze verfolgt. Eine erste Meinungsgruppe forciert eine Benchmarking-Analyse ausnahmslos für alle Bereiche des Daseinsvorsorge. Bei Fehlen eines realen Referenzunternehmens sei anstatt eines direkten Unternehmensvergleichs eine analytische Kostenermittlung durchzuführen, die die tatsächliche Kosten des Unternehmens mit jenen einer kosteneffizienten Leistungsbereitstellung unter simulierten Wettbewerbsbedingungen vergleiche. Die Berechnung soll durch unabhängige Gutachter bzw. Wirtschaftsprüfer erfolgen.⁴²⁰ Einer anderen Auffassung zufolge ist das vierte Kriterium dahingehend auszulegen, dass bei Fehlen eines Vergleichsunternehmens automatisch eine Beihilfe vorliegt.⁴²¹ Als dritter Lösungsansatz wird ein Rückgriff auf das *Chronopost*-Urteil vorgeschlagen, das die Anwendbarkeit des Privatinvestortests eingeschränkt hat.⁴²² Für den Fall, dass das Benchmarking auf eine Kostenfeststellung rein hypothetischer Natur hinauslaufen würde, verdränge *Chronopost* die vierte Voraussetzung insofern, als die eigenen Kosten des Unternehmens beihilfenbefreiend in Anschlag gebracht werden könnten.⁴²³ Auf das Verhältnis von *Altmark* und *Chronopost* wird in einem anderen Teil der Arbeit eingegangen.⁴²⁴

3.6.5.2.3 Standpunkt der Kommission

Eine Durchsicht der mehr als dreißig veröffentlichten Beihilfenentscheidungen nach *Altmark* führt zum ernüchternden Ergebnis, dass die Erfüllung der vierten Voraussetzung nicht die Regel, sondern die Ausnahme von der Regel darstellt. Bislang haben bloß zwei Finanzierungsmaßnahmen den Effizienztest bestanden.

⁴¹⁹ *Leibenath*, EuR 2003, 1063; *Thyri*, OZW 2003, 128;

⁴²⁰ *Koenig*, BB 2003, 2188; *Danner*, Quersubventionierung (2006) 199f; *Koenig* fordert zudem noch einen gesonderten „Monopolabschlag“ aufgrund der tendenziellen Ineffizienzen von Monopolunternehmen, die keiner Disziplinierung durch Wettbewerber ausgesetzt sind. Dies wird von *Danner* aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt, eine analytische Kostenermittlung durch Sachverständige sei ausreichend.

⁴²¹ So *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 357, die jedoch diesem Ergebnis selbst kritisch gegenübersteht und einen Widerspruch zu *Chronopost* sieht.

⁴²² Zu *Chronopost* siehe ausführlich unten Pkt 4.5.5.1.2.1.

⁴²³ Ua *Jaeger* in: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² (2007), 708; *Bartosch*, EStAL 3/2003, 385.

⁴²⁴ Unten Pkt 4.5.5.2.

Für die Mehrzahl der Negativentscheide ist die knappe Begründung charakteristisch, der Kommission seien keine Hinweise übermittelt worden, dass die Kostenstruktur des beauftragten Unternehmens einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entspreche. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass die vierte Voraussetzung erfüllt sei.⁴²⁵ Die Mehrzahl der Beihilfenentscheidungen ist aufgrund des fehlenden Willens der Kommission, das vierte Kriterium inhaltlich zu diskutieren, von geringem Erkenntniswert. Demgegenüber sind jene Entscheidungen interessant, in denen der Mitgliedstaat die Erfüllung des vierten Kriteriums behauptet hatte, die Kommission aber dem Ausgleichssystem keine Altmarkkonformität bescheinigen wollte.

Die Entscheidung *BBC Digital Curriculum* vom 1.10.2003 hatte die kostenlose Versorgung von Haushalten und Schulen mit Online-Lernmaterial zum Gegenstand. Die Finanzierung beruhte auf Rundfunkgebühren, die Kompensationshöhe wurde auf Grundlage interner Berechnungen der BBC ermittelt. In den Augen der Kommission waren diese Angaben unzureichend, da die britischen Behörden keine Information über ein durchschnittliches Unternehmen vorgelegt hatten.⁴²⁶

In der Entscheidung *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem* vom 3.5.2005 stand das niederländische Risikoausgleichssystem im Gesundheitswesen zur Beurteilung, das vor allem von Interesse ist, weil es in seiner grundlegenden Funktionsweise mit dem irischen Ausgleichssystem der Rechtssache *BUPA* identisch ist. Die Entscheidung ermöglicht daher einen Vergleich der Rechtsprechung mit dem Standpunkt der Kommission. Die vierte Voraussetzung wurde von der Kommission aus zwei Gründen verneint: Erstens aufgrund des schlechten finanziellen Zustands der Krankenversicherer, der eine Restrukturierung erforderlich mache. Zweitens kompensiere das Ausgleichssystem Abweichungen des Risikoprofils der individuellen Versicherer vom durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes. Der Ausgleich würde folglich allen Versicherern unabhängig von ihrer Effizienz offen stehen, da Risiken und nicht Kosten ausgeglichen würden. Es würden somit auch ineffiziente Unternehmen vom Ausgleichssystem profitieren. Außerdem könne eine Überkompensierung nicht ausgeschlossen werden, da das Ausgleichssystem, anders als es

⁴²⁵ Statt aller Kom-E N 244/2003 vom 6.4.2005, *Credit Union Provision*, C(2005) 977 fin Tz 54f.

⁴²⁶ Kom-E N 37/2003 vom 1.10.2003, *BBC Digital Curriculum*, C(2003) 3371 fin Tz 23.

der Gerichtshof verlange, bei der Berechnung der Mehrkosten nicht die Einnahmen der individuellen Versicherer (die von den Versicherten gezahlten Prämien) berücksichtige.⁴²⁷

Bei der Entscheidung *Chaine francaise d'information internationale* vom 7.6.2005 ging es um die Finanzierung eines internationalen Informationssenders in französischer Sprache. Die französischen Behörden hatten der Kommission eine Vergleichsstudie übermittelt, die zu Vergleichszwecken die Kosten internationaler Rundfunksender wie *BBC World*, *CNN International*, *Euronews*, eines allgemeinen nationalen Senders mit internationalem Anspruch (*RAI International*), eines nationalen ständigen Nachrichtensenders und bestimmte Kosten der Muttergesellschaft des geplanten Senders beinhaltete. Der Kommission waren diese Angaben unzureichend. Obwohl die in der Studie benannten Sender gut geführt sein mögen, sei die Kostenstruktur dieser Vergleichsunternehmen nicht hinreichend öffentlich zugänglich und daher intransparent. Die Studie selbst weise darüber hinaus offensichtliche methodische Mängel auf.⁴²⁸ Unklar ist, ob die *Altmark*-Voraussetzung aufgrund der beanstandeten Mängel der Studie oder des fehlenden öffentlichen Zugangs zu Kostendaten vergleichbarer Rundfunkanstalten als nicht erfüllt galt. War letzteres ausschlaggebend, so ist beinahe jede Benchmark-Analyse zum Scheitern verurteilt, da im Wettbewerb stehende Unternehmen ihren Konkurrenten kein wettbewerbsrelevantes innerbetriebliches Datenmaterial preisgeben.

Größeren Aufschluss über den Inhalt des Effizienztests gibt die Entscheidung *Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland* vom 24.4.2007. Mit einer Analyse eines effizienten Unternehmens nicht gleichwertig war nach der Ansicht der Kommission die Prüfung der Unternehmen durch staatliche Stellen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, zumal eine solche Prüfung offenbar von einem Finanzierungsbedarf der Unternehmen ausgehe. Es sei weder eine Kostenanalyse vorgesehen, noch seien Kriterien festgelegt, nach denen die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers ermittelt und mit dem Finanzbedarf der subventionierten Unternehmen verglichen würden. Die staatlichen Stellen seien zudem rechtlich nicht verpflichtet, Marktvergleiche vorzunehmen, die mit einer Bewertung der Kosten eines gut geführten Unternehmens vergleichbar wären. Außerdem hätten die

⁴²⁷ *Retention of financial reserves by Sickness Funds and Risk equalisation System*, Entwurf in englischer Sprache zu Kom-E N 541/2004 und N 542/2004 vom 3.5.2005, *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*, C(2005) 1329 fin, Pkt 3.4.1.

⁴²⁸ Kom-E N 54/2005 vom 7.6.2005, *Chaine francaise d'information internationale*, C(2005) 1479 fin Tz 22ff.

deutschen Behörden zur Überprüfung der Effizienz nicht die erforderlichen Informationen übermittelt.⁴²⁹ Zum ersten Mal stellt die Kommission explizit die Beweislast der Mitgliedstaaten fest, die Effizienz des Zuschussempfängers nachzuweisen:

„Anders als von Deutschland geltend gemacht, obliegt es den Mitgliedstaaten, die sich auf Altmark-Ausnahme [sic] berufen, die erforderlichen Nachweise zu erbringen und nicht der Kommission darzulegen, dass die von der [...] [zuständigen Behörde] anerkannten Kosten nicht den Kosten eines effizienten Unternehmens entsprechen.“⁴³⁰

Die Kommission teilte in diesem Zusammenhang nicht den Standpunkt der deutschen Regierung, die sich auf *Chronopost* berief, um die fehlende Anwendbarkeit des Effizienztests zu behaupten. Nach Ansicht der deutschen Regierung war die Kostenermittlung eines effizienten Unternehmens als unmöglich und rein hypothetisch anzusehen. Nach Auffassung der Kommission waren die einzelnen Kostenfaktoren der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sehr wohl mit den Kosten privater Wettbewerber vergleichbar.⁴³¹

DORSAL hat als erste Finanzierungsmaßnahme den Effizienztest erfolgreich durchlaufen. In diesem Fall war jedoch ohnehin eine öffentliche Ausschreibung erfolgt. Die Kommission gelangte nicht nur zum Schluss, dass das Ausschreibungsverfahren der ersten Variante der vierten Voraussetzung entsprach, sondern stellte darüber hinaus fest, dass die Marktstudien, die im Vorfeld der Ausschreibung durchgeführt worden waren, die Anforderungen des Effizienztests erfüllten.⁴³² Die zentrale Frage, wie bei Fehlen einer Ausschreibung die vierte Voraussetzung erfüllt werden kann, blieb indessen unbeantwortet. Aufgrund der erfolgten Ausschreibung, die ohnehin den Anforderungen der ersten Variante genüge, ist das *obiter dictum* der Kommission zum Effizienztest deshalb von geringer Aussagekraft.

Der zweite Fall eines positiven Ausgangs des Effizienztests ist die Entscheidung *Poste Italiane – Bancoposta* vom 22.11.2006. Dort ging es um die Beihilfeneigenschaft einer Vergütung für die Ausgabe eines Sparbuchs, das die Poste Italiane über ihre zahlreichen, flächendeckenden Postfilialen vertrieb. Die Vergütung wurde der Poste Italiane von der staatlichen Bancoposta geleistet. Die Beurteilung der Kommission stützte sich auf einer

⁴²⁹ Kom-E E 3/2005 vom 24.4.2007, *Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland*, K(2007) 1761 endg Tz 166.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid* Tz 168.

⁴³² Kom-E N 382/2004 vom 3.5.2005, *DORSAL*, C(2005) 1170 fin Tz 78.

Studie über die marktgängige Vergütung von Postsparbüchern. Die Studie verglich zunächst Gemeinsamkeiten unterschiedlicher Finanzinstrumente, um in mehreren methodischen Schritten die marktgängige Zinsdifferenz von Kreditgeber- und Kreditnehmerzinsen zu ermitteln. Der errechnete Wert diente als Marktreferenz, die mit der jährlichen von Bancoposta geleisteten Vergütung verglichen wurde. Da die Vergütung von Bancoposta stets die Marktreferenz unterschritt, nahm die Kommission das vierte Kriterium als erfüllt an.⁴³³ Die Zeitschrift *Competition Policy Newsletter*, die von der Kommission herausgegeben wird, verkündete die Erfüllung der *Altmark*-Kriterien mit einem eigenen Beitrag.⁴³⁴ Man war sich wohl der Außergewöhnlichkeit eines positiv absolvierten Effizienztests bewusst.

3.6.5.2.4 Rechtsprechung

Als einziges Urteil hat *BUPA* das vierte Kriterium inhaltlich ausgeführt. In dieser Rechtssache hatten die Klägerinnen vor allem bemängelt, dass erstens kein Vergleich mit einem gut geführten Unternehmen durchgeführt worden war, und zweitens, dass die Kommission prüfen hätte sollen, ob eine Überkompensierung der aus einem Fremdvergleich ermittelten Kosten vorlag.⁴³⁵

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das in *BUPA* untersuchte Risikoausgleichssystem die Einnahmen und Kosten der individuellen Versicherer nicht berücksichtigte, sondern bloß Abweichungen des Risikoprofils eines individuellen Versicherers vom durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes kompensierte. Das Gericht hatte schon bei der Prüfung der dritten *Altmark*-Voraussetzung die Ansicht vertreten, dass angesichts der besonderen Funktionsweise des Ausgleichssystems, das nicht den Saldo von Einnahmen und Ausgaben kompensierte, sondern Abweichungen vom durchschnittlichen Risikoprofil, *Altmark* an die spezifischen Umstände des Einzelfalls angepasst werden musste.⁴³⁶ Nach Ansicht des Gerichts muss angesichts der engen Verknüpfung der dritten und vierten Voraussetzung das gleiche nun auch für den Effizienztest gelten.⁴³⁷

⁴³³ Kom-E C 49/2006 vom 22.11.2006, *Poste Italiane – Bancoposta*, C(2006) 5478 def Tz 85ff.

⁴³⁴ *Boeshertz/Icardi*, *Poste Italiane: a market fee can fulfil the Altmark criteria*, CPN 1/2007, 121.

⁴³⁵ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 245.

⁴³⁶ Die dritte Voraussetzung entspricht der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 und wird im Rahmen dieser Arbeit dort untersucht, siehe unten Pkt 4.5.4.4.

⁴³⁷ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 246.

Hier kann schon der erste Widerspruch zur vorhin dargestellten Entscheidung über das niederländische Risikoausgleichssystem im Gesundheitswesen, in der die Kommission just die fehlende Berücksichtigung der Einnahmen als effizienzausschließenden Grund angeführt hatte, festgestellt werden.⁴³⁸

In *BUPA* hingegen hielt es das Gericht wegen der besonderen Funktionsweise des Systems nicht für erforderlich, einen Unternehmensvergleich durchzuführen. Eine Effizienzprüfung des Ausgleichsempfängers sei unmöglich, weil das zukünftige Risikoprofil der individuellen Versicherer nicht vorhersehbar sei und daher der konkrete zukünftige Ausgleichsempfänger nicht benannt werden könne.⁴³⁹ Das Gericht hätte aus der fehlenden Bestimmbarkeit des Empfängers und folglich der fehlenden Vorhersehbarkeit seiner Effizienz das vierte Kriterium allein aus diesem Grund verneinen können. Stattdessen wurden die irischen Behörden von der Pflicht zur Durchführung eines Unternehmensvergleichs entbunden. Als Ersatz für einen Unternehmensvergleich

„musste sich die Kommission entsprechend dem Zweck der vierten [...] Voraussetzung Gewissheit darüber verschaffen, dass der [...] vorgesehene Ausgleich nicht die Möglichkeit einer Entschädigung für die Kosten einschließt, die durch fehlende Effizienz der dem [...] [Ausgleichssystem] unterliegenden [...]Versicherer verursacht sein könnten.“⁴⁴⁰

Das EuG untersuchte anschließend, ob die Funktionsweise des Systems ineffizienten Unternehmen die Möglichkeit eröffnete, durch Ineffizienzen verursachte Kosten anderen Wirtschaftsteilnehmern aufzubürden, und kam zum Schluss, dass der Ausgleich anhand der Kosten berechnet wurde, die nicht von der Effizienz der fraglichen Wirtschaftsteilnehmer beeinflusst werden konnten.⁴⁴¹ Darum

„ist es entgegen der Ansicht der Klägerinnen ausgeschlossen, dass der Ausgleich zu einer Kostenverteilung führt, die aus ihrer fehlenden Effizienz resultieren und die Möglichkeit dieser Wirtschaftsteilnehmer beeinträchtigen kann, den Gewinn aus ihrer guten Verwaltung in vollem Umfang zu behalten.“⁴⁴²

Da die Klägerinnen keine konkreten systembedingten Ineffizienzen nachweisen konnten, war ihnen mit dem alleinigen Argument, es sei kein Unternehmensvergleich durchgeführt

⁴³⁸ *Retention of financial reserves by Sickness Funds and Risk equalisation System*, Entwurf in englischer Sprache zu Kom-E N 541/2004 und N 542/2004 vom 3.5.2005, *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*, C(2005) 1329 fin, Pkt 3.4.1.

⁴³⁹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 248.

⁴⁴⁰ *Ibid* Rz 249.

⁴⁴¹ *Ibid* 250.

⁴⁴² *Ibid*.

worden, kein Erfolg gegönnt.⁴⁴³ Hier kann ein weiterer Widerspruch zur Kommissionsentscheidung über das niederländische Risikoausgleichssystem gesehen werden. Dort hatte die Kommission aufgrund der Möglichkeit, dass auch ineffiziente Unternehmen als Ausgleichsempfänger in Frage kämen, das vierte Kriterium verneint.⁴⁴⁴

Das EuG-Urteil *TV 2* enthält keine inhaltliche Präzisierung des vierten Kriteriums, wohl aber höchst bedeutsame Ausführungen zur Begründungspflicht der Kommission. Die Kommission hatte in der in dieser Rechtssache angefochtenen Entscheidung die vierte Voraussetzung mit dem üblichen Hinweis verneint, es sei keine Kostenanalyse angestellt worden, mit der die Erfüllung der Voraussetzung hätte sichergestellt werden können.⁴⁴⁵

Das EuG sah sich zur Rüge des Begründungsmangels zu folgender unmissverständlichen Aussage veranlasst:

"Eine solche Begründung, die sich letztlich auf eine unmittelbare Wiedergabe des Wortlauts der vierten Altmark-Voraussetzung beschränkt, könnte nur dann gegebenenfalls genügen, wenn feststünde, dass das Königreich Dänemark keine Vorkehrungen getroffen hatte, die in der Praxis die Beachtung der vierten Altmark-Voraussetzung sicherstellten, oder wenn die Kommission nachgewiesen hätte, dass die vom Königreich Dänemark vorgenommene Analyse offenkundig unzureichend oder ungeeignet war, um die Beachtung dieser Voraussetzung sicherzustellen."⁴⁴⁶

Dies sei im vorliegenden Fall aber keineswegs erwiesen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die vorliegenden wirtschaftlichen Analysen bei ernsthafter Prüfung durch die Kommission die vierte Voraussetzung erfüllen hätten können.⁴⁴⁷

Der Standard der Begründungspflicht, welche das EuG in *TV 2* der Kommission aufbürdet, desavouiert die Entscheidungspraxis der Kommission zum vierten Kriterium. Kaum eine Beihilfenentscheidung hätte unter diesen Umständen einer Nichtigkeitsklage aufgrund mangelnder Begründung standgehalten. Denn die bis zu *TV 2* ständig praktizierte lakonische Begründung ist nach Auffassung des EuG nur dann zulässig, wenn entweder die Ineffizienz des Ausgleichssystems eindeutig im Vornhinein feststeht, oder die Kommission schon den Beweis erbracht hat, dass vorhandene Beweismittel wie etwa wirtschaftliche Gutachten offenkundig unzureichend bzw ungeeignet waren. Beide Fälle

⁴⁴³ *Ibid* 252ff.

⁴⁴⁴ *Retention of financial reserves by Sickness Funds and Risk equalisation System*, Entwurf in englischer Sprache zu Kom-E N 541/2004 und N 542/2004 vom 3.5.2005, *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*, C(2005) 1329 fin, Pkt 3.4.1.

⁴⁴⁵ Kom-E C 2/2003 vom 19.5.2004, *TV2/Danmark*, ABl 2006 L 85/1 Tz 71.

⁴⁴⁶ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 232.

⁴⁴⁷ *Ibid*.

dürften in der Praxis auf eine Inpflichtnahme der Kommission zur umfassenden Begründung hinauslaufen, da der Mitgliedstaat bzw der Empfänger im Beihilfenverfahren stets (oftmals nicht aussagekräftige) Beweismittel zum Effizienznachweis vorbringen wird.

3.6.5.2.5 Fazit: ein Test, zwei Auffassungen

Ein Vergleich der Entscheidungspraxis der Kommission und des EuG offenbart substantielle Auffassungsunterschiede über die Natur des Effizienztests.

Die Kommission legt an die vierte Voraussetzung einen äußerst restriktiven Maßstab an, der ein erfolgreiches Durchlaufen des Tests praktisch unmöglich macht. Schlüssig ist die Ablehnung unternehmensinterner Berechnungen bzw einer bloßen haushaltsrechtlichen Kontrolle nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit. Hingegen überrascht die zugleich extensive wie rigide Auslegung des Urteils. Einerseits wird *Altmark* um eine nicht vom Urteil vorgesehene Beweislastregel zu Lasten der Mitgliedstaaten erweitert. Andererseits bedient sich die Kommissionspraxis einer ausgesprochen unflexiblen Wortinterpretation der Urteilsformulierung,⁴⁴⁸ die ohne Ausnahme einen Unternehmensvergleich gefordert. Ist ein Unternehmensvergleich nicht geeignet oder unmöglich, dann wird nicht auf alternative Methoden zur Effizienzermittlung rekurriert, sondern sogleich auf die Nichterfüllung der Voraussetzung geschlossen.

Die Rechtsprechung lässt dagegen eine flexiblere Anwendung des vierten Kriteriums erkennen. Ein Unternehmensvergleich soll nach *BUPA* dann entfallen, wenn die spezifische Funktionsweise eines Ausgleichssystems keinen Unternehmensvergleich gestattet, etwa weil das System auf alle Wirtschaftsteilnehmer Anwendung findet und der konkrete Empfänger deshalb anfänglich nicht feststeht, sondern *ex post* in Anwendung generell-abstrakter Kriterien bestimmt wird. Für diesen Fall tritt das Erfordernis der wettbewerbsneutralen Ausgestaltung an Stelle des Unternehmensvergleichs. Die systemimmanente Neutralität ist gewährleistet, wenn der Ausgleichsmechanismus einen Transfer von Ineffizienzen zwischen Wirtschaftsteilnehmern verlässlich ausschließt.

⁴⁴⁸ Vgl *Bartosch*, EStAL 2/2008, 211: „Since its [(the Commission’s)] services have started to review schemes on the basis of *Altmark*, its practice can hardly be classified as very imaginative. The cases decided hereafter have merely applied the wording of the 2003 judgment word by word and never found any scheme designed before the pronouncement of the *Altmark* criteria to fall outside the scope of Article 87 (1) EC.“

Die Auslegung des Gerichts orientiert sich an der Teleologie des vierten Kriteriums und ist der strikten Wortinterpretation der Kommission, die zudem mit einer neuen Beweisregel zu Lasten der Mitgliedstaaten kombiniert wird, vorzuziehen. Die neue Beweisregel zu Lasten der Mitgliedstaaten findet keine Stütze im Urteilswortlaut und widerspricht der allgemeinen Beweisregel, dass die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe nachweisen muss,⁴⁴⁹ sowie der Rechtsprechung zu DAWI.⁴⁵⁰ Denn *Altmark* betraf nicht die Auslegung des Art 86 Abs 2, der den Mitgliedstaaten die Beweislast aufbürdet,⁴⁵¹ sondern die Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1.⁴⁵²

Das EuG hat in *TV 2* der praktizierten Beweislastumkehr nun einen formellrechtlichen Riegel vorgeschoben, indem die Kommission die *Altmark*-Konformität einer gegebenen Maßnahme von Fall zu Fall individuell begründen muss. Dadurch wurde der Praxis, das vierte Kriterium mit lakonischer Begründung zu verneinen, ausdrücklich die Grundlage entzogen.

Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis stets die Möglichkeit betont, das vierte Kriterium könne erfüllt werden.⁴⁵³ In der Literatur wurde die Kommission deshalb nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit aufgefordert, aufzuzeigen, wie sich dies in der Praxis bewerkstelligen lässt.⁴⁵⁴ Durch *TV 2* ist die Kommission nun in die Pflicht genommen, dieser Aufforderung nachzukommen.

⁴⁴⁹ Vgl. Rydelski, Handbuch EU-Beihilferecht (2003), 193.

⁴⁵⁰ EuG, Rs T-266/02, *Deutsche Post*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 85ff: Die Kom muss auch bei gemeinwirtschaftlichen Ausgleichsleistungen, will sie das Vorliegen einer Beihilfe feststellen, den Beweis führen. Das Gericht kam in der Rechtssache zum Ergebnis, dass der Kom ein Rechtsfehler unterlaufen war, da sie in der angefochtenen Entscheidung keine Berechnung der Mehrkosten durchgeführt hatte, um festzustellen, ob im gegebenen Fall eine Überkompensation vorlag.

⁴⁵¹ EuGH, Rs C-203/96, *Dusseldorp*, Slg 1998, I-4075 Rz 67.

⁴⁵² Vgl. EuG, Rs T-354/05, *Télévision française 1 (TF 1)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

⁴⁵³ Vgl. Kom-E E 3/2005 vom 24.4.2007, *Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland*, K(2007) 1761 endg Tz 166ff.

⁴⁵⁴ Mortensen, EStAL 2/2008, 246.

3.6.5.3 *Altmark* und Beihilfenpolitik der Kommission

Die Anwendung des vierten Kriteriums durch die Kommission lässt unschwer erkennen, dass sie die erste Alternative des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der zweiten Alternative des Effizienztests bevorzugt. Während allen notifizierten Ausschreibungen *Altmark*-Konformität attestiert wurde, wurde sie den weitaus zahlreicheren Finanzierungsmaßnahmen ohne Ausschreibung fast ausnahmslos verweigert. Liegt die Latte zu hoch, um den Test bestehen zu können?

3.6.5.3.1 Faktische Rückkehr des Beihilfenansatzes

Die Kommission hat 2005 eine Entscheidung⁴⁵⁵ und einen Gemeinschaftsrahmen⁴⁵⁶ über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen erlassen. Für die vorliegende Fragestellung interessiert lediglich die Abgrenzung des Maßnahmenpakets gegenüber *Altmark*.⁴⁵⁷ Vergleicht man nun die Voraussetzungen von *Altmark* einerseits und der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens andererseits, so ergibt sich eine interessante Überschneidung: Mit Ausnahme der vierten finden sich sämtliche *Altmark*-Voraussetzungen, wenn auch zum Teil anders formuliert, im Regelwerk der Kommission wieder. Der Unterschied liegt lediglich im vierten Kriterium; Entscheidung und Gemeinschaftsrahmen verlangen für die Rechtfertigung einer Beihilfe nach Art 86 Abs 2 weder die Durchführung eines Vergabeverfahrens noch eine Kostenanalyse anhand eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Einziges und entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zwischen *Altmark* (der Tatbestandsebene von Art 87 Abs 1) und dem Gemeinschaftsrahmen (der Rechtfertigungsebene von Art 86 Abs 2) ist das vierte *Altmark*-Kriterium.

Die Anwendung des vierten Kriteriums als Scharnier zwischen Beihilfe und Nichtbeihilfe ist daher von eminentem beihilfenpolitischen Interesse. Das Maßnahmenpaket, die rigorose Entscheidungspraxis zum Effizienztest und die unterlassene Konkretisierung dieses Tests haben zwei Auswirkungen:

⁴⁵⁵ Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI 2005 L 312/67.

⁴⁵⁶ Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4.

⁴⁵⁷ Zum Maßnahmenpaket siehe ausführlich unten Pkt 4.2.

Zum einen hat die Kommission klargestellt, dass die restriktiven *Altmark*-Kriterien keineswegs den materiellrechtlichen Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2 abstecken. Fällt eine staatliche Finanzierungsmaßnahme durch das strenge *Altmark*-Prüfungsschema, kann sie immer noch nach Art 86 Abs 2 gerechtfertigt werden. Dies wurde von der Rechtsprechung in *TF I* bestätigt.⁴⁵⁸

Anzuzweifeln ist hingegen, ob die Kommission bei einer direkten Subventionierung ohne Ausschreibung *Altmark* in der Praxis überhaupt noch einen praktischen Anwendungsbereich einräumen will. Mitgliedstaatliche Leistungserbringer können angesichts der Entscheidungspraxis der Kommission nur dann mit hinreichender Sicherheit mit einer Erfüllung der vierten Voraussetzung rechnen, wenn ein öffentliches Ausschreibungsverfahren durchgeführt wurde. Denn für den Fall einer Direktvergabe bietet der Begriff des „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ angesichts der schwerwiegenden Konsequenzen, die bei einer Verletzung der Notifizierungspflicht drohen, nicht die nötige Rechtssicherheit. Dadurch werden die Mitgliedstaaten zur Notifizierung gemeinwirtschaftlicher Ausgleichsleistungen verleitet.

Der Kommission kann dadurch außerhalb des *Altmark*-Rahmens, der sich auf Tatbestandsebene dem Gestaltungsermessen der Kommission entzieht, ihre Genehmigungspraxis nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, soweit es der Spielraum des Art 86 Abs 2 zulässt. Durch die Rechtsunsicherheit, die dem Effizienztest anhaftet, unterliegen im Fall einer Direktvergabe ohne Ausschreibung der Beihilfenaufsicht der Kommission *de facto* sämtliche Ausgleichszahlungen.

Verhilft die Kommission dem Beihilfenansatz zum Durchbruch? Die Kommission stellt in ihrer Entscheidungspraxis nahezu ausnahmslos das Vorliegen einer Beihilfe fest, die anschließend auf Rechtfertigungsebene nach Art 86 Abs 2 geprüft und in der Regel als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gesehen wird. Wie von anderen Autoren in einer Analyse erster Rundfunkentscheidungen nach *Altmark* festgehalten wurde, unterscheiden sich die Konsequenzen der Anwendung der *Altmark*-Kriterien daher nicht wesentlich von jenen des Urteils *FFSA*.⁴⁵⁹ Um mit *Bartoschs* resignierten Worten zu sprechen:

⁴⁵⁸ Vgl. EuG, Rs T-354/05, *Télévision française 1 (TF I)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

⁴⁵⁹ Schon in einer frühen Stellungnahme zu ersten Kom-E nach *Altmark*: *Bartosch*, EStAL 1/2004, 1; *ders.*, EuZW 2004, 295; *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 260.

„It turns out that the consequences of both FFSA and Altmark judgements are very much the same. Still, in the interval between the two rulings the debate has been so intense that one is tempted to post the very depressing heading „much ado about nothing“.“⁴⁶⁰

3.6.5.3.2 *BUPA* und *TV 2* – torpediert das EuG die Beihilfenpolitik?

Das EuG hätte sich in *BUPA* mit der zum Zeitpunkt der angefochtenen Kommissionsentscheidung geltenden Rechtslage gemäß *Ferring* begnügen und somit einer Stellungnahme zu *Altmark* leicht ausweichen können. Die Kommission hatte bezeichnenderweise im Verfahren vor dem EuG auf eine Äußerung zu *Altmark* verzichtet, indem sie nicht zum Klagegrund des Verstoßes gegen Art 87 Abs 1, sondern nur zu Art 86 Abs 2 Stellung bezog.⁴⁶¹

Das Gericht hat dennoch *Altmark* angewendet⁴⁶² und der Kommission dadurch womöglich einen Bärendienst erwiesen. Obwohl sie als Sieger des Gerichtsverfahrens hervorging, könnte ihre restriktive Entscheidungspraxis Schiffbruch erleiden.⁴⁶³ Denn das EuG legt der Kommission gegenüber die *Altmark*-Kriterien extensiver aus und versteht diese eher als Regel denn als Ausnahme. Damit befindet sich die Rechtsprechung des EuG auf einen Kollisionskurs mit dem von der Kommission in der Praxis propagierten Beihilfenansatz.

Nicht weniger bedeutend ist in diesem Zusammenhang das Urteil *TV 2*, welches offen den Begründungsstandard der angefochtenen Entscheidung, die sich laut EuG in einer bloßen Wiedergabe des *Altmark*-Urteilswortlauts erschöpfte, als Grund für eine Entscheidungsaufhebung gesehen hat. Angesichts der vielen Genehmigungsentscheidungen, die nach dem Muster der in *TV 2* für nichtig erklärten Entscheidung redigiert wurden, sendet das Urteil der Kommission die unmissverständliche Botschaft aus, ihre Beihilfenpraxis in Zukunft zu ändern.

3.6.5.3.3 Fazit

Das Maßnahmenpaket wie auch die Genehmigungspraxis der Kommission machen deutlich, dass sie das vierte *Altmark*-Kriterium als Scharnier zwischen Art 87 Abs 1 und Art 86 Abs 2 begreift und durch eine rigide Anwendung des Effizienztests die in *Altmark*

⁴⁶⁰ Bartosch, EStAL 1/2004, 1.

⁴⁶¹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 125.

⁴⁶² *Ibid* Rz 157ff.

⁴⁶³ Bartosch, EStAL 2/2008, 211; Biondi, EStAL 2/2008, 406.

getroffene Entscheidung zugunsten eines bedingten Ausgleichsansatzes in der Praxis aushebelt. An dessen Stelle tritt für den Fall einer Direktvergabe eine Beihilfenvermutung, die faktisch dem Beihilfenansatz gleichkommt. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu *Altmark*, das neben dem Ausschreibungsverfahren ausdrücklich eine gleichberechtigte zweite Alternative positiviert hat.

Die Rechtmäßigkeit des restriktiven Ansatzes der Kommission ist durch die widersprechende Positionierung des EuG in *BUPA* und *TV 2* ins Kreuzfeuer der Rechtsprechung geraten. Beide Judikate wirken komplementär auf zukünftige Beihilfenentscheidungen der Kommission: Während *BUPA* die *Altmark*-Kriterien materiellrechtlich determiniert, zwingt *TV 2* formellrechtlich die Kommission, die Erfüllung bzw Nichterfüllung der Kriterien im Einzelfall hinreichend zu begründen.

Die Konkretisierung des rechtlichen Maßstabs und die Begründungspflicht erhöhen die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Kommissionsentscheidungen und stärken dadurch die Position der Mitgliedstaaten. Dabei sollte freilich berücksichtigt werden, dass die Klagsbereitschaft eines Mitgliedstaats, eine nach Art 86 Abs 2 genehmigte Beihilfe vor die europäischen Gerichte zu bringen, um ein im Einzelfall in seinen Auswirkung gleiches Resultat – keine Beihilfe oder eine nach Art 86 Abs 2 gerechtfertigte Beihilfe – zu erreichen, nicht sehr hoch liegen dürfte.

4 Ausgleichsbeihilfen und Art 86 Abs 2

4.1 Allgemeines

Gegenstand des vierten Abschnitts ist die Anwendung des Art 86 Abs 2 auf Beihilfen, die für DAWI als Verlustausgleich gewährt werden. Er gliedert sich wie folgt:

Zunächst wird der gegenwärtige Rechtsrahmen gemäß den Vorgaben der Kommission geschildert. Dies umfasst eine Darstellung des Gemeinschaftsrahmens und der Freistellungsentscheidung der Kommission über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf Ausgleichsbeihilfen.

Anschließend werden die Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2 im Einzelnen untersucht:

Erstens wird der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten zur Definition von DAWI untersucht und die Kohärenz der diesbezüglichen Rechtsprechung einem staatsrechtlichen Belastungstest unterworfen.

Zweitens werden die formellen und materiellen Erfordernisse an den Betrauungsakt herausgearbeitet.

Drittens wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 S 1 im Beihilfenrecht untersucht. Dies beinhaltet eine umfassende Darstellung der Ausgleichsberechnung einschließlich der Frage der Kostenallokation und der Vereinbarkeit der *Chronopost*-Rechtsprechung mit dem *Altmark*-Urteil sowie der Diskussion um die Möglichkeit des Ausgleichs der tatsächlich angefallenen Kosten eines individuellen Aufgabenerfüllers an Stelle der bloßen Marktkosten.

Viertens werden Inhalt und Bedeutung der Schranken-Schranke des Art 86 Abs 2 S 2 erörtert.

4.2 Entscheidung und Gemeinschaftsrahmen der Kommission über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen

4.2.1 Allgemeines

Die Kommission hat 2005 ein Maßnahmenpaket verabschiedet, mit dem sie für die Finanzierung von DAWI Rechtssicherheit schaffen will. Mitgliedstaatliche Aufgabenerbringer sollen für die Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags erforderliche Ausgleichsleistungen erhalten dürfen, wobei gleichzeitig unzulässige Überkompensierungen verhindert werden sollen.⁴⁶⁴

Es handelt sich hierbei um folgende drei Umsetzungsmaßnahmen zum „Aktionsplan Staatliche Beihilfen“⁴⁶⁵: Erstens eine Entscheidung der Kommission⁴⁶⁶ (iF: Freistellungsentscheidung), zweitens ein Gemeinschaftsrahmen über die Anwendung von Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von DAWI betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden⁴⁶⁷ (iF: Gemeinschaftsrahmen), und drittens eine Änderung der Transparenzrichtlinie.⁴⁶⁸ Die nach dem *Altmark*-Urteil von der Kommission veröffentlichten Entwürfe⁴⁶⁹ wurden damit mit geringfügigen Änderungen übernommen.

Die Freistellungsentscheidung, die auf Art 86 Abs 3 gestützt ist,⁴⁷⁰ stellt kleinere Ausgleichszahlungen und umsatzschwache Unternehmen von der Notifizierungspflicht frei, wenn sie die in der Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllen. In diesem Fall werden nach Auffassung der Kommission Handel und Wettbewerb nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem Gemeinsamen Markt und dem Interesse der Gemeinschaft

⁴⁶⁴ Pressemitteilung IP/05/937 v 15.7.2005.

⁴⁶⁵ Pressemitteilung IP/05/680 v 7.6.2005.

⁴⁶⁶ Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl 2005 L 312/67.

⁴⁶⁷ Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4.

⁴⁶⁸ RL 2005/81/EG der Kom vom 28.11.2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl 2005 L 312/47.

⁴⁶⁹ Siehe dazu Kom, Wettbewerbsbericht 2004 vom 17.6.2005, SEC(2005) 805 fin, 119ff.

⁴⁷⁰ Dazu *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 1141.

zuwiderläuft.⁴⁷¹ Beihilfen, die nicht in den Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung fallen, sind hingegen zu notifizieren. Die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt wird nach dem Gemeinschaftsrahmen beurteilt, der mit der Freistellungsentscheidung inhaltlich identisch ist und punktuell zusätzliche Detailanforderungen enthält.

Mit dem Maßnahmenpaket hat die Kommission innerhalb des Geltungsbereichs der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens die Anwendung des Art 86 Abs 2 auf staatliche Beihilfen spezifiziert. Es ergeben sich sowohl verfahrensrechtliche als auch materiellrechtliche Konsequenzen, da sowohl die Reichweite der Notifizierungspflicht als auch jene der Bereichsausnahme ausgestaltet wurde.

4.2.2 Sachlicher und zeitlicher Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung

Die Entscheidung stellt Ausgleichszahlungen von der Notifizierungspflicht frei, die in eine der folgenden Kategorien fallen:

1. Unternehmen, deren Umsatz in den letzten beiden Jahren weniger als 100 Mio EUR betragen hat und die als jährliche Ausgleichszahlung weniger als 30 Mio EUR erhalten.
2. Krankenhäuser und im sozialen Wohnbau tätige Unternehmen ohne Umsatzbeschränkung.
3. Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln mit einem durchschnittlichen jährlichen Fahrgastaufkommen von höchstens 300.000 Fahrgästen.
4. Flug- und Seeverkehrshäfen mit einem durchschnittlichen jährlichen Fahrgastaufkommen von höchstens 1.000.000 Fahrgästen für Flughäfen bzw 300.000 für Seeverkehrshäfen.⁴⁷²

Ausgleichszahlungen für Beförderungsdienste auf dem Landweg sind vom Geltungsbereich der Entscheidung ausgenommen.⁴⁷³ Für diese gilt weiterhin Art 73 als *lex specialis* zu Art 86 Abs 2.

⁴⁷¹ Freistellungsentscheidung, 14. Begründungserwägung.

⁴⁷² Freistellungsentscheidung, Art 2 Abs 1.

⁴⁷³ *Ibid* Art 2 Abs 2.

Hinsichtlich der Krankenhäuser ist anzumerken, dass Einrichtungen, die nach dem Prinzip der Solidarität ausgestaltet sind und daher als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten keine Unternehmenseigenschaft aufweisen, nicht unter den Geltungsbereich der Entscheidung fallen können.⁴⁷⁴ Denn die Kontroll- und Rechtsetzungskompetenz, die der Kommission durch Art 86 Abs 3 verliehen wird, ist auf wirtschaftliche Tätigkeiten beschränkt. Die Wettbewerbsaufsicht der Kommission und damit der Geltungsbereich der Entscheidung erstreckt sich deshalb nur auf Krankenhäuser, die Unternehmensqualität aufweisen und daher den Wettbewerbsvorschriften unterliegen.

Die Entscheidung versteht sich ausdrücklich als Präzisierung des Art 86 Abs 2 iSd ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und ist am 19.12.2005 in Kraft getreten. Die Bestimmungen der Art 4 lit c-e und Art 6, welche zusätzliche Anforderungen einführen, die über den *status quo* der Rechtsprechung hinausgehen, sind erst ein Jahr später am 29.11.2006 in Kraft getreten, um den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, sich auf die Neuerungen einzustellen.⁴⁷⁵

4.2.3 Sachlicher und zeitlicher Geltungsbereich des Gemeinschaftsrahmens

Der Gemeinschaftsrahmen gilt für Beihilfen für Unternehmen, welche mit DAWI betraut sind und weder die *Altmark*-Kriterien erfüllen noch in den Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung fallen.⁴⁷⁶ Ausgenommen sind Beförderungsdienste auf dem Landweg und der öffentlich-rechtliche Rundfunk.⁴⁷⁷

Der Gemeinschaftsrahmen gilt für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem Datum seiner Veröffentlichung im Amtsblatt, dem 29.11.2005.⁴⁷⁸ Ab diesem Zeitpunkt gab die Kommission als zweckdienliche Maßnahme den Mitgliedstaaten achtzehn Monate Zeit, ihre Ausgleichssysteme mit dem Gemeinschaftsrahmen in Einklang zu bringen.⁴⁷⁹ Dieser Stichtag ist auch für die Anwendung des Gemeinschaftsrahmens maßgebend. Betroffen

⁴⁷⁴ Siehe oben Pkt 2.2.2.

⁴⁷⁵ Freistellungsentscheidung, Erwägungsgrund 20/Art 10.

⁴⁷⁶ Gemeinschaftsrahmen Tz 2 und 8.

⁴⁷⁷ *Ibid* Tz 3.

⁴⁷⁸ *Ibid* Tz 25.

⁴⁷⁹ *Ibid* Tz 27.

sind alle zu diesem Zeitpunkt der Kommission notifizierte Beihilfen sowie nicht notifizierte Beihilfen, die nach dem Stichtag gewährt wurden.⁴⁸⁰

4.2.4 Abgrenzung der Kommissionsakte von *Altmark* und verbliebener materieller Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2

Der Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens grenzt sich ausdrücklich vom Anwendungsbereich von *Altmark* ab.⁴⁸¹ Eine Untersuchung der Überschneidungen und Unterschiede zwischen einerseits den Voraussetzungen von *Altmark* und andererseits der zwei Maßnahmen der Kommission ist nicht nur verfahrensrechtlicher (Notifizierungspflicht nach Art 88 Abs 3), sondern darüber hinaus auch von materiellrechtlicher Bedeutung: Es geht um die Frage, welcher Anwendungsbereich dem Art 86 Abs 2 über die Grenzen von *Altmark* hinaus noch verbleibt.

Art 86 Abs 2 kann nur dann ein Anwendungsbereich verblieben sein, wenn die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung weniger streng sind als die *Altmark*-Kriterien. Ansonsten würde ein Ausgleich, der nicht die Kriterien erfüllt, am strengeren Art 86 Abs 2 immer scheitern. Ein *Altmark*-konformer Ausgleich würde hingegen mangels einer tatbestandlichen Beihilfe den Art 86 Abs 2 nie zur Anwendung kommen lassen.⁴⁸²

Vergleicht man nun die Voraussetzungen von *Altmark* einerseits und von Entscheidung und Gemeinschaftsrahmen andererseits, so finden sich mit Ausnahme der vierten sämtliche *Altmark*-Voraussetzungen, wenn auch zum Teil anders formuliert, im Regelwerk der Kommission wieder. Der Unterschied liegt folglich lediglich im vierten Kriterium, da die Freistellungsentscheidung und der Gemeinschaftsrahmen weder die Durchführung eines Vergabeverfahrens noch eine Kostenanalyse anhand eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens verbindlich vorsehen. Somit ist die Kostenhöhe für die Abgrenzung ausschlaggebend. Wurde kein Vergabeverfahren bzw ein erfolgreicher Effizienztest durchgeführt, dann sind die tatsächlich angefallenen Kosten des

⁴⁸⁰ *Ibid* Tz 26.

⁴⁸¹ Freistellungsentscheidung, Begründungserwägung 5; Gemeinschaftsrahmen Tz 8.

⁴⁸² Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 479.

individuellen Unternehmens heranzuziehen.⁴⁸³ Dies geht aus den Begründungserwägungen der Freistellungsentscheidung auch ausdrücklich hervor.⁴⁸⁴

Umgekehrt kann für die Reichweite von Art 86 Abs 2 der Schluss gezogen werden, dass eine Rechtfertigung nur dann in Frage kommt, wenn die ersten drei *Altmark*-Kriterien erfüllt sind. Die Kommission hat dabei offensichtlich diese Kriterien, die mit Ausnahme des zweiten Kriteriums Art 86 Abs 2 entstammen, in die Entscheidung und den Gemeinschaftsrahmen gleichsam „rückimportiert“.

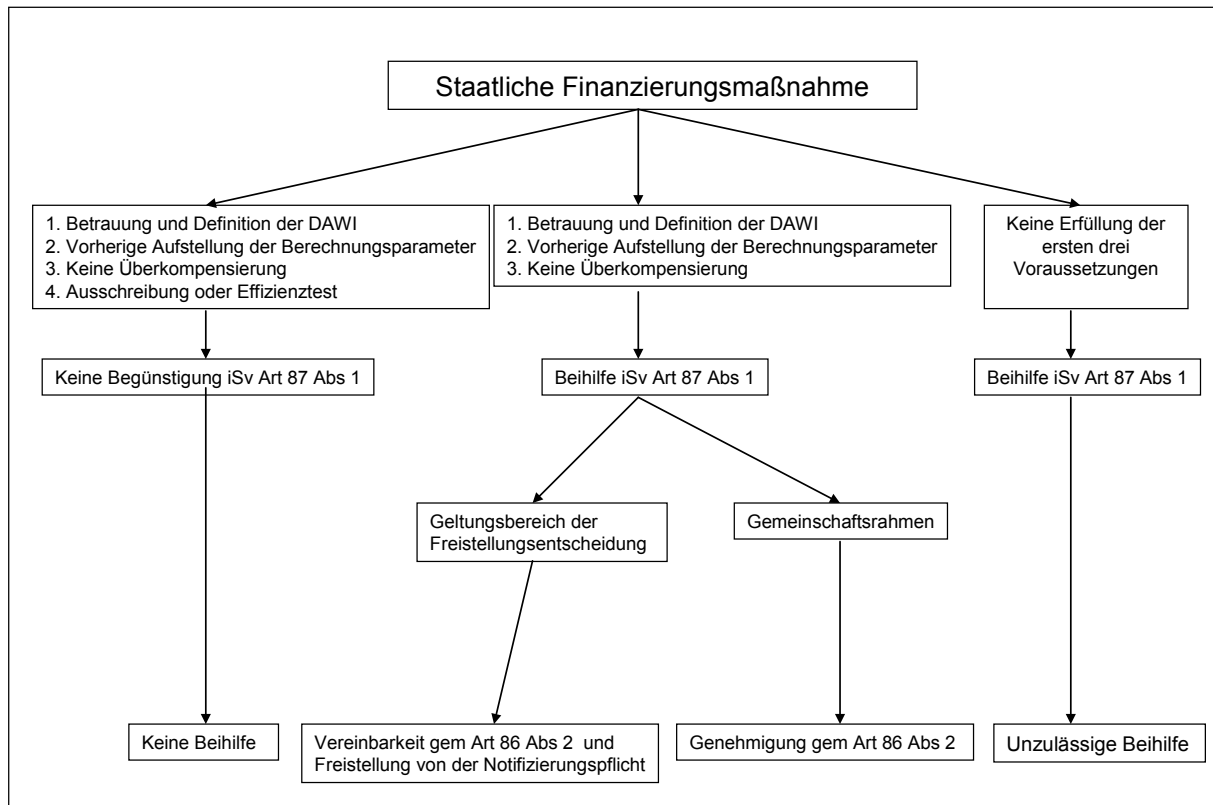


Abbildung 1: Prüfungsrahmen

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Regelwerk der Kommission folgender **Prüfungsrahmen für staatliche Ausgleichszahlungen** (siehe Abbildung 1):

- Zunächst wird geprüft, ob die Ausgleichszahlung die *Altmark*-Voraussetzungen kumulativ erfüllt. Bejahendenfalls liegt keine tatbestandsmäßige Beihilfe vor und Art 86 Abs 2 kommt gar nicht erst zur Anwendung; es entfällt die Beihilfenkontrolle der Kommission.

⁴⁸³ Vgl. Bauer, EuZW 2006, 9; Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 480.

⁴⁸⁴ Freistellungsentscheidung, elfte Begründungserwägung 11: „Gemeint sind damit somit die dem betreffenden Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten“.

- Andernfalls begründet die Maßnahme eine Beihilfe iSv Art 87 Abs 1, die vollumfänglich der Beihilfenkontrolle unterliegt. Erfüllt diese Beihilfe die ersten drei *Altmark*-Voraussetzungen, nicht aber die vierte, dann kann nach Art 86 Abs 2 mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein.⁴⁸⁵
 - Beihilfen, die vom Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung erfasst werden, sind von der Notifizierungspflicht freigestellt.
 - Alle anderen Beihilfen sind der Kommission zu notifizieren. Ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt wird nach dem Gemeinschaftsrahmen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung beurteilt. Letztere ist weiterhin allein für Ausgleichssysteme maßgebend, die weiter nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrahmens fallen (etwa der Rundfunksektor).
- Ist auch nur eine der ersten *Altmark*-Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt eine unzulässige Beihilfe vor.

In der Rechtssache *TF I*⁴⁸⁶ hat das EuG eine wichtige Klarstellung über das Verhältnis von *Altmark* und Art 86 Abs 2 getroffen, deren Anwendungsbereich in die Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 und die Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 unterteilt wird. *Altmark* betrifft ausschließlich die Beihilfeneigenschaft der Ausgleichszahlung nach Art 87 Abs 1 und lässt die Rechtfertigung der Beihilfe nach Art 86 Abs 2 unberührt. Das Gericht hat dadurch den Standpunkt der Kommission bestätigt und ist nicht einem Teil der Literatur gefolgt, der von einer Sperrwirkung der *Altmark*-Kriterien gegenüber Art 86 Abs 2 ausgegangen ist.⁴⁸⁷ Erfüllt ein gemeinwirtschaftlicher Ausgleich nicht kumulativ die vier Kriterien, dann liegt eine Beihilfe vor, die nach Art 86 Abs 2 gerechtfertigt werden kann, sofern alle Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift erfüllt sind. *Altmark* konsumiert daher Art 86 Abs 2 nur insofern, als sich die Voraussetzungen inhaltlich überschneiden.

⁴⁸⁵ Vgl. Koenig/Haratsch, ZUM 2004, 124; Bartosch, EuZW 2004, 300.

⁴⁸⁶ Siehe oben Pkt 3.5.2.4.

⁴⁸⁷ Ausführlich Rapp-Jung, EStAL 2/2004, 209ff; Thyri, EWS 2004, 448f (beide zu den Entwürfen des Maßnahmenpakets).

4.2.5 Vorherig aufgestellte Kostenparameter: ein Novum für Art 86 Abs 2

Der öffentliche Auftrag, mit welchem das dienstleistende Unternehmen nach Art 86 Abs 2 betraut ist, muss nach dem Regelwerk der Kommission die Parameter zur Berechnung der Ausgleichszahlungen enthalten.⁴⁸⁸ Diese Anforderung entspricht dem zweiten *Altmark*-Kriterium,⁴⁸⁹ aber nicht der Rechtsprechung zu Art 86 Abs 2. Da die Berechnungsparameter im öffentlichen Auftrag enthalten und somit *ex ante* vor Gewährung der Ausgleichszahlung definiert werden müssen, sind nachträglich gewährte *ad hoc*-Ausgleichszahlungen nicht mehr mit Art 86 Abs 2 vereinbar. Diese Verschärfung dürfte den größten Zündstoff des Maßnahmenpakets darstellen, zumal nachträgliche Verlustübernahmen insbesondere auf kommunaler Ebene auf der Tagesordnung stehen.

Art 86 Abs 3 ermächtigt die Kommission zur Ergreifung von Maßnahmen, die geeignet und erforderlich sind, um die ihr obliegende Beihilfenkontrolle wirksam durchzuführen.⁴⁹⁰ Dabei kommt ihr ein weiter Ermessensspielraum zu.⁴⁹¹ Da es sich bei dieser Verschärfung um eine verfahrensbezogene Verpflichtung handelt, die für mehr Transparenz sorgt und dadurch zu einer effizienteren Beihilfenaufsicht beiträgt, kann davon ausgegangen werden, dass sie durch Art 86 Abs 3 gedeckt ist.

4.2.6 Andere Bestimmungen des Maßnahmenpakets

Die restlichen Bestimmungen der Freistellungsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens werden aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Kohärenz im jeweils sachlich einschlägigen Unterabschnitt des vierten Abschnitts dargestellt und beleuchtet.

⁴⁸⁸ Freistellungsentscheidung, Art 4 lit d; Gemeinschaftsrahmen Tz 12.

⁴⁸⁹ Zu diesem oben Pkt 3.6.3.

⁴⁹⁰ EuGH, verb Rs C-188/90 bis C-190/80, *Transparenzrichtlinie*, Slg 1982, I-2545.

⁴⁹¹ Stadler in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 79.

4.3 Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

4.3.1 Allgemeines

Die Ausnahmevorschrift des Art 86 Abs 2 setzt eine Betrauung mit einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ voraus. Dieser Begriff wird durch den Vertrag und dem Sekundärrecht weder definiert noch näher determiniert.⁴⁹²

Die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte hat folgende Tätigkeiten als DAWI anerkannt:⁴⁹³ die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten⁴⁹⁴ (auch das Betreiben eines internationalen Informationssenders⁴⁹⁵ und der Betrieb eines für Kinder konzipierten werbe- und gewaltfreien Fernsehprogramms⁴⁹⁶, die Einrichtung und der Betrieb eines öffentlichen Fernmeldenetzes,⁴⁹⁷ die flächendeckende Sammlung, Beförderung und Verteilung von Postsendungen,⁴⁹⁸ die allgemeine Arbeitsvermittlung,⁴⁹⁹ die flächendeckende und ununterbrochene Versorgung mit Strom und Gas,⁵⁰⁰ die Einrichtung eines Zusatzrentensystems für alle Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs,⁵⁰¹ die Bedienung unrentabler Flugverbindungen,⁵⁰² die Bereitstellung von Festmacherdiensten in Häfen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit,⁵⁰³ der flächendeckende Notfalltransportdienst von kranken oder verletzten Personen,⁵⁰⁴ die Annahme und Verwertung von Bauabfällen einer Gemeinde aus Gründen

⁴⁹² EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 165; Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Rz 17.

⁴⁹³ Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁴⁹⁴ EuGH, Rs C-155/73, *Sacchi*, Slg 1974, I-409 Rz 15; EuG, Rs T-69/89, *RTE*, Slg 1991, II-485 Rz 82. Eine ausführliche Darstellung der rundfunkspezifischen Problematik findet sich bei *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 491 ff.

⁴⁹⁵ Kom-E N 54/2005 vom 7.6.2005, *Internationaler Informationssender CFII*, C(2005) 1479 fin.

⁴⁹⁶ Kom-E N 70/98 vom 24.2.1999, *Kinderkanal und Phoenix*, ABl 1999 C 238/3.

⁴⁹⁷ EuGH, Rs C-18/88, *RTT/GB-INNO-BM*, Slg 1991, I-5941 Rz 16.

⁴⁹⁸ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 15; EuGH, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109 Rz 53.

⁴⁹⁹ EuGH, Rs C-55/96, *Job Center*, Slg 1997, I-7119 Rz 26; EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979 Rz 24.

⁵⁰⁰ EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Nederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 34; EuGH, Rs C-158/94, *Energiemonopole Italien*, Slg 1997, I-5789 Rz 53; EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 57.

⁵⁰¹ EuGH, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025 Rz 105.

⁵⁰² EuGH, Rs C-66/86, *Ahmed Saeed*, Slg 1989, I-803 Rz 55; EuG, Rs T-260/94, *Air Inter*, Slg 1997, II-997 Rz 141.

⁵⁰³ EuGH, Rs C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg 1998, I-3949 Rz 55ff.

⁵⁰⁴ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 55.

des Umweltschutzes,⁵⁰⁵ die flächendeckende Versorgung mit Medikamenten,⁵⁰⁶ die Organisation des Eisenbahnverkehrs,⁵⁰⁷ Bau, Einrichtung, Unterhalt und Betrieb eines Flughafens,⁵⁰⁸ die Wasserversorgung zu Bedingungen, die einen umfassenden Schutz der öffentlichen Gesundheit garantieren,⁵⁰⁹ die Errichtung einer Infrastruktur, welche den allgemeinen Zugang zu Breitband-Dienstleistungen ermöglicht,⁵¹⁰ eine flächendeckende Grundversorgung mit Bankdienstleistungen.⁵¹¹

4.3.2 Dienstleistung

Der Dienstleistungsbegriff des Art 86 Abs 2 ist ein überaus weiter und orientiert sich am französischen Begriff des *service public*: Gemeint sind alle wirtschaftlichen Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten im öffentlichen Interesse erbracht werden.⁵¹²

Auf den ersten Blick scheint ein Rückgriff auf die Dienstleistungsdefinition des Art 50 nahe liegend. Der Dienstleistungsbegriff des Art 86 Abs 2 ist jedoch wesentlich weiter und umfasst auch das Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von Sachleistungen⁵¹³ wie beispielsweise Personen- und Warenbeförderung⁵¹⁴, Post-⁵¹⁵ und Telekommunikationsdienste⁵¹⁶ bzw Energielieferungen⁵¹⁷.

Es ergibt sich bereits aus dem Vertragstext selbst, dass der Dienstleistungsbegriff des Art 86 Abs 2 über jenen des Art 50 hinausreicht. Denn während sich der Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2 potentiell auf sämtliche Vertragsvorschriften erstreckt, sind vom Wortlaut des Art 50 nur jene Dienstleistungen erfasst, die nicht den übrigen

⁵⁰⁵ EuGH, Rs C-209/98, *Sydhavnens*, Slg 2000, I-3742 Rz 75.

⁵⁰⁶ EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 30.

⁵⁰⁷ Kom-E vom 21.12.1993, *Hafen von Rødby*, ABl 1994 55/52.

⁵⁰⁸ Kom-E vom 28.6.1995, *Zaventem*, ABl 1995 216/8; Kom-E vom 26.6.2000, *Spanische Flughäfen*, ABl 2000 L 208/36.

⁵⁰⁹ Kom-E vom 17.12.1981, *Navewa-Anseau*, AB 1982 L 167/89.

⁵¹⁰ Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin.

⁵¹¹ Kom-E N 822/2006 vom 7.3.2007, *Post Office Limited*, C(2007) 653 fin.

⁵¹² *Mestmäcker/Schweitzer*, Wettbewerbsrecht, §34 Rn 17 mN.

⁵¹³ Statt allen: *Hochbaum/Klotz* in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 58.

⁵¹⁴ Vgl EuGH, Rs C-10/71, *Hafen von Mertert*, Slg 1971, I-723.

⁵¹⁵ Vgl EuGH, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109.

⁵¹⁶ Vgl EuGH, Rs C-18/88, *RTT/GB-INNO-BM*, Slg 1991, I-5941.

⁵¹⁷ Vgl EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815.

Grundfreiheiten unterliegen.⁵¹⁸ Darüber hinaus erfasst Art 50 nur Dienstleistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, während diese begriffliche Einschränkung dem Art 86 Abs 2 fremd ist. Dieser erfasst hingegen sämtliche marktbezogenen Leistungen der Daseinsvorsorge.⁵¹⁹

4.3.3 Wirtschaftliches Interesse an der Dienstleistung oder Dienstleistung wirtschaftlicher Natur?

Der Wortlaut des Vertragstextes spricht von einem „wirtschaftlichen“ Interesse an der Dienstleistung. Eine reine Wortinterpretation suggeriert, dass nur wirtschaftliche Interessen durch Art 86 Abs 2 privilegiert werden können. Dem entsprechend ging die Kommission zunächst davon aus, dass nichtwirtschaftliche Interessen, etwa sozialer oder kultureller Art, nicht von Art 86 Abs 2 erfasst seien.⁵²⁰

4.3.3.1 Literatur

Ein signifikanter Teil der Literatur vertritt noch in jüngerer Zeit die Auffassung, dass solche öffentliche Interessen nichtwirtschaftlicher Art durch Art 86 Abs 2 nicht privilegierbar sind.⁵²¹ Die Anwendung der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 könne nur durch wirtschaftliche Interessen erfolgen.⁵²²

Dem wird entgegnet, dass dies zum merkwürdigen Ergebnis führe, dass Unternehmen mit rein wirtschaftlicher Zielsetzung ein größerer Spielraum eingeräumt wird als Unternehmen, die ausschließlich kulturellen und ähnlichen Belangen dienen.⁵²³ Außerdem werde eine

⁵¹⁸ Ehricke in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff (Hrsg), Art 86 Rz 98.

⁵¹⁹ Vgl EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533; EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 67; Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 36.

⁵²⁰ Kom-E vom 2.6.1971, *GEMA*, ABl 1971 L 134/27.

⁵²¹ Pernice/Wernicke in: *Grabitz/Hilf*, Art 86 Rz 35; Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 38; Ehricke in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 103; Hochbaum/Klotz in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 62; Von Burchard in: *Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 63.

⁵²² Pernice/Wernicke in: *Grabitz/Hilf*, Art 86 Rz 35; Ehricke in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 103: Nichtwirtschaftliche Zwecke seien bereits durch die Ausnahmebestimmungen der Art 30 und 46 und die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis de Dijon* Rsp (EuGH, Rs C-120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, I-649 Rz 8) berücksichtigt; ähnlich Hochbaum in: *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003), Art 86 Rz 53: Bei Vorliegen eines gemischten Interesses sei auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen. Abgesehen von den grundsätzlichen Einwänden gegen eine restriktive Auslegung des „wirtschaftlichen Interesses“ (dazu gleich unten) ist eine solche Abwägung in der Praxis wohl schwer durchführbar. Von diesen Autoren wird freilich auch eingestanden, dass dies zum geradezu paradoxen Ergebnis führt, dass Unternehmen mit ausschließlich kultureller und ähnlicher Zielsetzung gänzlich dem Wettbewerbsrecht unterworfen sind, ohne die Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 in Anspruch nehmen zu können, Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 38.

⁵²³ Jarass, EuR 1986, 81.

DAWI nahezu ausschließlich aufgrund kultureller, sozialer und sonstiger Interessen erbracht bzw sei mit diesen untrennbar verbunden. Schließlich gehe es bei Art 86 Abs 2 ja gerade um eine Befreiung aufgrund politischer Ziele, die dem Gemeinwohl verpflichtet sind.⁵²⁴ Wegen dieser Bedenken wurde vorgeschlagen, das Wort „wirtschaftlich“ nicht auf die Natur des Interesses, sondern auf die Natur der Tätigkeit bzw der Dienstleistung zu beziehen.⁵²⁵

Nach dieser Auffassung ist die Wortfolge „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ daher als „Dienstleistung von allgemeinem Interesse wirtschaftlicher Natur“ zu verstehen. Dies hat zur Folge, dass das Adjektiv „wirtschaftlich“ überflüssig wird. Denn der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit ist Bestandteil des Unternehmensbegriffs und somit Anwendungsvoraussetzung der Wettbewerbsregeln. Ausschließlich nichtwirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung fallen wegen fehlender Unternehmensqualität ohnehin nicht unter die Wettbewerbsvorschriften des Vertrags, weshalb sich Frage der Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 gar nicht stellt. Umgekehrt werden wirtschaftliche Tätigkeiten mit sonstiger Zielsetzung definitiv von Art 86 Abs 2 erfasst.⁵²⁶

4.3.3.2 Rechtsprechung

Der Gerichtshof hat diese Ansicht seiner Rechtsprechung zu Grunde gelegt, ohne die Problematik im Besonderen zu thematisieren.⁵²⁷ In *Almelo* spricht er sogar lediglich von „Dienstleistungen im allgemeinem Interesse“⁵²⁸. So wird nicht nur Dienstleistungen, die mitunter soziale Zielsetzungen verfolgen, ein „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ zugesprochen,⁵²⁹ sondern auch Gründe der öffentlichen Sicherheit akzeptiert.⁵³⁰ Im

⁵²⁴ Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 86 Rz 46; Heinemann, Monopole (1996) 178.

⁵²⁵ Schweitzer, Daseinsvorsorge (2002) 98 mN.

⁵²⁶ Linder, Daseinsvorsorge (2004) 107; Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 86 Rz 46; Stadler in: Langen/Bunte, Art 86 Rz 50; Hellermann, Daseinsvorsorge (2000) 114; Buendia Sierra, Monopolies (1999) Tz 8.27: „In reality, it is more appropriate to speak of *economic* services of general interest than of services of general *economic* interest”.

⁵²⁷ Vgl EuGH, Rs C-66/86, *Ahmed Saeed*, Slg 1989, I-803 Rz 55; EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 15.

⁵²⁸ EuGH, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg 1994, I-1477 Rz 47.

⁵²⁹ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 55; vgl auch EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751; EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 24; Linder, Daseinsvorsorge (2004) 103ff mwN.

⁵³⁰ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089.

Übrigen dürfte die Anwendung des Art 86 Abs 2 noch nie wegen mangelnder Wirtschaftlichkeit des Interesses gescheitert sein.⁵³¹

4.3.3.3 Standpunkt der Kommission

Auch die Kommission hat sich dieser Auffassung angeschlossen. So differenziert die Daseinsvorsorgemitteilung zwischen marktbezogenen („wirtschaftlichen“) und nichtmarktbezogenen („nichtwirtschaftlichen“) Leistungen und koppelt das Adjektiv „wirtschaftlich“ an den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff. Im Gegensatz zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ der Daseinsvorsorge sind „Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichem* Interesse“ Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur, welche den Wettbewerbsvorschriften einschließlich Art 86 Abs 2 unterworfen sind.⁵³²

4.3.3.4 Fazit

Diese Auffassung überzeugt unter systematischen Gesichtspunkten. Denn es entspricht gerade der Funktion des Art 86 Abs 2, nichtwirtschaftliche Interessen zu schützen, die mit den Wettbewerbsvorschriften oder den übrigen Vertragsbestimmungen in Konflikt geraten. Ist eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich zu qualifizieren und unterliegt deshalb nicht den Wettbewerbsvorschriften, erübrigt sich ohnehin die Anwendung des Art 86 Abs 2. Ansonsten liegt eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters vor, die von Art 86 Abs 2 erfasst wird. Unabhängig davon wird einer Dienstleistung, die ein rein wirtschaftliches Interesse verfolgt, im Regelfall das für die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 konstitutive Tatbestandselement des Allgemeininteresses fehlen.

4.3.4 Allgemeininteresse

4.3.4.1 Allgemeines

Die fehlende Definition des Begriffs der „Dienstleistung im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ durch Vertrag und Sekundärrecht gab schon in einer frühen Ära des europäischen Integrationsprozesses Anlass zur Auseinandersetzung mit der Begriffsnatur des Allgemeininteresses. Die Kongresse in Brüssel 1963 und Brügge 1968 widmeten sich der Frage, ob der Begriff der DAWI ein nationaler oder gemeinschaftsrechtlicher ist. Die

⁵³¹ Stadler in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 50.

⁵³² Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Rz 28; siehe oben Pkt 2.

Anhänger eines nationalen Konzepts vertraten eine absolute Definitionshoheit der Mitgliedstaaten, die nur durch eine autonome Entscheidung nationaler Stellen oder durch eine gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung zur Disposition stehen kann. Die zahlreicheren Verfechter eines gemeinschaftsrechtlichen Konzepts vertraten hingegen unter Verweis auf die Gefahr, dass bei unbegrenztem Ermessen der Mitgliedstaaten letztere willkürlich über die Anwendbarkeit von Art 86 Abs 2 verfügen könnten, eine Nachprüfbarkeit der Definition durch Gemeinschaftsorgane.⁵³³ Die Diskussion um das Definitionsermessen der Mitgliedstaaten setzt sich bis zum heutigen Tage fort.

4.3.4.2 Literatur

Nach hM handelt es sich beim Allgemeininteresse um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, der den Mitgliedstaaten ein grundsätzliches Definitionsermessen einräumt, das dennoch anhand gemeinschaftsrechtlicher Kriterien zu überprüfen ist.

Der Begriff sei Teil des Vertragstextes und stehe schon aus diesem Grund nicht dem schrankenlosen Ermessen der Mitgliedstaaten zur Disposition. Zudem fehle es an einem ausdrücklichen Verweis auf nationale Rechtsordnungen, weshalb der Begriff autonom auszulegen sei.⁵³⁴ Die autonome gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Begriffs gebe dennoch keinen Aufschluss über den konkreten Inhalt des Allgemeininteresses. Dessen Bestimmung könne nur unter Berücksichtigung der besonderen sozialen und wirtschaftlichen Struktur des jeweiligen Mitgliedstaats erfolgen.⁵³⁵ Insofern werde auf ein Allgemeininteresse in den Mitgliedstaaten verwiesen, das in öffentlich-rechtlicher Terminologie im „öffentlichen Interesse“ oder auch im „Gemeinwohl“ seine Entsprechung finde.⁵³⁶

Die Definitionsfreiheit der Mitgliedstaaten sei freilich nicht absolut, sondern einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen, um eine autonome Bestimmung über die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 durch nationale Stellen zu verhindern. Diese Missbrauchskontrolle sei überdies in der gemeinschaftsrechtlichen Natur des Begriffs der DAWI begründet, der anhand gemeinschaftsrechtlicher Kriterien ausgelegt werden

⁵³³ *Buendia Sierra*, Monopolies (1999) Tz 8.34f.

⁵³⁴ Von vielen *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) 123; *Pernice/Wernicke* in: *Grabitz/Hilf*, Art 86 Rz 32.

⁵³⁵ *Ehricke* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 105.

⁵³⁶ *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 38 mN.

müsse,⁵³⁷ wobei auf Divergenzen zwischen und innerhalb der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen sei.⁵³⁸ Die Mitgliedstaaten würden aufgrund ihres weiten Gestaltungsspielraums über eine Einschätzungsprärogative verfügen, was einer kompetenzschonenden Auslegung des Art 86 Abs 2 im Lichte des Art 16 entspreche.⁵³⁹

4.3.4.3 Rechtsprechung

In den frühen Entscheidungen *Hafen von Mertert*⁵⁴⁰ und *Sacchi*⁵⁴¹ legte der EuGH den Begriff zunächst sehr extensiv aus. In der Rechtssache *Hafen von Mertert* wurde für die Anwendung des Art 86 Abs 2 für ausreichend erachtet, dass ein Unternehmen „zur Ausübung einer ihm gesetzlich übertragenen Aufgabe bestimmte Vorrechte genießt und zu diesem Zweck enge Beziehungen mit der öffentlichen Hand unterhält“⁵⁴²; in *Sacchi* fehlt jegliche Eingrenzung des Begriffs.⁵⁴³

In späteren Entscheidungen tendierte der Gerichtshof zu einer restriktiveren Interpretation des Begriffs und verneinte in mehreren Fällen das Vorliegen eines Allgemeininteresses. In *British Telecommunications* brachte der EuGH zum Ausdruck, dass die Anwendung des Art 86 Abs 2 nicht vollständig dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen sei.⁵⁴⁴ Das Urteil *RTT/GB-INNO-BM* versagte der Produktion und dem Verkauf von Telekommunikations-Endgeräten die Qualität einer DAWI.⁵⁴⁵ In den Rechtssachen *Porto di Genova* und *GT-Link* fand schließlich das gemeinschaftsrechtliche Kriterium der Unterscheidbarkeit von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens Anwendung.⁵⁴⁶

⁵³⁷ Von vielen *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 37 mN; *Kruse*, NVwZ 2000, 725; *Mestmäcker/Schweitzer*, Wettbewerbsrecht (2004), §34 Rn 18.

⁵³⁸ *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) 124.

⁵³⁹ *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 86 Rz 47. *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, 93, sprechen von „Definitionshoheit“. Dieser Begriff geht zu weit, vgl *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 86 Fn 175. Schließlich muss trotz allem die Definition der DAWI gemeinschaftsrechtlichen Kriterien (Abgrenzung von Partikularinteressen, Unterscheidbarkeit von sonstigen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens) standhalten (dazu sogleich).

⁵⁴⁰ EuGH, Rs C-10/71, *Hafen von Mertert*, Slg 1971, I-723.

⁵⁴¹ EuGH, Rs C-155/73, *Sacchi*, Slg 1974, I-409.

⁵⁴² EuGH, Rs C-10/71, *Hafen von Mertert*, Slg 1971, I-723 Rz 8/12.

⁵⁴³ EuGH, Rs C-155/73, *Sacchi*, Slg 1974, I-409 Rz 15.

⁵⁴⁴ EuGH, Rs C-41/83, *British Telecommunications*, Slg 1985, I-873 Rz 30; siehe auch EuGH, Rs C-41/83, *Italien/Kom*, Slg 1985, I-873 Rz 30 und EuG, Rs T-260/94, *Air Inter*, Slg 1997, II-997 Rz 135.

⁵⁴⁵ EuGH, Rs C-18/88, *RTT/GB-INNO-BM*, Slg 1991, I-5941 Rz 22.

⁵⁴⁶ EuGH, Rs C-179/90, *Porto di Genova*, Slg 1991, I-5889 Rz 37; EuGH, Rs C-242/95, *GT-Link*, Slg 1997, I-4449 Rz 53; dazu sogleich im nächsten Abschnitt.

Das Urteil *Corbeau*⁵⁴⁷ wird von Teilen der Lehre als vorläufiger Schlusspunkt des Versuchs gesehen, das Ermessen der Mitgliedstaaten durch – wenn auch unscharfe – gemeinschaftsrechtliche Kriterien zu objektivieren und einzugrenzen.⁵⁴⁸ Der Gerichtshof unterschied in *Corbeau* zwischen Grundversorgungsleistungen im Postbereich, denen er ein Allgemeininteresse zuerkannte, und Mehrwertdiensten, die nicht unter den Begriff fallen.⁵⁴⁹

Demgegenüber wurde in *Corsica Ferries* den Mitgliedstaaten die Freiheit zugesprochen, Modalitäten der Leistungserbringung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit als DAWI einzustufen.⁵⁵⁰ Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten kommt in *Energiemonopole Niederlande* und *Energiemonopole Frankreich* noch deutlicher zum Ausdruck, welche die Mitgliedstaaten ermächtigen, bei der Definition

„die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese vermittels von Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen zu suchen, die sie den fraglichen Unternehmen auferlegen.“⁵⁵¹

In der Rechtssache *FFSA* unterstrich das EuG die mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit und stellte fest, dass

„die Kommission in *Anbetracht des Fehlens einer Gemeinschaftsregelung* auf diesem Gebiet nicht befugt ist, über die *Gestaltung* und den *Umfang* der einem öffentlichen Unternehmen übertragenen öffentlichen Aufgaben oder über die *Zweckmäßigkeit* der von den zuständigen nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen zu entscheiden.“⁵⁵²

Das EuG übernahm in *Olsen* schließlich auch sprachlich die von der Daseinsvorsorgemitteilung in Aussicht gestellte reduzierte Nachprüfung. Das weite Ermessen könne „nur bei offenkundigen Fehlern in Frage gestellt werden“⁵⁵³.

Das EuG verweigerte in *BUPA* die von den Klägerinnen geforderte umfassende inhaltliche Nachprüfung der staatlichen Definition und folgte damit der bis dahin vertretenen Rechtsprechungslinie einer bloßen Missbrauchskontrolle ein. Neu war hingegen die

⁵⁴⁷ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533.

⁵⁴⁸ So *Scharpf*, EuR 2005, 608.

⁵⁴⁹ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 19.

⁵⁵⁰ EuGH, Rs C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg 1998, I-3949 Rz 45; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 116.

⁵⁵¹ EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 40; EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 56.

⁵⁵² EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 192 (Hervorhebung des Verfassers).

⁵⁵³ EuG, T-17/02, *Olsen*, Slg 2005, II-2031 Rz 216.

Berufung auf das europäische Verfassungsrecht, mit dem das Gericht die geringe Kontrolldichte der Nachprüfung der Definition durch die Gemeinschaftsorgane begründet. So geht das Urteil von einer Korrelation zwischen dem nationalen Definitionsermessen und der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten aus, die auf den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1) und der Subsidiarität (Art 5 Abs 2) fußt. Das staatliche Definitionsermessen werde

„sowohl durch das Fehlen einer der Gemeinschaft speziell zugewiesenen Befugnis als auch durch das Fehlen einer präzisen und vollständigen Definition des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestätigt. Denn die Bestimmung der Art und des Umfangs einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für bestimmte Tätigkeitsbereiche, die entweder nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EG fallen oder auf einer lediglich begrenzten oder geteilten Gemeinschaftszuständigkeit im Sinne von Art 5. Abs. 2 EG beruhen, gehört grundsätzlich weiterhin zu den Aufgaben der Mitgliedstaaten.“⁵⁵⁴

Anschließend hielt das Gericht unter Berufung auf Art 152, der der Gemeinschaft nur rechtlich nicht verbindliche Maßnahmen im Gesundheitssektor gestattet, die „quasi ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten“ im Gesundheitssektor fest. Daraus folge die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Bestimmung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen. Diese Kompetenzverteilung spiegle sich zudem im Art 16 wieder.⁵⁵⁵ Die antragstellende Partei könne sich nicht auf das Urteil *British Telecommunications* berufen, da sich aus diesem nur ergebe, dass das Definitionsermessen nicht unbegrenzt sei und nicht willkürlich mit dem alleinigen Ziel ausgeübt werden könne, einen bestimmten Sektor wie etwa jenem der Telekommunikation der Anwendung der Wettbewerbsregeln zu entziehen.⁵⁵⁶

Die reduzierte Nachprüfung der Definition ist zuletzt in den Urteilen zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk *TV 2* und *SIC II* bestätigt worden. In beiden Fällen hatten kommerzielle Rundfunkanstalten als Konkurrenten der öffentlich-rechtlichen Anstalten die öffentlichen Aufträge als zu weit und unbestimmt beanstandet. Das EuG teilte dieses restriktive Verständnis der mitgliedstaatlichen Definition nicht, da die Kontrolle der Definition auf offenkundige Fehler beschränkt sei.⁵⁵⁷ Insofern komme den Mitgliedstaaten sowohl das Recht zu, DAWI im Rundfunkbereich weit und qualitätsbezogen zu definieren,

⁵⁵⁴ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 167.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ *Ibid* Rz 168.

⁵⁵⁷ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 101ff; EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 195.

sodass die DAWI die Ausstrahlung eines Vollprogramms umfassen kann, als auch das Recht, diese DAWI über Werbung zu finanzieren. Dabei können nicht nur einzelne defizitäre Sendungen, sondern sämtliche Kosten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt finanziert werden.⁵⁵⁸

Hervorzuheben ist die Begründung der abschlägigen Antwort des EuG auf die Forderung der Klägerin, es dürften nur defizitäre Fernsehprogramme staatlich finanziert werden. Die Kommission hätte außerdem in einer Analyse der Programmkategorien öffentlich-rechtliche Fernsehprogramme mit kommerziellen Programmen vergleichen müssen, um auf diese Weise Kategorien mit gemeinwirtschaftlichem Inhalt zu identifizieren.⁵⁵⁹ MaW hätten nur Dienste mit Marktversagen als DAWI definiert werden können. Das EuG wies diese Forderung entschieden zurück. Sie sei mit der Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten unvereinbar, da die Definition von DAWI damit letztlich von den Entscheidungen kommerzieller Rundfunkanstalten abhängen würde, bestimmte Programme auszustrahlen oder nicht, und das Definitionsermessen nicht durch die Aktivität kommerzieller Anstalten beschränkt werden könne.⁵⁶⁰

4.3.4.4 Standpunkt der Kommission

Die Kommission hat in der Daseinsvorsorgemitteilung auf eine umfassende inhaltliche Nachprüfung des Begriffs verzichtet. Dort heißt es, dass

„für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind. Diese Definition darf nur einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen werden“.⁵⁶¹

Ebenso betont der Gemeinschaftsrahmen den großen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition und beschränkt sich auf eine Missbrauchskontrolle.⁵⁶²

Die reduzierte Nachprüfung des mitgliedstaatlichen Definitionsermessens anhand eines groben Korrektivs spiegelt sich auch in der Entscheidungspraxis wieder. Die Kommission

⁵⁵⁸ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 110ff; EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 197ff.

⁵⁵⁹ EuG, verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, *TV 2/Danmark A/S*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 88ff.

⁵⁶⁰ *Ibid* Rz 123.

⁵⁶¹ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Rz 22.

⁵⁶² Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4 Rz 9.

entgegnete etwa in der Entscheidung *Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market* vom 13.5.2003 dem Einwand eines privaten Beschwerdeführers, die vorgeschriebenen Verpflichtungen würden sich nicht von Leistungen unterscheiden, die der Wettbewerb zu gewährleisten in der Lage sei, mit dem Hinweis, die Qualität der öffentlichen Versorgung sei nicht auf ein Minimalniveau beschränkt, das die Marktkräfte aufgrund von Marktversagen nicht gewährleisten können, sondern könne durchaus auch einen hohen Standard vorschreiben.⁵⁶³ Marktversagen ist folglich für die Definition einer DAWI keine zwingende Voraussetzung.

Im Gegensatz dazu ist das Ermessen der Mitgliedstaaten in Bereichen, die zumindest teilweise gemeinschaftsrechtlich harmonisiert wurden, empfindlich reduziert.⁵⁶⁴ Ihnen ist es zwar grundsätzlich nicht verwehrt, über bestehendes Sekundärrecht hinausgehend neue DAWI einzuführen. Diese unterliegen jedoch einer umfassenden inhaltlichen Nachprüfung durch die Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungsbestand.

Eine solche erhöhte Prüfungsdichte illustrieren die Entscheidungen *Pyrénées-Atlantiques* und *DORSAL*⁵⁶⁵ im gemeinschaftsrechtlich liberalisierten Telekommunikationsbereich. In diesem verfährt die Kommission nach einem dreistufigen Prüfungsschema. So können Leistungen als DAWI gelten, die kumulativ

- gemeinschaftsrechtlichen Regelungen nicht widersprechen,
- ein Allgemeininteresse aufweisen, das sich von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheidet
- sowie spezifische Charakteristika aufweisen, die eine staatliche Intervention rechtfertigen.⁵⁶⁶

Die ersten zwei Voraussetzungen finden auch in teilharmonisierten Bereichen bzw. Bereichen ohne Gemeinschaftsregelung Anwendung. Mit der dritten Voraussetzung wird

⁵⁶³ *Ibid* Kom-E N 46/2003 vom 13.5.2003, *Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market*, C(2003) 1322 fin Tz 42ff (Gültigkeit der Entscheidung in *BUPA* bestätigt).

⁵⁶⁴ Für die Koppelung des Definitionsermessens der Mitgliedstaaten an das Fehlen von Harmonisierungsmaßnahmen vgl. EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 192 : „...in Anbetracht des Fehlens einer Gemeinschaftsregelung...“.

⁵⁶⁵ Eine Darstellung des Sachverhalts findet sich unter 3.6.5.1.2.1.

⁵⁶⁶ Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin Tz 45ff; Kom-E N 382/2004 vom 3.5.2005, *DORSAL*, C(2005) 1170 fin Tz 33ff. Der Zugang zu Breitbanddienstleistungen für alle Bürger in der Region wurde als DAWI eingestuft. Dies galt jedoch nur für Investitionen in die Netzinfrastruktur und nicht für die den Endverbrauchern angebotenen Breitbanddienstleistungen.

dagegen die Legitimität der staatlichen Intervention an das Vorliegen von Marktversagen gekoppelt.⁵⁶⁷ Die Entscheidung über die Reichweite des staatlichen Aufgabenbereichs unterliegt nicht mehr staatlichem Ermessen, sondern setzt voraus, dass der Wettbewerb die Leistung nicht erbringt und die staatliche Intervention durch eine wettbewerbsneutrale und nichtdiskriminierende Ausgestaltung der Maßnahme den Wettbewerb nicht verfälscht. Staatliche Eingriffe sind also auch in harmonisierten Sektoren nicht schlichtweg unzulässig, sondern unterliegen lediglich verschärften Voraussetzungen.

4.3.4.5 Gemeinschaftsrechtliche Kriterien der Missbrauchskontrolle

Die auf offenkundige Fehler der mitgliedstaatlichen DAWI-Definition reduzierte Nachprüfung durch die Gemeinschaftsorgane wirft die Frage auf, nach welchen Kriterien die Missbrauchskontrolle erfolgt. Diese Kriterien schreiben für DAWI einen gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard vor und sollen unter dem Vorwand des Allgemeininteresses gewährte protektionistische Zuschüsse herausfiltern.

4.3.4.5.1 Rechtsprechung

Der Rechtsprechung können drei gemeinschaftsrechtliche Kriterien für DAWI entnommen werden: die Abgrenzung von Allgemeininteressen gegenüber Partikularinteressen, die Verknüpfung der betreffenden Tätigkeit mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen und die Universalität des gemeinwirtschaftlichen Auftrags.

So sind klarerweise Dienstleistungen, die nur im Interesse bestimmter Personen bzw. Personenkreise erbracht werden und reinen Privatinteressen entsprechen, nicht von allgemeinem Interesse. Dementsprechend verweigerte der Gerichtshof in der Rechtssache *BRT* der Tätigkeit einer belgischen Urheberrechtsverwertungsgesellschaft die Eigenschaft eines Allgemeininteresses, da die Verwertungsgesellschaft „Privatinteressen wahrnimmt, auch wenn es sich dabei um gesetzlich geschützte geistige Eigentumsrechte handelt“⁵⁶⁸.

Als weiteres Kriterium muss sich nach den Urteilen *Porto di Genova* und *GT-Link* das Allgemeininteresse vom Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheiden⁵⁶⁹ und diesbezüglich bestimmte Merkmale aufweisen.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Vgl. *Hencsey/Reymond/Riedl/Santamato/Westerhof*, CPN 2005 (Nr 1), 11.

⁵⁶⁸ EuGH, Rs C-127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, I-313 Rz 23.

⁵⁶⁹ EuGH, Rs C-179/90, *Porto di Genova*, Slg 1991, I-5889 Rz 37.

Unterscheidungsrelevante Merkmale manifestieren sich in spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen, deren Erbringung durch den Betrauungsakt vorgeschrieben wird. Derart koppelt die Rechtsprechung den Begriff des Allgemeininteresses oft an den Universaldienstleistungsbegriff. Als DAWI gilt nach Auffassung der Gerichte insbesondere die Sicherstellung von Leistungen

„zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs.“⁵⁷¹

Das EuG hat in *BUPA* erstmals explizit festgestellt, dass gemeinschaftsrechtliche Kriterien das Ermessen der Mitgliedstaaten abstecken, DAWI zu definieren. So befreie das grundsätzliche Ermessen die Mitgliedstaaten, welche sich auf das Vorliegen einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe berufen, nicht davor,

„dafür Sorge zu tragen, dass diese Aufgabe bestimmten, von der Rechtsprechung herausgearbeiteten *Mindestkriterien* genügt, die für alle gemeinwirtschaftlichen Aufgaben im Sinne des EG-Vertrags gelten, und zu beweisen, dass diese Kriterien im jeweiligen Fall auch erfüllt sind. Dazu gehören insbesondere das Vorliegen eines *Hoheitsakts*, der den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse überträgt, und der *universale und obligatorische Charakter* der Aufgabe. [...] Außerdem geht aus der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG hervor, dass der Mitgliedstaat angeben muss, weshalb er der Auffassung ist, dass die fragliche Dienstleistung es aufgrund ihren besonderen Charakters verdient, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft und *von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden* zu werden (vgl. in diesem Sinne *Merci Convenzionali Porto di Genova* [...] und *Enirisorse* [...]).“⁵⁷²

Das mitgliedstaatliche Ermessen wird demnach durch gemeinschaftsrechtliche Mindestkriterien begrenzt, die das Vorliegen eines Hoheitsakts, einen universalen und obligatorischen Charakter der Aufgabe und eine Unterscheidbarkeit von sonstigen wirtschaftlichen Aktivitäten voraussetzen. Das Vorliegen eines Hoheitsakts und der damit verbundene obligatorische Charakter werden im Rahmen dieser Arbeit aus systematischen Erwägungen getrennt zum Tatbestandselement der Betrauung erörtert.⁵⁷³

Die materiellen Mindestkriterien einer DAWI verdienen eine nähere Betrachtung: Während das Unterscheidbarkeitskriterium in der vorangegangenen Rechtsprechung enthalten war, ist das Universalitätskriterium neu. Bislang hatten die Gerichte

⁵⁷⁰ EuGH, Rs C-242/95, *GT-Link*, Slg 1997, I-4449 Rz 53.

⁵⁷¹ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 15; EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 67; EuG, verb Rs T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93, *Metropole Télévision*, Slg 1996, II-649 Rz 116; siehe auch Kom-E N 183/03 (ex NN 151/03 und NN 152/03), *ELTA*, C(2002) 4084/2 Tz 23.

⁵⁷² EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 172 (Hervorhebung des Verfassers).

⁵⁷³ Siehe unten Pkt 4.4.

Universaldienstleistungsverpflichtungen zwar als Begründung für die Unterscheidbarkeit von sonstigen Aktivitäten des Wirtschaftslebens herangezogen und akzeptiert, nicht jedoch als separates Mindestkriterium vorausgesetzt. Es ist dennoch davon auszugehen, dass die Universalität die Unterscheidbarkeit erst materialisiert und keine autonome Voraussetzung für diese begründet. Das Urteil unterzieht jedenfalls nur die Universalität der streitigen Maßnahme einer minutiösen Prüfung und widmet sich nicht zusätzlich der Unterscheidbarkeit der Dienstleistung von sonstigen Wirtschaftsleistungen.

Die Universalität des Dienstes als gemeinschaftsrechtliches Mindestkriterium dürfte die Organisationsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht wesentlich beeinträchtigen. Denn die Mindestanforderungen, die in *BUPA* an einen solchen universalen Charakter gestellt werden, sind äußerst großzügig. So müsse ein entsprechender Dienst kein

„Universaldienst im strengen Sinne, wie etwa das öffentliche System der sozialen Sicherheit, sein [...]. Der Begriff des Universaldienstes im Sinne des Gemeinschaftsrechts bedeutet nämlich nicht, dass der betreffende Dienst ein der Gesamtheit der Bevölkerung gemeinsames Bedürfnis befriedigen oder im gesamten Hoheitsgebiet erbracht werden muss. [...] Deshalb stellt der Umstand, dass die in Rede stehenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nur einen beschränkten räumlichen oder sachlichen Anwendungsbereich haben oder die betreffenden Dienstleistungen nur einer relativ begrenzten Gruppe von Nutzern zugutekommen, nicht notwendig den universalen Charakter einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne des Gemeinschaftsrechts in Frage.“⁵⁷⁴

Nach Auffassung des Gerichts würde ebenso die Tatsache, dass die Preise der Dienstleistung weder reglementiert noch nach oben begrenzt seien, den universalen Charakter nicht beeinträchtigen. Außerdem müsse die Leistung nicht unentgeltlich oder unter Außerachtlassung der wirtschaftlichen Rentabilität angeboten werden. Dies geht so weit, dass auch für bestimmte Nutzer unerschwingliche Luxusleistungen als universal gelten können, sofern diese zu nicht diskriminierenden Einheitstarifen und zu für alle Kunden vergleichbaren Qualitätsbedingungen angeboten werden.⁵⁷⁵

Umso mehr liegt ein Allgemeininteresse an der Dienstleistung vor, wenn sie unabhängig von ihrer Wirtschaftlichkeit erbracht wird, etwa wenn eine Verpflichtung zur gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung besteht, obwohl die Erbringung der Dienstleistung unrentabel ist.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 186f.

⁵⁷⁵ *Ibid* Rz 202f.

⁵⁷⁶ EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089 Rz 55; EuGH, Rs C-66/86, *Ahmed Saeed*, Slg 1989, I-803 Rz 55; EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 72. Somit widerspreche die Erbringung der Leistung den individuellen wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen, von vielen *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86

4.3.4.5.2 Standpunkt der Kommission

Einen Definitionsansatz zu gemeinschaftsrechtlichen Kriterien, der jedoch sehr allgemein bleibt, enthält die Daseinsvorsorgemitteilung. Diese versteht DAWI als

„marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Gemeint sind insbesondere Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste.“⁵⁷⁷

Das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wiederholt diese Beschreibung beinahe wortgleich, betont aber gleichzeitig, dass der Begriff über die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige hinaus „auch für jede sonstige wirtschaftliche Tätigkeit [gilt], die mit Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft ist“⁵⁷⁸. Das Grünbuch hält eine einheitliche und abschließende inhaltliche Definition weder für möglich noch für erstrebenswert, enthält dennoch eine Aufzählung gemeinschaftsrechtlich positiver Elemente, die für eine Gemeinschaftskonzeption von DAWI herangezogen werden können. Dazu zählen insbesondere

„der Universaldienst, die Kontinuität und Qualität der Dienste, die Erschwinglichkeit der Dienste sowie der Nutzer- und Verbraucherschutz. Diese gemeinsamen Elemente sind Wesensmerkmale der Werte und Ziele der Gemeinschaft.“⁵⁷⁹

Eine allgemeine Umschreibung von Ziel und Zweck von Daseinsvorsorgeleistungen findet sich ebenfalls in der Daseinsvorsorgemitteilung wieder. Dort werden die Ansprüche definiert, welche die Nutzer an gemeinwohlorientierte Leistungen stellen. Genannt werden ua ein hohes Gesundheits- und Umweltschutzniveau, Transparenz und die Befriedigung spezieller Bedürfnisse benachteiligter Bevölkerungsgruppen.⁵⁸⁰

Im „Non-Paper“ werden nach einer kursorischen Darstellung der Rechtsprechung einige für Leistungen im Allgemeininteresse charakteristische Kriterien formuliert. So lasse die Rechtsprechung erkennen,

„dass gemeinwirtschaftliche Leistungen im Normalfall solche sind,

Rz 38; Ehricke in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 102; vgl Kom-E vom 27.11.1996, Fristen für die Umsetzung der Richtlinien 90/388/EWG und 96/2/EG der Kom in Bezug auf den vollständigen Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsdienste, ABl 1997 L 41/8 Rz 11. Zu den verschiedenen von der Rsp anerkannten Kriterien ausführlich *Linder*, Daseinsvorsorge (2004) 129ff.

⁵⁷⁷ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17, Anhang II (Definition der Begriffe).

⁵⁷⁸ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Rz 17.

⁵⁷⁹ *Ibid* Rz 49.

⁵⁸⁰ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Rz 10f.

1. deren Erbringung vom Staat weitgehend eher bestimmten Wirtschaftsteilnehmern einer bestimmten Branche als per Rechtsakt einem ganzen Wirtschaftszweig übertragen wurde,
2. die die allgemeinen Bedürfnisse der Bürger befriedigen, wie dies z.B. beim *Universaldienst* oder bei bestimmten über Versorgungsnetze erbrachten Dienstleistungen der Fall ist, und *die nicht einer bestimmten Kategorie von Nutzern* zugute kommen.

Eine Einstufung als gemeinwirtschaftliche Leistung kommt hingegen nicht in Frage, wenn beispielsweise ausschließliche Rechte nur zu dem Zweck verliehen werden, um einem Unternehmen die Finanzierung eines Investitionsvorhabens (etwa einer Infrastruktureinrichtung) zu ermöglichen.⁵⁸¹

Nun ergibt sich aber aus *BUPA*, dass eine Beschränkung auf bestimmte Kategorien von Nutzern den universalen Charakter nicht notwendigerweise beeinträchtigt. Mangels Rechtsverbindlichkeit des „Non-Paper“ sollte dieser Diskrepanz jedoch nur eingeschränkt Bedeutung zugemessen werden.

Eine Anwendung dieser Kriterien oder eine autonome Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandards kann indessen der Entscheidungspraxis der Kommission nicht entnommen werden. Diese erschöpft sich in einer Wiedergabe der von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzung von Allgemein- gegenüber Privatinteressen zum einen und der Unterscheidbarkeit von anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten zum anderen.⁵⁸²

4.3.4.6 Kohärenz der Rechtsprechung

4.3.4.6.1 Allgemeines

An der Diskussion um das „allgemeine Interesse“ einer Dienstleistung ist die weit gehende Einigkeit über die Existenz gemeinschaftsrechtlicher Kriterien auffallend.⁵⁸³ Oft wird dabei gegenüber der Rechtsprechung der Vorwurf erhoben, dass der Inhalt dieser Kriterien, abgesehen von der Abgrenzung der Allgemein- von Partikularinteressen und der Unterscheidbarkeit von sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten, unklar bleibe. Eine klare Umschreibung des Gestaltungsspielraums, innerhalb dessen Grenzen die Mitgliedstaaten

⁵⁸¹ Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002 Tz 21 (Hervorhebung des Verfassers).

⁵⁸² Ständige Verwaltungspraxis der Kom, vgl Kom-E N 244/2003 vom 6.4.2005, *Credit Union Provision*, C(2005) 977 fin Tz 64; Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrénées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin Tz 46.

⁵⁸³ Von vielen *Kruse*, NVwZ 2000, 725; *Mestmäcker/Schweitzer*, Wettbewerbsrecht (2004), §34 Rn 18.

befugt sind, das allgemeine Interesse zu definieren, lasse sich der Rechtsprechung nicht entnehmen.⁵⁸⁴

Die Kohärenz des Ansatzes der Rechtsprechung, eine bloße Missbrauchskontrolle der mitgliedstaatlichen Definition anhand einiger weniger Mindestkriterien vorzunehmen, soll hier untersucht werden. Im Folgenden wird zunächst die ähnlich gelagerte Diskussion zum Allgemeininteresse im Vergaberecht geschildert, um im Anschluss die Problemstellung aus einem staatsrechtlichen Blickwinkel zu betrachten. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse fließen schließlich in die Würdigung der Rechtsprechung und Kommissionspraxis ein.

4.3.4.6.2 „Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ im Vergaberecht

Aufgrund der ähnlich gelagerten Problematik empfiehlt sich ein Blick auf den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Vergaberecht. Dieser erstreckt sich ua auf Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ zu erfüllen (Art 1b der Vergaberichtlinien). Allerdings ist dieser vergaberechtliche Begriff tendenziell enger als jener der DAWI, da er zum einen nur der Qualifikation des funktionellen Begriffs des öffentlichen Auftraggebers dient und nicht der Bestimmung der Reichweite der Ausnahmenorm des Art 86 Abs 2, und zum anderen die Aufgabe „nicht gewerblicher Art“ sein muss.⁵⁸⁵ Dennoch weist die Diskussion um die Auslegung des Begriffs der Vergaberichtlinien verblüffende Ähnlichkeiten mit jener um den hier interessierenden Begriff der DAWI auf.

So wird auch in der vergaberechtlichen Diskussion eine gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Allgemeininteresses vertreten. Der Rechtsprechung zufolge ist der Begriff in der Tat „in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen“.⁵⁸⁶ Allerdings liefern weder die Vergaberichtlinien einschließlich der Gesetzesmaterialien noch rechtsvergleichende Aspekte oder die Systematik des Vergaberechts Anhaltspunkte für die Auslegung des Allgemeininteresses.⁵⁸⁷ Als übergreifendes Kriterium wird in der Literatur in Abgrenzung zur Förderung von Privatinteressen eines Einzelnen oder einer Gruppe von Personen das Interesse der Gesamtbevölkerung gesehen. Das Allgemeininteresse verweise daher auf die Wahrung eines öffentlichen Interesses an der

⁵⁸⁴ So beispielsweise *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 98.

⁵⁸⁵ *Pernice/Wernicke* in: *Grabitz/Hilf*, Art 86 Rz 36.

⁵⁸⁶ EuGH, Rs C-373/00, *Truley*, Slg 2003, I-1931 Rz 36.

⁵⁸⁷ *Hailbronner* in: *Grabitz/Hilf*, B4 (Öffentliches Auftragswesen) Rz 33 mN.

Sicherung der Wohlfahrt der Bürger, verstanden in einem weiten Sinne als Sicherung der Rechtsordnung und derjenigen Rahmenbedingungen für Staat, Gesellschaft und Wirtschaft, die Freiheitsentfaltung und Chancengleichheit der Bürger gewährleisten.⁵⁸⁸

GA *Léger* hat zudem in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Mannesmann* zur Auslegung des Allgemeininteresses iSd Vergaberichtlinien auf die zu DAWI vorgenommene Abgrenzung von Partikular- und Allgemeininteressen ausdrücklich Rückgriff genommen.⁵⁸⁹ Die Diskussion um die Auslegung des Allgemeininteresses ist, sieht man vom Versuch von GA *Léger* ab, eine Querverbindung zwischen beiden Rechtsmaterien zu etablieren, im Vergaberecht und dem Recht der DAWI parallel ohne Berührungspunkte verlaufen. Umso bemerkenswerter sind im Ergebnis die Gemeinsamkeiten: Auch im Vergaberecht wird von einem Begriff gemeinschaftsrechtlicher Natur ausgegangen, der nichtsdestoweniger auf das nationale öffentliche Interesse verweist. Das Ergebnis der Suche nach gemeinschaftsrechtlichen Kriterien erschöpft sich jedoch auch im Vergaberecht in einer Abgrenzung zwischen Allgemein- und Partikularinteressen.

4.3.4.6.3 Allgemeininteresse aus staatsrechtlicher Perspektive

Der Verweis auf nationale öffentliche Interessen sowohl im Vergaberecht als auch in der Auslegung von Art 86 Abs 2 soll dazu genutzt werden, die Problemstellung aus staatsrechtlicher Perspektive zu untersuchen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse auf die gemeinschaftsrechtliche Problemstellung zu übertragen.

Aus einer staatsrechtlichen Betrachtung rechtfertigt sich ein öffentliches Interesse an einer staatlichen Intervention in das Wirtschaftsleben im jeweiligen vorherrschenden wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Kontext. Die Legitimität des öffentlichen Interesses ist insofern vom jeweils vorherrschenden staatsphilosophischen Verständnis des staatlichen Aufgabenbereichs abhängig und besitzt daher evolutiven Charakter.⁵⁹⁰ Ob der Staat eine konkrete Tätigkeit in den staatlichen Aufgabenbereich überführt, ist eine Entscheidung, die seiner Souveränität entspringt. Trotz vielfältiger Versuche der deutschen bzw österreichischen staatsrechtlichen Dogmatik, ein griffiges

⁵⁸⁸ *Ibid* Rz 36 mN.

⁵⁸⁹ Schlussanträge des GA *Léger*, Rs C-44/94, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73 unter Verweis auf Rn 27 der Schlussanträge des GA *Van Gerven* in der Rs C-179/90, *Porto di Genova*, Slg 1991, I-5889.

⁵⁹⁰ *Jaeger*, JBl 2005, 423.

Staatsaufgabenkonzept zu entwickeln, kann die Frage nach der Zulässigkeit der Begründung einer (neuen) Staatsaufgabe letztlich nur dezisionistisch beantwortet werden.⁵⁹¹

Eine von *Holoubek* vorgenommene rechtsvergleichende Untersuchung der Rolle des Staates als Anbieter am Markt lässt auch für Frankreich und Großbritannien, zwei Länder mit gänzlich unterschiedlichen Auffassungen über das Ausmaß staatlicher Gemeinwohlgarantien, eine weitgehende Flexibilität des positiven Verfassungsrechts hinsichtlich der Frage erkennen, für welche Leistungen der Staat gegenüber seinen Bürgern als Garant auftreten soll. (Historisch bedingte) Evolutionen der Konzeption staatlicher Wirtschaftstätigkeit und die konkrete Entscheidung im Einzelfall darüber, welche Tätigkeiten staatlicherseits gewährleistet werden, überlassen die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weitgehend der einfachgesetzlichen Festlegung durch die Tagespolitik.⁵⁹² Ob einer bestimmten Aufgabe ein Allgemeininteresse zukommt und diese durch den Staat wahrzunehmen ist, kann mangels eines praktikablen nationalen oder gar gemeinschaftsweiten Staatsaufgabenkonzepts deshalb nur im Einzelfall vom jeweiligen nationalen Souverän entschieden werden.

Die souveräne Entscheidung über die staatlich zu gewährleistende Aufgabe ist freilich nur dann legitimiert, wenn dieser ein Allgemeininteresse – oder, der traditionellen staatsphilosophischen Terminologie entsprechend, ein Gemeinwohlcharakter – begrifflich überhaupt zukommen kann. Freilich entzieht sich der Begriff des Gemeinwohls als allgemeinstes aller Staatsziele inhaltlich einer abschließenden Definition und ist unvermeidlich von hoher Abstraktheit.⁵⁹³ Doch auch hier lässt sich die inhaltliche Distinktion zwischen dem Wohl der Allgemeinheit und dem Partikularwohl treffen. Laut *Isensee*

„bedeutet Gemeinwohl die Sache des ganzen Gemeinwesens im Unterschied zu den Sonder- und Eigenbelangen seiner Glieder, sowohl der Individuen als auch der Gruppen. [...] Dieser Unterscheidung korrespondiert die zwischen öffentlichen und privaten Interessen. Das Gemeinwohl lässt sich als Gesamtheit der öffentlichen Interessen bestimmen. Es geht indes nicht aus der bloßen Häufung von privaten Interessen hervor. Vielmehr hat es eigene, spezifische Qualität, weil es die Einheit des Gemeinwesens in seinen Zielen und darin das „allgemeine“

⁵⁹¹ *Weber*, Der Staat als Unternehmer – verfassungsrechtliche Aspekte, in: *Schroeder/Weber* (Hrsg), Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004) 2f mN; *Pielow*, JuS 2006, 692 für die deutsche Rechtslage.

⁵⁹² *Holoubek*, VVDStRL 60 (2001) 574.

⁵⁹³ *Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts³ - Band IV: Aufgaben des Staates (2006) § 71 Rz 3.

Interesse verkörpert, das alle Bürger über ihre divergierenden privaten Interessen hinweg verbindet.“⁵⁹⁴

Anhand der *Isensee*’schen Definition kann eine Identifizierung jener Maßnahmen erfolgen, mit denen unter dem Deckmantel der Gemeinwirtschaftlichkeit einzelnen Wirtschaftsteilnehmern selektive, nicht im Allgemeininteresse liegende Vorteile gewährt werden.⁵⁹⁵

4.3.4.6.4 Schlussfolgerungen für Existenz und Inhalt gemeinschaftsrechtlicher Kriterien

Die Existenz gemeinschaftsrechtlicher Kriterien ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der autonomen und einheitlichen Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Begriffe, der einen unreflektierter Rückgriff auf Kategorien des nationalen Rechts verbietet. Hinzu kommt das Argument, dass die Definition des Allgemeininteresses nicht in die freie Disposition der Mitgliedstaaten gestellt werden solle, da diese ansonsten über die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 willkürlich verfügen könnten. So einleuchtend die Existenz gemeinschaftsrechtlicher Kriterien ist, so unbeantwortet bleibt indes ihr Inhalt.

Die Auseinandersetzung mit dem Begriff des Allgemeininteresses in drei unterschiedlichen Rechtsgebieten – DAWI iSv Art 86 Abs 2, europäisches Vergaberecht und deutsches Staatsrecht – lässt dennoch ein übergreifendes, begriffsimmanentes Kriterium hervorgehen: die Distinktion von Allgemein- und Partikularinteressen.

Die diesbezüglich wohl artikulierteste Definition von *Isensee* lässt sich auch auf die Rechtsprechung zu Art 86 Abs 2 übertragen, der es, obgleich im Ergebnis richtig, doch an adäquater Begründung fehlt. So verweigerte der Gerichtshof in der Rechtssache *BRT* der Tätigkeit einer Urheberrechtserwertungsgesellschaft die Qualität eines Allgemeininteresses, da ein staatlicher Betrauungsakt fehlte und die Verwertungsgesellschaft „Privatinteressen wahrnimmt, auch wenn es sich dabei um gesetzlich geschützte geistige Eigentumsrechte handelt“⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ *Ibid* Rz 36.

⁵⁹⁵ So *Jaeger*, JBl 2005, 424, der allerdings diese Konsequenz nicht als Schlussfolgerung der Unterscheidung zwischen Allgemein- und Partikularinteressen, sondern des „objektiven Bedarfs“ sieht, der als grobes Korrektiv zum „staatlich-subjektiven Bedarf“ fungiert.

⁵⁹⁶ EuGH, Rs C-127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, I-313 Rz 23.

Das Ergebnis wird vom EuGH jedoch nicht weiter begründet. Es lässt sich indessen anhand der *Isensee*'schen Definition, derzufolge sich ein Allgemeininteresse nicht schon aus einer Häufung von Privatinteressen ergibt, sondern ein darüber hinausgehendes verbindendes Interesse zwischen den Bürgern bedingt, begründen. Insoweit konkordiert die Schlussfolgerung des Urteils mit dem theoretischen Ansatz von *Isensee*.

Das zweite von der Rechtsprechung angewendete Kriterium – die Unterscheidbarkeit von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens – ist nur ein vermeintlich autonomes. Vielmehr ist es aus der Distinktion von Allgemein- und Partikularinteressen ableitbar. Denn andere Tätigkeiten des Wirtschaftslebens sind primär vom Profitstreben, dem Hauptmotiv marktwirtschaftlicher Tätigkeit, geleitet. Die Zielsetzung der Gewinnmaximierung liegt unzweifelhaft im (alleinigen) Interesse des individuellen Unternehmens. Für die Gemeinwirtschaft ist hingegen die Gewinnerwartung sekundär; im Vordergrund steht die Verfolgung unternehmensexterner Ziele, deren Verwirklichung im Interesse der Gemeinschaft liegt.⁵⁹⁷ Die Unterscheidbarkeit von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens ist ein Teilaspekt der Distinktion von Allgemein- und Privatinteressen und kein autonomes Kriterium. Es wird konsequenterweise von der Kommission auch zusammen geprüft.⁵⁹⁸ Gleiches gilt für das durch *BUPA* eingeführte Universalitätskriterium, das einen Verzicht auf eine Selektion der Leistungsempfänger (Kunden) nach Rentabilitätsabwägungen der Dienstenutzer bedingt und deshalb privaten Gewinninteressen zuwiderläuft.

Sieht man nun von der Unterscheidung von Allgemein- und Partikularinteressen ab, so kann bezweifelt werden, ob weitere gemeinschaftsrechtlichen Kriterien zum einen überhaupt existieren und zum anderen mit dem europäischen Primärrecht vereinbar wären.

Die Schwierigkeit, gemeinschaftsweite Gemeinsamkeiten zur Bestimmung des Allgemeininteresses zu finden, entspringt der Verschiedenartigkeit der Vorstellung darüber, in welchen Bereichen der Staat in welchem Ausmaß in das Wirtschaftsleben intervenieren soll. *Holoubek* zufolge ist diesbezüglich der für eine gemeinschaftsweite inhaltliche Festlegung notwendige Grundkonsens derzeit weder vorhanden noch in naher Zukunft absehbar.⁵⁹⁹ Mangels eines solchen inhaltlichen Konsenses sind über die

⁵⁹⁷ Ähnlich *Linder*, *Daseinsvorsorge* (2004) 126f.

⁵⁹⁸ Vgl. Kom-E N 381/2004 vom 16.11.2004, *Pyrenées-Atlantiques*, C(2004) 4343 fin Tz 45ff; Kom-E N 382/2004 vom 3.5.2005, *DORSAL*, C(2005) 1170 fin Tz 33ff.

⁵⁹⁹ *Holoubek*, *VVDStRL* 60 (2001), 576.

Unterscheidung von Allgemein- und Partikularinteressen hinausgehende gemeinschaftsrechtliche Kriterien, die einen „gemeinsamen Nenner“ der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme repräsentieren könnten, schwer vorstellbar.

Freilich könnte man gemeinschaftsrechtliche Kriterien in Betracht ziehen, für die es aus rechtsvergleichender Sicht keinen gemeinschaftsweiten Konsens zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gibt und die folglich einzelnen nationalen Auffassungen des Allgemeininteresses widersprechen. Dies wäre jedoch unter mehreren Gesichtspunkten problematisch. Zum einen dient Art 86 Abs 2 dem Schutz mitgliedstaatlicher öffentlicher Interessen und nicht dem Schutz von Gemeinschaftsinteressen, geht es der Ausnahmenorm doch gerade um einen Dispens von den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln und nicht um deren Durchsetzung. Zum anderen würden über den mitgliedstaatlichen Konsens hinausgehende Kriterien zwangsläufig zu einer Einschränkung des gemeinwirtschaftlichen Leistungsumfangs einiger Länder führen, da nicht von diesen Kriterien gedeckte Leistungen mangels gemeinwirtschaftlicher Eigenschaft nicht mehr durch Art 86 Abs 2 privilegierbar wären. MaW würde die Einführung gemeinschaftsrechtlicher Kriterien, die über den gemeinsamen Nenner der Mitgliedstaaten hinausgehen, eine Einengung des Begriffs im selben Umfang verursachen, die zu einer Reduzierung des Spektrums privilegierbarer öffentlicher Interessen führen würde.

Dies wäre mit dem durch Art 86 Abs 2 und Art 16 den Mitgliedstaaten eingeräumten Organisationsermessen in der Daseinsvorsorge nicht vereinbar. Der staatliche Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten wäre um jene Bereiche verkürzt, in denen durch die gemeinschaftsrechtlichen Mindestkriterien das Allgemeininteresse harmonisiert wäre. Die Mitgliedstaaten könnten nicht mehr autonom entscheiden, welche Belange im öffentlichen Interesse liegen, und müssten im Konfliktfall die öffentliche Versorgung mangels Privilegierbarkeit der Leistung ausschließlich nach rein marktwirtschaftlichen Kriterien organisieren. Eine solche Beschneidung mitgliedstaatlicher Kompetenzen wäre unverhältnismäßig, weil sie die Zulässigkeit staatlicher Intervention in der Umsetzung gemeinwirtschaftlicher Zielsetzungen nicht von einer wettbewerbskonformen Ausgestaltung der Organisationsform abhängig macht, sondern die Entscheidung über die Zielsetzung selbst vornimmt.

4.3.4.6.5 Fazit

Zusammenfassend kann zum Tatbestandselement des Allgemeininteresses festgehalten werden, dass es sich dabei um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, die Existenz gemeinschaftsrechtlicher Kriterien sich jedoch in der begriffsimmanenten Abgrenzung zu Partikularinteressen erschöpft. Eine weitere inhaltliche Determinierung des Allgemeininteresses ist aufgrund der hohen Abstraktheit des Begriffs und des Fehlens eines gemeinschaftsweiten Konsenses über das Ausmaß staatlicher Wirtschaftstätigkeit nicht zielführend und birgt die Gefahr einer unzulässigen Beschneidung gemeinwirtschaftlicher Aktionsradien der Mitgliedstaaten.

Die Reduzierung der Kontrolle der Definition von DAWI auf offenkundige Fehler durch Rechtsprechung und Kommissionspraxis ist daher zu begrüßen. Sie respektiert den höchst unterschiedlichen und differenzierten Rahmen gemeinwirtschaftlicher Tätigkeit in den Mitgliedstaaten, ohne diesen gleichzeitig einen Freibrief zur Beeinträchtigung des Wettbewerbssystems der Gemeinschaft zu erteilen. In diesem Zusammenhang ist die Anwendung des Unterscheidungskriteriums von Allgemein- und Partikularinteressen hinreichend geeignet, eine missbräuchliche Beanspruchung des Art 86 Abs 2 unter dem Deckmantel des Allgemeininteresses hintan zu halten.

Die höhere Prüfungsdichte, welche die Kommission in Sektoren mit gemeinschaftsrechtlichen Regelungen anwendet, ist gerechtfertigt und wünschenswert. Sie verhindert, dass Mitgliedstaaten durch Gemeinschaftsrecht liberalisierte Dienstleistungen als DAWI definieren und so den Wettbewerb ausschalten. Das Argument, das Definitionsermessen müsse sich aus der Organisationsfreiheit der Mitgliedstaaten in der Daseinsvorsorge ergeben, kann hier nicht gelten. In harmonisierten Rechtsgebieten verkörpert der jeweilige sekundärrechtliche Gesetzgebungsakt nicht nur einen Transfer nationaler Souveränität auf die Gemeinschaftsebene, sondern auch einen aus dem Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts abgeleiteten Konsens über den Verzicht eines konträren staatlichen Eingriffs in diesem Bereich. In Folge muss sich zum einen das mitgliedstaatliche Definitionsermessen mit zunehmendem Harmonisierungsgrad reduzieren und zum anderen die Prüfungsdichte durch die Gemeinschaftsorgane entsprechend erhöhen.

Die Kommission prüft deshalb richtigerweise die Vereinbarkeit des staatlichen Eingriffs mit einschlägigen Gemeinschaftsregelungen und koppelt die Legitimität des Eingriffs in gemeinschaftsrechtlich liberalisierten Sektoren an ein Vorliegen von Marktversagen. Diese

Entscheidungspraxis entspricht auch der vom EuG artikulierten verfassungsrechtlichen Korrelation von Definitionsermessen und Kompetenzverteilung. Denn eine Einschränkung auf eine bloße Missbrauchskontrolle kommt nach den Ausführungen des Gerichts in *BUPA* und *FFSA* nur dann in Betracht, wenn eine Gemeinschaftsregelung entweder fehlt oder noch nicht zur Harmonisierung des betroffenen Sektors aktiviert wurde.

4.4 Betrauung

4.4.1 Allgemeines

Die Anwendung des Art 86 Abs 2 setzt voraus, dass das betroffene Unternehmen mit einer DAWI betraut ist. Auch dieses Tatbestandselement ist stark an der französischen *service public*-Doktrin angelehnt.⁶⁰⁰ Der Betrauungsakt kann als staatliche Willensäußerung verstanden werden, der die Bereitschaft des Staates manifestiert, eine bestimmte Leistung wirtschaftlich zu fördern und rechtlich zu schützen. Denn dieser staatliche Wille ist nicht schon aus einer bloß faktischen Erbringung durch ein Unternehmen ohne staatlichen Auftrag erkennbar. Der öffentliche Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen, der den Umfang und die Modalitäten der zu erbringenden Aufgaben spezifiziert, grenzt das betraute Unternehmen erst von ähnlichen Unternehmen ab, die keine Daseinsvorsorgeleistungen erbringen.⁶⁰¹ Der Betrauungsakt repräsentiert dabei das Bindeglied zwischen dem betrauten Unternehmen und dem Staat.⁶⁰²

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht liefert der öffentliche Auftrag die Grundlage für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁶⁰³ Er schafft die Transparenz über Umfang und Ausgestaltung der übertragenen Aufgaben, die eine Suspendierung von den Wettbewerbs- bzw Binnenmarktregeln rechtfertigen sollen. Die Kommission kann ihre Kontrollaufgabe daher nur dann wahrnehmen, wenn der Betrauungsakt hinreichend klar ist.⁶⁰⁴

Der Betrauungsakt wird an drei Anforderungen gemessen: erstens muss die Form der Betrauung den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechen, zweitens muss der Betrauung ein obligatorischer Charakter zukommen, und drittens hat der Betrauungsakt einen spezifischen Inhalt aufzuweisen. Der verpflichtende Charakter des öffentlichen Auftrags muss streng genommen als autonome Voraussetzung sowohl vom Formerfordernis des Hoheitsakts als auch vom Auftragsinhalt unterschieden werden. Vom Hoheitsakt unterscheidet sich das Verpflichtungselement durch den Zwangscharakter, der über die staatliche Willensäußerung hinausgeht, die besondere Aufgabe auf ein bestimmtes

⁶⁰⁰ Götz, Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, in: *Geis*, Festschrift für Maurer (2001) 921f.

⁶⁰¹ *Jaeger*, JBl 2005, 428f.

⁶⁰² Vgl Götz in: *Geis*, Festschrift für Maurer (2001) 921f.

⁶⁰³ Vgl Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 22.

⁶⁰⁴ *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 296.

Unternehmen zu übertragen. Beim Inhalt des Auftrags geht es hingegen nicht um dessen verpflichtende Natur, sondern um eine Definition desselben. Freilich ist diese Distinktion nicht vor Überschneidungen gefeit. Die drei Anforderungen werden hier primär aus systematischen Gründen getrennt abgehandelt.

4.4.2 Form des Betrauungsaktes – Vorliegen eines Hoheitsakts

Unproblematisch ist die Frage, wer einen Betrauungsakt setzen kann. Aus der Rechtsprechung geht explizit hervor, dass auch regionale Gebietskörperschaften betrauungsberechtigt sind.⁶⁰⁵ Die Kommission stellt zutreffenderweise auf die „zuständigen staatlichen Stellen des jeweiligen Mitgliedstaats“⁶⁰⁶ ab. Denn die interne Staatsorganisation und Verteilung der Hoheitsbefugnisse entziehen sich den gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen.⁶⁰⁷

Weit weniger klar ist, welche Anforderungen an die Rechtsnatur des Betrauungsakts zu stellen sind. Auf diese Frage soll im Folgenden eingegangen werden.

4.4.2.1 Rechtsprechung

Ausgangspunkt sind die Judikate *BRT/SABAM*⁶⁰⁸ und *Züchner/Bayerische Volksbank*⁶⁰⁹, in denen der EuGH für die Betrauung einen „Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt“ („an act of public authority“; „un acte de la puissance publique“)⁶¹⁰ forderte. In den beurteilten Fällen verneinte EuGH das Vorliegen eines Betrauungsakts und einer DAWI. Die ständige Rechtsprechung fordert seither „Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt“,⁶¹¹ wenn sie das Vorliegen einer Betrauung nach Art 86 Abs 2 prüft.

⁶⁰⁵ EuGH, Rs C-30/87, *Bodson*, Slg 1988, I-2479.

⁶⁰⁶ Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl 2005 L 312/67, neunte Begründungserwägung.

⁶⁰⁷ *Püttner*, Öffentliche Unternehmen im Gemeinschaftsrecht, in: *Eichhorn* (Hrsg), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union (1995) 21.

⁶⁰⁸ EuGH, Rs C-127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, I-313.

⁶⁰⁹ EuGH, Rs 172/80, *Züchner/Bayerische Volksbank*, Slg 1981, I-2021.

⁶¹⁰ *BRT/SABAM* Rz 19/22; *Züchner/Bayerische Volksbank* Rz 7 (die leicht abweichende Formulierung „Hoheitsakt“ statt „Hoheitsakt öffentlicher Gewalt“ ist ohne Bedeutung; in der französischen Sprachfassung wird ohnehin der Begriff „un acte de la puissance publique“ einheitlich verwendet).

⁶¹¹ Von vielen EuGH, Rs C-66/86, *Ahmed Saeed*, Slg 1989, I-803 Rz 55; EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 65; EuG, verb Rs T-204/97 und T-270/97, *EPAC*, Slg 2000, II-2267 Rz 126; siehe auch Kom-E vom 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, ABl 1991 L 28/32 Tz 41. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt, EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz

Die europäischen Gerichte haben die Frage, welche Eigenschaften die Betrauung aufweisen muss, um als Hoheitsakt iSd ständigen Rechtsprechung gelten zu können, lange Zeit kasuistisch beantwortet, ohne die im Einzelfall getroffenen Entscheidungen eingehend zu begründen. Insgesamt kann dennoch über die Jahre die Grundtendenz einer zunehmend großzügigen Auslegung des Begriffs des Hoheitsakts beobachtet werden.

So kann nach der Rechtsprechung eine Betrauung sowohl in Form einer öffentlich-rechtlichen Konzession⁶¹² als auch eines Vertrages⁶¹³ erfolgen. Die Beteiligung des mit der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betrauten Unternehmens an dem Verfahren, in dem die Konzession verliehen wird, schließt nach Auffassung des EuG den hoheitlichen Charakter der Übertragung nicht aus, da eine Konzession prinzipiell nur mit Zustimmung des Konzessionsempfängers verliehen werden könne.⁶¹⁴ Eine Betrauung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Konzessionär durch Gesetz zur Einhaltung der Bedingungen der jeweils geltenden Pflichtenhefte gebunden ist,⁶¹⁵ wobei nicht unbedingt eine Rechtsvorschrift vorliegen muss.⁶¹⁶ Ebenso ausreichend ist eine Betrauung durch legislatives Dekret.⁶¹⁷ In *Albany* hielt der Gerichtshof die Erfüllung des Art 86 Abs 2 sogar für möglich, obwohl ein förmlicher Betrauungsakt fehlte.⁶¹⁸

Trotz großzügigerer Handhabung des Begriffs haben die Gerichte nicht gänzlich auf die Anforderung eines Hoheitsakts verzichtet. So hat beispielsweise der EuGH in *Enirisorse* eine Betrauung mangels Hoheitsaktes verneint,⁶¹⁹ ebenso hat das EuG in *Olsen*, *EPAC* und

65; aA *Burgi*, EuR 1997, 276: Lediglich dann, wenn zusätzliche Aufgaben nicht vom Träger des öffentlichen Unternehmens, sondern von anderen staatlichen Stellen übertragen werden, sei die Betrauung nachzuweisen.

⁶¹² EuGH, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg 1994, I-1477 Rz 47.

⁶¹³ EuGH, Rs C-205/99, *Analir*, Slg 2001, I-1271 Rz 63; gegen die Möglichkeit einer Betrauung durch Vertrag noch *Ehricke*, EuZW 1998, 745; *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht (1994) 184ff; *Buendia Sierra*, Exclusive Monopolies under EC Law (1999) Tz 8.51 mwN.

⁶¹⁴ EuG, T-17/02, *Olsen*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 188.

⁶¹⁵ EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 67.

⁶¹⁶ EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 66.

⁶¹⁷ EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Slg 2006, I-2941 Rz 57.

⁶¹⁸ EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751 Rz 102ff; siehe Hinweis in den Schlussanträgen des GA Léger in der Rs C-309/99, *Wouters*, Slg 2002, I-1582 Rz 160, auf Aufweichungstendenzen in der Rsp: „Der Gerichtshof [hat] bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung die Anforderungen an das Vorliegen eines förmlichen Aktes der öffentlichen Gewalt erheblich zurückgenommen“. Der Rechtssache *Albany* sollte allerdings nicht allzu große Bedeutung zugemessen werden, da die Betrauungsfrage vom Gerichtshof schlussendlich nicht geprüft wurde.

⁶¹⁹ EuGH, verb Rs C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg 2003, I-14243 Rz 34.

BUPA die Notwendigkeit eines Hoheitsakts iSd ständigen Rechtsprechung unterstrichen.⁶²⁰

Ein staatlicher Erlaubnisvorbehalt erfüllt jedenfalls nicht die Anforderung eines Hoheitsaktes. Denn allgemeine Rechtsvorschriften, die bestimmte Wirtschaftszweige regulieren, sind nicht als Betrauung anzusehen, selbst wenn die Ausübung der Tätigkeit einer besonderen öffentlichen Aufsicht unterliegt.⁶²¹ Das EuG hielt in *BUPA* dazu fest:

„Die Tatsache allein, dass [...] sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern eines Sektors bestimmte Erlaubnis-, Funktions- oder Überwachungsregeln auferlegt [werden], stellt nämlich grundsätzlich keine gemeinwirtschaftliche Aufgabe dar.“⁶²²

Nicht erforderlich sei hingegen die Verleihung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts, da dieses allenfalls die Konsequenz eines öffentlichen Auftrags, nicht aber dieser selbst sein könne. Die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung könne folglich auch vielen oder sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern auferlegt werden.⁶²³ In diesem Fall könne nicht verlangt werden, dass der öffentliche Auftrag jedem verpflichteten Wirtschaftsteilnehmer durch einen Rechtsakt oder individuellen Auftrag übertragen wird.⁶²⁴ Dies ist für die Mitgliedstaaten eine wichtige Klarstellung, die ihrer Organisationsfreiheit deutlich entgegenkommt.

4.4.2.2 Standpunkt der Kommission

Die Form der Betrauung nimmt im Rahmen der Prüfung des Art 86 Abs 2 durch die Kommission eine eher unbedeutende Stellung ein. Entscheidungen wie *Ijsselcentrale* und *Deutsche Telekom*, welche die Form der Betrauung thematisieren bzw beurteilen,⁶²⁵ sind selten. Die Kommission nimmt eine Betrauung teilweise ohne detaillierte Prüfung an, wenn sich die Aufgabenzuweisung aus dem Gesamtzusammenhang ergibt.⁶²⁶ Selbst in

⁶²⁰ EuG, verb Rs T-204/97 und T-270/97, *EPAC*, Slg 2000, II-2267 Rz 126; EuG, T-17/02, *Olsen*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 186ff; EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 172.

⁶²¹ EuGH, Rs C-7/82, *GVL*, Slg 1983, I-483 Rz 31; siehe auch Kom-E vom 10.12.1984, *Eurocheques*, ABl 1985 L 35/43 Tz 29.

⁶²² EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 178.

⁶²³ *Ibid* Rz 179.

⁶²⁴ *Ibid* Rz 183.

⁶²⁵ Kom-E vom 16.1.1991, *Ijsselcentrale*, ABl 1991 L 28/32 Tz 41; Kom-E vom 21.5.2003, *Deutsche Telekom*, ABl 2003 L 263/9 (nicht rechtskräftig, siehe ABl 2003 C 264/29) Tz 188ff.

⁶²⁶ Vgl Kom-E vom 22.12.1992, *Jahrhundertvertrag*, ABl 1993 L 50/14 Tz 28. Lenz (Hrsg), EU- und EG-Vertrag³ (2003), Art 86; Pielow, Grundstrukturen (2001) 85.

jenen Entscheidungen zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in denen der Inhalt des öffentlichen Auftrags genau untersucht wird, spielt der formale Aspekt der Betrauung lediglich eine marginale Rolle.⁶²⁷

Die Kommission vermerkt in der Daseinsvorsorgemitteilung, dass eine Betrauung auch durch Verträge erfolgen kann.⁶²⁸ In der Rundfunkmitteilung verlangt die Kommission, dass „der öffentliche Auftrag einem oder mehreren Unternehmen im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen [wird] (wie ein Rechtsakt, ein Vertrag oder eine Aufgabenbeschreibung)“.⁶²⁹ Die Freistellungsentscheidung und der Gemeinschaftsrahmen setzen wiederum eine Übertragung durch „Verwaltungs- oder Rechtsakt“ voraus, wobei den Mitgliedstaaten die freie Wahl der Form überlassen wird.⁶³⁰ Der verwendete Begriff „Verwaltungs- oder Rechtsakt“ ist dabei wohl weiter als jener des „Hoheitsaktes der öffentlichen Gewalt“. In der Rechtssache *Olsen* verzichtete die Kommission gänzlich auf ein Formerfordernis. Dort erklärte die Kommission,

„Artikel 86 Absatz 2 EG [stelle] in der Auslegung durch die Rechtsprechung [...] kein Formerfordernis auf, sondern konzentriere sich auf funktionelle Gesichtspunkte. So schreibe die Bestimmung nicht vor, dass der Akt, durch den die Aufgabe übertragen werde, ein Gesetz oder eine Verordnung oder unbedingt zwingend sein müsse [...]. Entscheidend sei allein der Wille des Staates, das Unternehmen mit einer Aufgabe zu betrauen, die einem einseitigen Handeln des betreffenden Unternehmens entgegenstehe.“⁶³¹

Die weite Auslegung der Kommission wiederholt sich im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen aus 2007. Laut diesem Dokument richtet sich die spezifische Betrauungsform nach der politisch-administrativen Organisation des jeweiligen Mitgliedstaats. Dies gehe bereits aus den Grundprinzipien des Verwaltungsrechts hervor, nach welchen jede Definition und Finanzierung einer DAWI eine rechtliche Grundlage benötige, weshalb es keine einheitliche Betrauungsform für alle Mitgliedstaaten geben

⁶²⁷ Von vielen Kom-E C 62/99 (ex NN 140/1998) vom 15.10.2003, *RAI*, ABI 2004 L 119/1 Tz 102ff; Kom-E C 60/99 (ex NN 167/1995) vom 10.12.2003, *France 2 und France 3*, ABI 2004 L 361/21 Tz 76ff.

⁶²⁸ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI 2001 C 17 Tz 22.

⁶²⁹ Mitteilung der Kom über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABI 2001 C 320/5 Tz 40.

⁶³⁰ Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABI 2005 L 312/67, Art 4; Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4 Tz 12.

⁶³¹ EuG, T-17/02, *Olsen*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 183.

könne.⁶³² Zulässig seien etwa die Betrauung durch ministerielle Programmvereinbarungen,⁶³³ ministerielle Anweisungen⁶³⁴ und jährliche oder mehrjährige Zielvereinbarungen.⁶³⁵

4.4.3 Obligatorischer Charakter

Die Verpflichtung des Unternehmens gewährleistet, dass die privilegierte Aufgabe nicht auf einseitiges unternehmerisches Handeln, sondern auf dem Gemeinwohl verpflichteten Mitgliedstaat zurückgeht⁶³⁶ und die Aufgabenerfüllung aufgrund des fortbestehenden staatlichen Einflusses sichergestellt wird.⁶³⁷ Die Inpflichtnahme verhindert, dass sich Unternehmen auf staatlich veranlasste, aber nicht verbindlich festgeschriebene unternehmerische Maßnahmen berufen können, um Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu erlangen.⁶³⁸

4.4.3.1 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat bis *BUPA* die verpflichtende Natur eines Betrauungsakts zwar implizit vorausgesetzt, jedoch nie als gesondertes Erfordernis ausgesprochen.⁶³⁹ In *BUPA* stellt das EuG erstmals den obligatorischen Charakter als „wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne des Gemeinschaftsrechts“⁶⁴⁰ fest. Dieser obligatorische Charakter, der an sich der unternehmerischen Freiheit und dem Grundsatz des freien Wettbewerbs zuwiderlaufe, könne unter anderem in der Erbringung defizitärer Dienstleistungen oder in der

⁶³² Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen – Begleitdokument zu der Mitteilung über "Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement", Kom(2007) 725 endg, Pkt 5.2.

⁶³³ Kom-E NN 51/2006 vom 26.9.2006, *Poste Italiane*, C(2006) 4206 def.

⁶³⁴ Kom-E N 822/2006 vom 7.3.2007, *Post Office Limited*, C(2007) 653 fin.

⁶³⁵ Kom-E C 24/2005 (ex NN 88/04 und E 24/04), *Laboratoire National D'Essais*, ABI 2005 C 263/22.

⁶³⁶ *Burgi*, EuR 1997, 275.

⁶³⁷ *Frenz*, EuR 2000, 907.

⁶³⁸ *Ehricke*, EuZW 1998, 745.

⁶³⁹ Etwa wenn allgemein von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen oder Universaldienstverpflichtungen gesprochen wird, vgl von vielen EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533.

⁶⁴⁰ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 188.

Verpflichtung bestehen, bestimmte Leistungen jedem Bürger zu erbringen, der darum ansuche.⁶⁴¹

Nach Auffassung des Gerichts ist dem obligatorischen Charakter nicht abträglich, dass dem betrauten Unternehmen bei der zu erbringenden Dienstleistung ein gewisser Spielraum verbleibt, der auch eine Ausgestaltung des Inhalts und eine Preisfestsetzung durch das betraute Unternehmen nicht ausschließt, damit ein Minimum an Qualitätswettbewerb erhalten bleibt.⁶⁴² Ist kein ausschließliches oder besonderes Recht gewährt worden, so ist laut EuG für die Annahme eines obligatorischen Charakters bereits ein Kontrahierungszwang ausreichend,⁶⁴³ ohne dass eine gegenseitige Verpflichtung zum Vertragsabschluss bestehen müsste.⁶⁴⁴

Aus der Rechtsprechung geht nicht eindeutig hervor, ob die im öffentlichen Auftrag definierte Dienstleistung auch tatsächlich erbracht werden muss.⁶⁴⁵ Der Rechtssache *Olsen* ist zu entnehmen, dass der Umstand, dass die Erbringung der DAWI durch das Unternehmen einseitig eingestellt wird, nicht den Beweis einer fehlenden Betrauung liefert.⁶⁴⁶ Allerdings ist davon auszugehen, dass im Fall eines beiderseitigen Verzichts bzw. einer fortlaufenden Duldung der Nichterfüllung durch die zuständigen staatlichen Stellen nicht mehr von einer Betrauung ausgegangen werden kann, da dies faktisch einer einseitigen Handlungsmöglichkeit des Unternehmens gleichkommen würde, die durch die verpflichtende Natur der Beauftragung ja gerade verhindert werden soll.

4.4.3.2 Standpunkt der Kommission

Die Kommission spricht oft ganz allgemein von „Verpflichtungen“⁶⁴⁷ oder „erzwingbaren Verträgen“⁶⁴⁸, wobei die Betrauung nicht „unbedingt zwingend“ sein muss, solange der

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid* Rz 189.

⁶⁴³ *Ibid* Rz 190.

⁶⁴⁴ *Ibid* Rz 195.

⁶⁴⁵ Vgl. Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 86 Rz 54.

⁶⁴⁶ EuG, T-17/02, *Olsen*, noch nicht in der Slg veröffentlicht, Rn 189.

⁶⁴⁷ Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl 2005 L 312/67, Art 4; Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4 Tz 10f.

⁶⁴⁸ Kom-E N 244/2003 vom 6.4.2005, *Credit Union Provision*, C(2005) 977 fin Tz 70f: „For the purpose of entrustment it is noted that Credit unions will be given an enforceable contract clearly outlining the purpose of the financial support

Wille des Staates vorhanden ist, durch den öffentlichen Auftrag einseitigem unternehmerischen Handeln entgegenzuwirken.⁶⁴⁹

Diesem Erfordernis wird nicht entsprochen, wenn die Aufgabenbeschreibung vom Adressaten selbst verfasst wird. Eine öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verliehene Ermächtigung, neue Medien und digitale Zusatzkanäle anzubieten, wurde daher nicht als ausreichend angesehen, da eine Selbstverpflichtung keine förmliche Rechtshandlung zur Übertragung der öffentlichen Auftrags sei.⁶⁵⁰

Ausnahmsweise legt die Kommission wie in *Deutsche Telekom*⁶⁵¹ einen strengen Maßstab an. Dort vertrat sie entgegen ihrem gewöhnlichen Standpunkt die Auffassung, dass die Anforderungen an den Betrauungsakt eng gefasst seien. Die Kommission bezweifelte die Betrauung des Unternehmens mit der Begründung, dass die deutsche Regelung dem Unternehmen die Möglichkeit offenlasse, die gemeinwirtschaftlichen Pflichten unter Einhaltung einer Jahresfrist durch Mitteilung zu beenden. Die deutsche Regelung „bietet [deshalb] keine Handhabe zur Erzwingung des Universaldienstes gegen den Willen der Deutschen Telekom“⁶⁵². Im Ergebnis wurde sowohl in der Kommissions- als auch in der Rechtsmittelentscheidung das Vorliegen einer rechtmäßigen Betrauung offen gelassen.⁶⁵³

4.4.4 Betrauungsinhalt

Während die formalen Anforderungen an den Betrauungsakt abgenommen haben, weisen vor allem die materiellen Vorgaben der Kommission eine spürbare Verschärfung auf. Dabei geht es um die Frage, inwieweit der Betrauungsinhalt spezifiziert werden muss.

Einerseits wird durch den Zwang zur *ex ante*-Spezifizierung des öffentlichen Auftrags die Flexibilität der Mitgliedstaaten im Einsatz von öffentlichen Unternehmen spürbar

and the credit union's obligations. The Commission considers therefore that for the purpose of Article 86(2) there would be formal entrustment of the service”.

⁶⁴⁹ EuG, T-17/02, *Olsen*, Slg 2005, II-2031 Rz 183 (siehe Zitat an oberer Stelle).

⁶⁵⁰ Kom-E E 3/2005 vom 24.4.2007, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg Tz 245ff.

⁶⁵¹ Kom-E vom 21.5.2003, *Deutsche Telekom*, ABl 2003 L 263/9.

⁶⁵² *Ibid* Tz 188ff.

⁶⁵³ Siehe EuG, T-271/03, *Deutsche Telekom*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 314.

beschränkt.⁶⁵⁴ Andererseits ist eine Spezifizierung als Grundlage für die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Kommission unabdingbar.⁶⁵⁵

4.4.4.1 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Inhalt des Betrauungsaktes ist nicht sehr ergiebig. Der EuGH verweist in *Sydhavnens* lediglich auf das Erfordernis einer Betrauung gemäß den nationalen Rechtsvorschriften, ohne auf die inhaltliche Ausgestaltung der Betrauung einzugehen.⁶⁵⁶ GA *Légér* hatte demgegenüber in seinen Schlussanträgen eine Betrauung wegen mangelnder Definition der privilegierten Aufgabe abgelehnt. Doch auch *Légér* forderte lediglich,

„dass der Mitgliedstaat den Inhalt der Verpflichtungen und Zwänge definiert, die im Rahmen der besonderen Aufgabe auferlegt wurden, mit der das Unternehmen betraut ist, dem er besondere Rechte einräumt.“⁶⁵⁷

Die Rechtsprechung schreibt eine namentliche Adressierung des betrauten Unternehmens nicht vor.⁶⁵⁸ So wird in der Rechtssache *Ahmed Saeed* zwar die Zuständigkeit nationaler Behörden festgestellt,

„in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das betroffene Luftfahrtunternehmen tatsächlich durch Hoheitsakte der öffentlichen Gewalt mit der Bedienung solcher Linien betraut worden ist.“⁶⁵⁹

Aus dem Urteilstext ist jedoch keine Verpflichtung ableitbar, das ausgewählte Unternehmen im Betrauungsakt namentlich zu erwähnen.⁶⁶⁰ Die Ablehnung einer solchen Verpflichtung kann zudem aus der Rechtssache *BUPA* abgeleitet werden. Wie an oberer Stelle beschrieben kann für den Fall, dass die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung vielen oder sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern auferlegt wird, nicht verlangt werden, dass der öffentliche Auftrag jedem verpflichteten Wirtschaftsteilnehmer durch einen Rechtsakt oder individuellen Auftrag übertragen wird.⁶⁶¹ Da ohne individuellen Rechtsakt keine

⁶⁵⁴ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 104.

⁶⁵⁵ Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 Tz 22.

⁶⁵⁶ EuGH, Rs C-209/98, *Sydhavnens*, Slg 2000, I-3742 Rz 76.

⁶⁵⁷ Schlussanträge des GA *Légér*, Rs C-209/98, *Sydhavnens*, Slg 2000, I-3742 Rz 103f.

⁶⁵⁸ AA *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 54; *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997), Art 90 Rz 35.

⁶⁵⁹ EuGH, Rs C-66/86, *Ahmed Saeed*, Slg 1989, I-803 Rz 55.

⁶⁶⁰ *Götz* in: *Geis*, Festschrift für Maurer (2001) Fn 66.

⁶⁶¹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 183.

namentliche Bezeichnung möglich ist, besteht *a fortiori* keine Verpflichtung einer namentlichen Adressierung.

4.4.4.2 Standpunkt der Kommission

Im Gegensatz zum Gerichtshof stellt die Kommission weit reichende inhaltliche Anforderungen an den Betrauungsakt. So muss laut Gemeinschaftsrahmen und Freistellungsentscheidung zu gemeinwirtschaftlich bedingten Ausgleichszahlungen der öffentliche Auftrag folgende Angaben enthalten:

- „a) Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen
- b) das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich;
- c) Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte;
- d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen;
- e) die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.“⁶⁶²

Die Verpflichtung zur Angabe von Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen (lit a) und des beauftragten Unternehmens sowie des geografischen Geltungsbereichs (lit b) entsprechen weitestgehend der bisherigen Rechtsprechung zum Betrauungsakt, wobei, soweit ersichtlich, die Dauer der Verpflichtung bislang in der Entscheidungspraxis der Gemeinschaftsorgane noch nicht thematisiert wurde. Unklar ist allerdings, ob die Angabe „das beauftragte Unternehmen“ gem lit b) nun eine namentliche Adressierung des in die Pflicht genommenen Unternehmens erfordert oder bloße Individualisierbarkeit ausreicht. Wie vorhin ausgeführt, würde eine Pflicht zur namentlichen Adressierung im Fall einer Betrauung sämtlicher Wirtschaftsteilnehmer *BUPA* widersprechen, weshalb diese Vorgabe nur bei der Beauftragung eines einzigen Unternehmens Anwendung finden kann.

Die Vorgaben c) bis e) enthalten hingegen, wie die Freistellungsentscheidung selbst erklärt,⁶⁶³ neue Anforderungen an den Betrauungsinhalt, die über den *status quo* der Rechtsprechung hinausreichen. Die obligatorische Aufstellung von *ex ante*-Berechnungsparametern gem lit d) ist eine Überführung des zweiten *Altmark*-Kriteriums in

⁶⁶² Kom, Entscheidung vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl 2005 L 312/67 Art 4; Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4 Tz 12.

⁶⁶³ Freistellungsentscheidung 20. Begründungserwägung.

den Rechtsbestand des Art 86 Abs 2 und macht nachträgliche Verlustausgleiche ausnahmslos rechtswidrig.⁶⁶⁴

Die Kommission hat eine nachsichtige Prüfung dieser verschärften Definitionspflichten in Aussicht gestellt. Wo es nicht möglich sei, die entsprechenden Dienstleistungen näher zu umschreiben, könne eine weite Definition des öffentlichen Auftrags akzeptiert werden, solange der Umfang des Auftrags klar ersichtlich sei.⁶⁶⁵ Dementsprechend muss der Betrauungsakt auch nicht jede Art der Dienstleistung anführen. Bei Gesundheitsdienstleistungen sei es beispielsweise ausreichend, wenn der öffentliche Auftrag eine tägliche medizinische Versorgung älterer Menschen in einer bestimmten Stadt vorschreibt, ohne die Art der Leistungen näher zu spezifizieren. Der Betrauungsakt müsse dennoch eine korrekte Kostenallokation zwischen DAWI und Wettbewerbsaktivitäten gewährleisten. Qualitätskriterien können, müssen aber nicht enthalten sein.⁶⁶⁶ Bei DAWI, die häufig wechselnden faktischen Gegebenheiten angepasst werden müssen, verweist die Kommission auf zwei Möglichkeiten: Der Betrauungsakt kann entweder selbst einen *ex post*-Mechanismus zur Korrektur des Auftrags vorsehen, oder der Auftrag wird extern durch die zuständigen staatlichen Stellen aktualisiert.⁶⁶⁷

4.4.5 Fazit

Während der EuGH über Jahre die Form der Betrauung einer strengen Prüfung unterzog und der Inhalt des öffentlichen Auftrags zweitrangig bzw unbestimmt verblieb, ist in jüngerer Zeit in der Entscheidungspraxis der Gerichte und der Kommission ein Paradigmenwechsel zu beobachten: Die Anforderungen an die Betrauungsform sind weitgehend aufgeweicht, jene an den Spezifizierungsgrad des Inhalts des Betrauungsakts dagegen spürbar verschärft.

Sowohl die Gemeinschaftsgerichte als auch die Kommission scheinen sich über die Lockerung der Formanforderungen einig gewesen zu sein. Das EuG ist diesbezüglich in *BUPA* den Mitgliedstaaten stark entgegengekommen. Die Behauptung der Kommission in

⁶⁶⁴ Siehe oben Pkt 4.2.5.

⁶⁶⁵ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen – Begleitdokument zu der Mitteilung über "Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement", Kom(2007) 725 endg, Pkt 5.3.

⁶⁶⁶ *Ibid* Pkt 5.4.

⁶⁶⁷ *Ibid* Pkt 5.5.

FFSA, die Rechtsprechung stelle kein Formerfordernis auf, entspricht jedoch nicht der Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Diese halten weiterhin am Erfordernis eines Hoheitsakts fest, unterziehen dieses aber keiner strengen Nachprüfung.

Die reduzierten Formerfordernisse sind zu begrüßen. Denn erstens stellt im Gegensatz zur deutschen Übersetzung der Rechtssache *BRT/SABAM*⁶⁶⁸, in der ein „Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt“ gefordert wird, die englische und französische Sprachfassung („an act of public authority“; „un acte de la puissance publique“) weniger auf die hoheitliche Natur des Aktes als auf die öffentliche Gewalt als Urheber des Aktes ab.⁶⁶⁹

Zweitens ist trotz des Ursprungs des Tatbestandelements der Betrauung in der französischen *service public*-Doktrin der Begriff gemeinschaftsrechtlich auszulegen, wobei die Rücksichtnahme auf die Diversität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gemeinschaftsrechtlich geboten ist. So ist etwa der Rechtsordnung Großbritanniens die Unterscheidung zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Form der Betrauung fremd, während Frankreichs *service public*-Modell öffentlich-rechtlich ausgerichtet ist und das deutsche Recht ein Wahlrecht zwischen beiden Handlungsformen zugesteht. Angesichts dieser Divergenzen können sich formelle Anforderungen an den Betrauungsakt nur soweit rechtfertigen, als sie nach Sinn und Zweck von Art 86 Abs 2 erforderlich sind. Demnach muss jeder Akt genügen, der erkennen lässt, dass ein Mitgliedstaat in seiner Funktion als Hoheitsträger eine Betrauung vornimmt.⁶⁷⁰

Offen bleibt die Vollziehung der weit reichenden Anforderungen des Maßnahmenpakets der Kommission an den Inhalt des Betrauungsakts, die einen starken Eingriff in die Organisationsfreiheit der Mitgliedstaaten darstellen und wohl von vielen mitgliedstaatlichen Ausgleichssystemen nicht erfüllt werden. Eine Auseinandersetzung der europäischen Gerichte mit dieser Frage kann mit Interesse erwartet werden.

⁶⁶⁸ EuGH, Rs C-127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, I-313 Rz 19/20.

⁶⁶⁹ *Hellermann*, Daseinsvorsorge (2000) 116.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

4.5 Verhältnismäßigkeit – Art 86 Abs 2 S 1

4.5.1 Allgemeines

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 S 1 gliedert sich in zwei Schritte. Die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung setzt zunächst eine rechtliche oder tatsächliche Verhinderung bzw Gefährdung der Aufgabenerfüllung voraus. Davon getrennt ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die zur Sicherung der Aufgabe eingesetzten wettbewerbsbeschränkenden Mittel verhältnismäßig sind. Eine Abweichung von den Vertragsvorschriften darf nämlich nicht weiter gehen, als dies zur Sicherung der Aufgabenerfüllung erforderlich ist.⁶⁷¹

Im Voraus ist anzumerken, dass sich die Rechtsprechung zu den Tatbestandselementen der Aufgabenverhinderung sowie der Erforderlichkeit vorrangig in Zusammenhang mit Verstößen gegen Art 81 und vor allem Art 82 entwickelt hat und das Beihilfenrecht dabei eine untergeordnete Rolle spielte. Bei Übertragung der kartellrechtlichen Auslegungsergebnisse zur Anwendung von Art 86 Abs 2 S 1 ist deshalb den Besonderheiten des Beihilfenrechts Rechnung zu tragen.

4.5.2 Verhinderung der Aufgabenerfüllung

4.5.2.1 Rechtliche und tatsächliche Verhinderung

Art 86 Abs 2 S 1 sieht zwei Fälle der Verhinderung der Aufgabenerfüllung vor: die rechtliche und tatsächliche Verhinderung. Rechtlich ist die Verhinderung, wenn das Gemeinschaftsrecht eine unter Art 86 Abs 2 fallende Regelung verdrängen würde.⁶⁷² Das ist beispielsweise bei einem Tarifschema der Fall, das gegen Art 82 verstößt, jedoch als Teil einer besonderen Aufgabe gerechtfertigt werden kann.⁶⁷³ Die Verhinderung ist dagegen von tatsächlicher Natur, wenn zwar kein Normenkonflikt entsteht, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts das Verhalten eines Unternehmens jedoch dermaßen beeinflusst, dass die Aufgabenerfüllung nicht mehr durchführbar ist.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ Pernice in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Stand: 2000, Art 86 Rz 63; Ehricke in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 119; Lewisch, in: *Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2007), Art 86 Rz 94.

⁶⁷² Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1595.

⁶⁷³ EuGH, Rs C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg 1998, I-3949 Rz 46.

⁶⁷⁴ Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1595.

Die in der Praxis häufigste Verhinderungsform ist die wirtschaftliche als Unterfall der tatsächlichen Verhinderung. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn Leistungen flächendeckend und ohne Rücksicht und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs erbracht werden, da mangels Kostendeckung auf staatliche Ausgleichszahlungen bzw unternehmensinterne Quersubventionierungen zurückgegriffen werden muss.⁶⁷⁵ Für Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge ist in Folge nur die tatsächliche Verhinderung von Relevanz.

4.5.2.2 Rechtlicher Prüfungsmaßstab: vom Verhinderungs- zum Gefährdungsmaßstab

Anwendungsvoraussetzung des Art 86 Abs 2 S 1 ist, dass die Aufgabenerfüllung des betrauten Unternehmens „verhindert“ wird. Eine entscheidende Rolle kommt demnach dem rechtlichen Maßstab zu, der an eine Verhinderung gelegt wird.

4.5.2.2.1 Erste Phase: keine bloße Erschwerung oder Behinderung

Zunächst vertraten EuGH und Kommission einen strengen Verhinderungsmaßstab.⁶⁷⁶ Eine Suspendierung der Vertragsvorschriften kam nur in Frage, wenn die Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit der Aufgabenerfüllung „nachweislich unvereinbar“ war.⁶⁷⁷

Ebenso wurde betont, dass eine bloße Erschwerung oder Behinderung nicht ausreiche. Eine solche Auslegung stehe auch im Einklang mit dem Vertragswortlaut, der davon spricht, dass die Aufgabenerfüllung *verhindert* und nicht bloß *behindert* werden muss.⁶⁷⁸ In diesem Sinn lauten auch die übrigen Sprachfassungen.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Schweitzer, Daseinsvorsorge (2002) 108.

⁶⁷⁶ Siehe Kom-E vom 17.12.1981, *Navewa-Anseau*, ABl 1982 L 167/89 Tz 66: „Eine eventuelle Einschränkung der Anwendung der Wettbewerbsregeln ist nur für den Fall in Erwägung zu ziehen, dass das Unternehmen über keine anderen Mittel, die technisch möglich und wirtschaftlich realisierbar sind, verfügt, um seine Aufgabe zu erfüllen“.

⁶⁷⁷ EuGH, Rs C-155/73, *Sacchi*, Slg 1974, I-409 Rz 15; EuG, Rs T-69/89, *RTE*, Slg 1991, II-485 Rz 82; EuGH, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, I-1979 Rz 24; EuGH, Rs C-260/89, *ERT*, Slg 1991, I-2925 Rz 33; EuGH, Rs C-311/84, *CBEM*, Slg 1985, I-3261 Rz 17; Kom, Entscheidung vom 17.12.1981, *Navewa-Anseau*, ABl 1982 L 167/89 Tz 66.

⁶⁷⁸ EuG, Rs T-260/94, *Air Inter*, Slg 1997, II-997 Rz 138 ; Kom-E vom 17.12.1981, *Navewa-Anseau*, ABl 1982 L 167/89 Tz 66; vgl auch aus der Lit *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1596.

⁶⁷⁹ Französisch: „faire échec“; Englisch: „obstruct the performance“; Italienisch: „impedimento“.

In den Urteilen *Corbeau* und *Almelo* wurde der Verhinderungsmaßstab positiv umformuliert.⁶⁸⁰ Der Gerichtshof schickte nicht mehr voraus, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit der Aufgabenerfüllung „nachweislich unvereinbar“ sein muss. Im Gegensatz dazu stellte der EuGH in *Corbeau* fest, dass zu prüfen sei, ob eine Beschränkung oder gar ein Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich sei, um die Aufgabenerfüllung unter „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“ zu ermöglichen.⁶⁸¹ In dieselbe Kerbe schlug der Gerichtshof in *Almelo*, wo er die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Aufgabenerfüllung forderte.⁶⁸² Die Bedeutung der beiden Urteile liegt nicht nur auf sprachlicher Ebene, sondern im rechtlichen Maßstab selbst: An die Stelle der „logischen Unmöglichkeit“⁶⁸³ tritt der Maßstab der „wirtschaftlichen Zumutbarkeit“⁶⁸⁴.

4.5.2.2.2 Zweite Phase: Einzug des Gefährdungsmaßstabs

Ein weiterer Schritt in Richtung einer Lockerung des Verhinderungsmaßstabs erfolgte in den *Energiemonopol*-Urteilen, in denen der EuGH festhielt, dass Art 86 Abs 2 S 1 bereits dann greife, wenn die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Aufgabenerfüllung

„sachlich oder rechtlich *gefährden* würde. Es ist nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.“⁶⁸⁵

Der überwiegende Teil der Literatur hat in diesen Urteilspassagen eine Lockerung des rechtlichen Maßstabs von einem Verhinderungs- zu einem Gefährdungsmaßstab

⁶⁸⁰ Vgl. *Rodrigues*, *Revue des Affaires Européennes* 1996, 26: „La cour a [...] posé les premiers termes d’une définition positive des activités de service public“.

⁶⁸¹ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 16: „Folglich ist zu prüfen, in welchem Umfang eine Beschränkung des Wettbewerbs oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich ist, um es dem Inhaber des ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“.

⁶⁸² EuGH, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg 1994, I-1477 Rz 49: „Beschränkungen des Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer sind zuzulassen, soweit sie erforderlich sind, um dem mit einer solchen Aufgabe von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe zu ermöglichen. Dabei sind die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u. a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die - insbesondere umweltrechtlichen - Vorschriften zu berücksichtigen, die es zu beachten hat“.

⁶⁸³ *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Art 86 Rz 45.

⁶⁸⁴ *Erhardt*, *Öffentliche Dienstleistungen* (2003) 307; *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Art 86 Rz 45; aA *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge* (2002) 125: *Corbeau* und *Almelo* seien als „sprachliche Wende“ zu verstehen, hätten aber keine konkreten Auswirkungen auf den Verhinderungsmaßstab.

⁶⁸⁵ EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 59; EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 43 (Hervorhebung des Verfassers).

gesehen.⁶⁸⁶ Die Urteile zu den Betriebsrentenfonds scheinen den Gefährdungsansatz zu bestätigen: Es wird bloß eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung verlangt.⁶⁸⁷

Deutlich weniger eindeutig erscheinen diese Schlussfolgerungen bei einem näheren Blick auf die übrigen Sprachfassungen der Urteile. So ist der Gebrauch des Wortes „gefährdet“ nur in der deutschen Sprachfassung zu finden, während die übrigen Sprachfassungen die herkömmliche Terminologie der Verhinderung benutzen.⁶⁸⁸ Nichtsdestoweniger sind jene, die schon in den *Energiemonopol*-Urteilen den Durchbruch des Gefährdungsansatzes erblickten, in der Rechtssache *Deutsche Post/Remailing* nachträglich bestätigt worden, da in dieser Entscheidung schließlich auch in den anderen Sprachfassungen der Gefährdungsansatz verfolgt wurde (Französisch: „mettre en danger“ statt „faire échec“; Englisch: „jeopardise“ statt „obstruct“).⁶⁸⁹ Der EuGH hat somit den rechtlichen Prüfungsmaßstabs bewusst gesenkt.⁶⁹⁰

4.5.2.3 Aufgabenverhinderung im Beihilfenrecht

Die Existenz eines Konflikts zwischen Aufgabenerfüllung und Beihilfenverbot wurde bislang in drei Entscheidungen des EuG thematisiert. Das Gericht subsumiert allerdings terminologisch sowohl die Aufgabenverhinderung als auch die Wahl der Mittel zur Erfüllung der Aufgabe unter den Begriff der Erforderlichkeit.

⁶⁸⁶ *Bartosch*, NJW 2000, 2252; *Ehricke*, EuZW 1998, 745; *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 307ff; *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 45; aA *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 128; Der EuGH habe mit seiner Formulierung nicht den Verhinderungsmaßstab, der an die Aufgabenerfüllung anzulegen ist, gemeint. Die Urteilspassage betreffe hingegen den *Wahrscheinlichkeitsgrad* einer Aufgabenverhinderung, der *ex ante* nicht immer prognostizierbar sei. Der Verhinderungsmaßstab in Form einer hohen gemeinschaftsrechtlichen Schwelle für wettbewerbswidrige staatliche Eingriffe bleibe hingegen von der Rsp unberührt. Für diese von *Schweitzer* vorgenommene Differenzierung zwischen Verhinderungsmaßstab und Wahrscheinlichkeitsgrad der Aufgabenverhinderung lassen sich jedoch im Urteil keine Anhaltspunkte finden. Eine potentielle Aufgabenverhinderung steht im Urteil auch nicht zur Diskussion, vgl *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 309f.

⁶⁸⁷ EuGH, Rs C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5751 Rz 107; EuGH, verb Rs C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg 1999, I-6025 Rz 97; EuGH, Rs C-219/97, *Drijvenda Bokken*, Slg 1999, I-6121 Rz 107.

⁶⁸⁸ Hinweis von *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 61, dem scheinbar als Einzigem dieser Umstand aufgefallen ist.

⁶⁸⁹ EuGH, verb Rs C-147/97 und 148/97, *Deutsche Post/Remailing*, Slg 2000, I-825 Rz 50.

⁶⁹⁰ *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 61; aA *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 86 Rz 60; *Ehricke* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 118, die in EuGH, Rs C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg 1998, I-3949 Rz 42 und EuGH, Rs C-209/98, *Sydhavnens*, Slg 2000, I-3742 Rz 47 einen Rückgriff auf den strengerer Verhinderungsmaßstab sehen. Tatsächlich wird in *Corsica Ferries* sprachlich an das Verhinderungskonzept angeknüpft. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Urteil zwischen den *Energiemonopol*-Urteilen und der Rechtssache *Post/Remailing* gefällt wurde, in welcher der Gerichtshof bewusst für den Gefährdungsansatz votierte. Die Entscheidung *Sydhavnens* stammt hingegen aus dem gleichen Jahr wie das Urteil *Post/Remailing*. Die Urteilspassage, die für eine Rückkehr des Gerichtshofs zum Verhinderungsmaßstab angeführt wird, bezieht sich aber nicht auf den rechtlichen Maßstab, der für das Vorliegen einer Aufgabenverhinderung ausschlaggebend ist, sondern auf die Erforderlichkeit der Gewährung eines ausschließlichen Rechts als zulässiges wettbewerbsbeschränkendes Mittel.

In *FFSA* erachtete das EuG Ausgleichsbeihilfen als zulässig, wenn diese nur die Mehrkosten kompensieren würden und iSv *Corbeau* erforderlich seien,

„um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen [...]. Die Beurteilung der Erforderlichkeit der Beihilfe setzt eine globale Bewertung der wirtschaftlichen Bedingungen voraus, unter denen das betreffende Unternehmen seine Tätigkeiten auf dem ihm vorbehaltenen Sektor ausübt.“⁶⁹¹

In der Rechtssache *Olsen* prüfte das EuG die Annahme einer Aufgabenverhinderung nur auf offenkundige Fehler. So war im konkreten Fall nach Auffassung des Gerichts die Annahme der Kommission und der nationalen Stellen, dass angesichts der bestehenden Marktverhältnisse die Kontinuität der betroffenen Seeverkehrsdienste nicht sichergestellt werden könne, nicht unvernünftig. Die nationalen Stellen hätten ihr Ermessen bei der Übertragung der Sonderaufgabe nicht überschritten, da die Schlüssigkeit der Beurteilung des Marktes, derzufolge der Markt keine ausreichenden Anreize für die Aufgabenerfüllung bot, nicht widerlegt worden sei.⁶⁹²

Eine wesentlich artikulierteres Prüfungsschema enthält das *BUPA*-Urteil, das die Verhältnismäßigkeitsprüfung erstmals in eine Verhinderungs- und Mittelprüfung unterteilt. Das Gericht stellt einleitend unter Berufung auf die Energiemonopol-Urteile fest, dass die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs auf die Prüfung beschränkt ist,

„ob dieser Ausgleich für die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe *unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erforderlich* ist oder ob umgekehrt die fragliche *Maßnahme* in Bezug auf den verfolgten Zweck *offenkundig ungeeignet* ist.“⁶⁹³

Der erste Satzteil beschreibt die Aufgabenverhinderung, der zweite die Prüfung der Mittel als Erforderlichkeit im engeren Sinne (dazu weiter unten). Die Prüfung der „wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen“ beschränkt sich auf die Frage,

„ob das genannte System zum einen *auf offenkundig unzutreffenden wirtschaftlichen und tatsächlichen Prämissen* beruht [...]. Im Rahmen dieser Kontrolle ist [...] zu prüfen, ob die *Fehlfunktionen* des Marktes, die der Mitgliedstaat geltend macht, um die Festlegung und den Schutz der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zu rechtfertigen, *triftig genug* waren [...]. Denn die *Kontrolle der Erforderlichkeit verlangt nicht*, dass die Kommission zu der Überzeugung gelangt, dass der Mitgliedstaat im Hinblick auf die aktuellen und zukünftigen Marktbedingungen nicht auf die *notifizierten Maßnahmen verzichten kann, sondern beschränkt sich auf die Suche nach einem offenkundigen Fehler* des Mitgliedstaats bei der Ausübung seines

⁶⁹¹ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 178.

⁶⁹² EuG, T-17/02, *Olsen*, Slg 2005, II-2031 Rz 217ff.

⁶⁹³ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 222 (Hervorhebung des Verfassers).

weiten Ermessens bei der Frage, wie sichergestellt werden kann, dass die gemeinwirtschaftliche Aufgabe unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erfüllt wird.“⁶⁹⁴

Im Zuge der Anwendung dieser Grundsätze auf die in Rede stehenden Maßnahmen vertrat das Gericht die Auffassung, „dass die Gefahr [...] einer Instabilität des Marktes real und groß“⁶⁹⁵ war, „selbst wenn eine Instabilität des genannten Marktes noch nicht habe beobachtet werden können“⁶⁹⁶.

4.5.2.4 Fazit

Das EuG hat in der Rechtssache *BUPA* den Gefährdungsansatz und die *Corbeau*-Formel der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, die von der Rechtsprechung zu den Art 81 und 82 entwickelt wurden, in das Beihilfenregime importiert. Voraussetzung einer durch Art 86 Abs 2 gerechtfertigten staatlichen Intervention in Form einer tatbestandsmäßigen Beihilfe ist eine Aufgabenverhinderung, die schon bei der bloßen Gefahr von Fehlfunktionen des Marktes vorliegt, ohne dass die Unvereinbarkeit mit aktuellen oder zukünftigen Marktbedingungen nachgewiesen werden muss.

Liegen triftige Gründe für die Annahme instabiler Marktverhältnisse vor, so kann der Mitgliedstaat von einer Gefahr und folglich einer Verhinderung ausgehen. Eine solche Auslegung entspricht der Semantik des Begriffs einer Gefahr, die einen im Einzelfall variierenden Wahrscheinlichkeitsgrad des Eintritts eines unerwünschten Ereignisses beschreibt.

Darüber hinaus wurde die dem Kartellrecht entstammende Anwendung der *Corbeau*-Formel der wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen auf das Beihilfenrecht dahingehend übertragen, als die Zumutbarkeitsschwelle bei einer Gefahr von Marktfehlfunktionen als überschritten gilt.

Während die erzielte Einheitlichkeit der Anwendung des Art 86 Abs 2 S 1 in unterschiedlichen Gebiete des Wettbewerbsrechts zu begrüßen ist, räumt die in *BUPA* reduzierte Kontrolldichte der Verhältnismäßigkeitsprüfung den Mitgliedstaaten ein zu großes Ermessen ein. Die geringe Prüfungsdichte in *BUPA* entspricht einer Missbrauchskontrolle und nicht der Prüfungsdichte einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die

⁶⁹⁴ *Ibid* Rz 266ff (Hervorhebung des Verfassers).

⁶⁹⁵ *Ibid* Rz 276.

⁶⁹⁶ *Ibid* Rz 280.

typischerweise eine über offenkundige Fehler hinausgehende inhaltliche Beurteilung der (wettbewerbs)beschränkenden Mittel vornimmt.

Eine auf eine bloße Missbrauchskontrolle herabgestufte Prüfungsdichte ist auch angesichts der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten nicht einzusehen. Diesbezüglich kann die reduzierte gemeinschaftsrechtliche Nachprüfung der Definition von DAWI durch die Mitgliedstaaten nicht als Argument für einen abgesenkten Maßstab vorgebracht werden, zumal in diesem Sonderfall die Heterogenität der mitgliedstaatlichen Sondermarktordnungen und fehlende Kompetenzen auf Gemeinschaftsebene eine verringerte Kontrolldichte rechtfertigen.⁶⁹⁷ Die Prüfung, ob eine spezifische gemeinwirtschaftliche Wirtschaftstätigkeit wettbewerbskonform ausgestaltet und in Folge verhältnismäßig ist, fällt hingegen in die Kernkompetenz der gemeinschaftlichen Wettbewerbsaufsicht und kann somit nicht im Ermessen der Mitgliedstaaten liegen.

4.5.3 Erforderlichkeit der Abweichung von den Vertragsvorschriften

4.5.3.1 Ausschließliche Rechte

Das *Corbeau*-Urteil hat die Voraussetzungen zu einer Rechtfertigung von ausschließlichen Rechten, die gegen Art 86 Abs 1 verstoßen, formuliert. Das Urteil anerkennt die Gewährung von ausschließlichen Rechten aus wirtschaftlichen Gründen, um dem mit einem solchen Monopolrecht ausgestatteten Unternehmen zu ermöglichen, seine chronisch defizitären gemeinwirtschaftlichen Aufgaben in der Gewinnzone zu erfüllen. Zu diesem Zweck können im Monopolbereich die defizitären DAWI durch rentable (kommerzielle) Dienstleistungen quersubventioniert werden:

„[D]ie Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, [setzt] Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraus[...] und [rechtfertigt] daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen [...]“⁶⁹⁸

„Wirtschaftlich tragbare Umstände“ liegen demnach nur vor, wenn das Unternehmen über genügend Einnahmen verfügt, um defizitäre Dienstleistungen auszugleichen. Dies setzt wiederum voraus, dass sich ausschließliche Rechte auch auf Tätigkeiten erstrecken können, die weder defizitär sind, noch sonst als DAWI eingestuft werden können. Nur so

⁶⁹⁷ Siehe oben Pkt 4.3.4.

⁶⁹⁸ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 17f.

kann ein „Rosinenpicken“⁶⁹⁹ verhindert werden, bei welchem Wettbewerber nur die lukrativen Geschäftssegmente bedienen, während der Aufgabenerfüller weiterhin aufgrund seiner rechtlichen Gemeinwohlverpflichtungen defizitäre DAWI bedienen muss, die Profite aus dem kommerziellen Bereich jedoch als Ausgleich für diese Mehrkosten wegschmelzen.

Die erlaubte Reichweite ausschließlicher Rechte ist dennoch begrenzt. Von DAWI trennbare Dienstleistungen, „die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet“, dürfen nicht monopolisiert werden, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht nicht in Frage gestellt wird.⁷⁰⁰ Die Grenzlinie, wann eine spezifische trennbare Dienstleistung vorliegt oder diese untrennbar mit der DAWI verknüpft ist und deshalb das wirtschaftliche Gleichgewicht des Aufgabenerfüllers gefährdet wird, ist freilich nicht immer leicht zu ziehen.⁷⁰¹

Eine entscheidende Frage der Verhältnismäßigkeitsprüfung lautet, ob Mitgliedstaaten kraft Gemeinschaftsrecht auf alternative, wettbewerbskonformere Mittel verwiesen werden dürfen oder Mitgliedstaaten ausschließliche Rechte selbst dann beibehalten können, wenn mildere Mittel vorhanden sind, welche den Schutz der Aufgabenerfüllung im gleichen Ausmaß gewährleisten. Als Alternative zur Finanzierung defizitärer DAWI durch Monopolrechte, die eine unternehmensinterne Quersubventionierung vorsehen, kommen etwa staatliche Ausgleichszahlungen in Betracht. Werden bloß die durch die gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehenden Mehrkosten gedeckt, dann weist die Subvention im Vergleich zu anderen staatlichen Finanzierungsformen wie Monopolrechten die geringste wettbewerbsbeschränkende Wirkung auf.⁷⁰²

Sieht man von vereinzelt Stimmen in der Literatur ab,⁷⁰³ dann ist unbestritten, dass nicht auf staatliche Ausgleichszahlungen als – im Vergleich zu anderen staatlichen Eingriffen – milderes Mittel verwiesen werden kann. Keine Entscheidung des Gerichtshofs zieht eine

⁶⁹⁹ Oder „cream skimming“, von vielen *Mestmäcker/Schweitzer*, Wettbewerbsrecht (2004) §34 Rn 32.

⁷⁰⁰ EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 19.

⁷⁰¹ Vgl. *Blum/Logue*, State Monopolies under EC Law (1998) 30ff; *Wachsmann/Berrod*, Revue trimestrielle de droit européen 1994, 39ff.

⁷⁰² Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Rz 87 mN.

⁷⁰³ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 136 mN.

solche Verweisung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht. Umgekehrt wurde die Rechtmäßigkeit von Monopolrechten durch den EuGH vielfach bestätigt.⁷⁰⁴

4.5.3.2 Beihilfen

In *BUPA* wird von einer Eignungsprüfung an Stelle einer Erforderlichkeitsprüfung gesprochen. So sei die Missbrauchskontrolle auf die Frage beschränkt, „ob das genannte System [...] zur Erreichung der verfolgten Ziele offenkundig ungeeignet ist“⁷⁰⁵. Ein System ist geeignet, wenn es „seiner Natur nach erforderlich und angemessen ist, um die geltend gemachten Probleme zu lösen“⁷⁰⁶.

Die Eignung des Mittels wurde in *BUPA* vom Gericht im Detail geprüft; diese Prüfung der Erforderlichkeit unterscheidet sich aber nicht wesentlich von der Prüfung der Aufgabenverhinderung, zumal das eingesetzte Mittel in *BUPA* für erforderlich gehalten wurde, weil ohne die spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen die Stabilität des Marktes nicht gewährleistet gewesen wäre.⁷⁰⁷ Liegt somit eine Aufgabenverhinderung vor, dann ist das eingesetzte Mittel auch erforderlich.

Ausgleichszahlungen sind laut Rechtsprechung zur Zielerreichung geeignet und daher erforderlich, wenn nur die Mehrkosten ausgeglichen werden, die dem betrauten Unternehmen durch die Aufgabenerfüllung entstehen, und der Ausgleich erforderlich ist, um dem Unternehmen die Leistungserbringung „unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen“⁷⁰⁸. Denn eine defizitäre Leistungserbringung ist auf Dauer für kein Unternehmen tragbar, mag es auch nicht auf Gewinn ausgerichtet, sondern gemeinwirtschaftlichen Zielen verpflichtet sein.⁷⁰⁹ Das Urteil *Ferring* begrenzt aus diesem Grund den materiellen Anwendungsbereich des Art 86 Abs 2 mit der Ausgleichshöhe, die den

⁷⁰⁴ Vgl. EuGH, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 und EuGH, Rs C-393/92, *Almelo*, Slg 1994, I-1477, welche die Möglichkeit der unternehmensinternen Quersubventionierung vorsehen, bzw. EuGH, Rs C-158/94, *Energiemonopole Italien*, Slg 1997, I-5789: der Gerichtshof geht auf den Vorschlag der Kom, finanziell schwache Endverbraucher zu subventionieren, gar nicht erst ein. Eine ausführliche Kritik der Rsp und ein alternativer Ansatz findet sich bei *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge* (2002) 208ff.

⁷⁰⁵ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 266.

⁷⁰⁶ *Ibid* Rz 267.

⁷⁰⁷ *Ibid* Rz 287ff.

⁷⁰⁸ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 178.

⁷⁰⁹ Siehe *Jennert*, *Daseinsvorsorge* (2005) 212.

„für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht [...]“. ⁷¹⁰

Übersteigt der Ausgleich allerdings die Mehrkosten, ist er mehr nicht erforderlich. Der überschießende Betrag ist daher jedenfalls als verbotene Beihilfe einzustufen. ⁷¹¹ Umgekehrt muss eine Kompensierung bis zu einem Verlustausgleich als verhältnismäßig angesehen werden. *Ferring* schließt folglich eine rechtswidrige Quersubvention insoweit aus,

„als der Betrag der fraglichen Beihilfe unter den Mehrkosten liegt, die durch die Erfüllung der besonderen Aufgabe [...] entstehen.“ ⁷¹²

Die Zulässigkeit des Ausgleichs gemeinwirtschaftlich bedingter Verluste ist schon *Corbeau* zu entnehmen, wo ein Ausgleich defizitärer Dienste durch Quersubventionierung im Monopol als rechtmäßig erkannt wurde. Aus einem Größenschluss muss folgen, dass eine Direktfinanzierung über den staatlichen Haushalt, die das am geringsten wettbewerbsbeschränkende Mittel darstellt, ⁷¹³ im Vergleich zu Monopolrechten als gelinderes Mittel jedenfalls zulässig sein muss.

Der Betrag der Mehrkosten zieht dabei die Grenzlinie zwischen rechtmäßigem Verlustausgleich und verbotener Subvention: Der überschießende Teil der Ausgleichssumme ist immer rechtswidrig. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Beihilfenrecht verkürzt sich insofern zu einem strikten Überdeckungsverbot und ist daher „rigider“ als jene zur Beurteilung von Monopolrechten.

4.5.3.3 Ausschreibungswettbewerb

Setzt die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 eine vorherige Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags voraus, mit der Folge, dass sich staatliche Stellen bei einer Direktvergabe nicht auf die Ausnahmenvorschrift berufen können? Die Rechtsprechung hat diese Frage verneint. Nach Auffassung des EuG in der Rechtssache *Olsen*

„ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Artikel 86 Absatz 2 EG noch aus der Rechtsprechung hierzu, dass eine gemeinwirtschaftliche Aufgabe einem Wirtschaftsteilnehmer nur nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens übertragen werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht verlangt werden, dass die angefochtene Entscheidung eine

⁷¹⁰ EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 27.

⁷¹¹ *Ibid* Rz 32.

⁷¹² EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 188.

⁷¹³ Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) endgültig vom 21.5.2003 Rz 87 mN.

besondere Begründung dafür enthält, dass ein solches Verfahren [...] nicht durchgeführt worden ist.⁷¹⁴

In der Rechtssache *SIC II* hatte die Klägerin ebenfalls für eine Genehmigung nach Art 86 Abs 2 die Durchführung einer Ausschreibung vorausgesetzt. Auch hier bekräftigte das Gericht, dass ein Ausschreibungswettbewerb nicht zu den Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmebestimmung zählt.⁷¹⁵

Diese zutreffende Auffassung ergibt sich im Übrigen schon aus einem Größenschluss zu *Altmark*, dessen vierte Voraussetzung alternativ zur Ausschreibung auch die Möglichkeit der Direktvergabe auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 einräumt. Dies muss erst recht auf die weniger strenge Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 zutreffen.

4.5.3.4 Fazit

Liegt eine Aufgabenverhinderung nach Art 86 Abs 2 S 1 vor, so steht die Ausnahmenorm der Wahl der Mittel zur Konfliktlösung zwischen dem Geltungsanspruch der Wettbewerbsvorschrift und der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung weitgehend indifferent gegenüber. Die Gemeinschaftsorgane haben die Erforderlichkeit des Mittels nicht an der Frage nach alternativen, weniger wettbewerbsbeschränkenden Mitteln festgemacht, sondern die Wahl der Mittel dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen und lediglich Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung dieser Mittel durch die Mitgliedstaaten gestellt.

Innerhalb der Grenzen, die von der Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung der Mittel gezogen werden, kann sogar das wettbewerbsbeschränkendste aller Mittel, das Legalmonopol, zur Sicherstellung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung eingesetzt werden.

Ausgleichszahlungen in Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten sind nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung schließlich auch dann zulässig, wenn die Zuschüsse ohne vorangegangene Ausschreibung des gemeinwirtschaftlichen Auftrags gewährt werden.

⁷¹⁴ EuG, T-17/02, *Olsen*, Slg 2005, II-2031 Rz 239.

⁷¹⁵ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 145.

4.5.4 Berechnung der Ausgleichshöhe

4.5.4.1 Allgemeines

Ausgleichszahlungen, die über die erforderliche Ausgleichshöhe hinausgehen, sind zum einen iSv Art 86 Abs 2 S 1 nicht erforderlich und können zum anderen verbotene Quersubventionen zugunsten wettbewerblicher Aktivitäten begründen.⁷¹⁶ Dieses strikte Überdeckungsverbot verleiht der Berechnungsmethode der Nettokosten als technische Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung große Bedeutung, da methodische Unterschiede sich unmittelbar auf die Höhe der erstattungsfähigen Kosten und somit die Rechtmäßigkeit des Ausgleichs auswirken können.

Dem materiellrechtlichen Überdeckungsverbot steht die verfahrensrechtliche Verpflichtung der Kommission gegenüber, amtswegig die Verhältnismäßigkeit der Zuschüsse zu kontrollieren. Das EuG stellte in *SIC II* dahingehend fest, dass die Kommission ihre Prüfpflicht verletzt hatte, als sie es unterlassen hatte, die Behörden um Übermittlung externer Prüfberichte zu den gemeinwirtschaftlichen Mehrkosten des Aufgabenerfüllers ersuchen, obwohl ihr erstens die Existenz dieser Berichte bekannt war und sie zweitens nicht über hinreichend verlässliche Informationen über das Fehlen einer Überkompensierung verfügte.⁷¹⁷

4.5.4.2 Regelfall der Ausgleichsberechnung: Saldierungsmethode

Ausgleichszahlungen sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie die Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht übersteigen. Dabei werden von den leistungsspezifischen Kosten die konnexen Einnahmen in Abzug gebracht. Der Saldo ist schließlich ausgleichsfähig.

Diese „Saldierungsmethode“⁷¹⁸ wurde vom EuG erstmals im Zuge einer Anfechtung einer Kommissionsentscheidung, der im Einklang mit der Wettbewerbsbekanntmachung Post⁷¹⁹ die Saldierungsmethode zugrunde gelegt worden war, im Urteil *FFSA* bestätigt.⁷²⁰ Die

⁷¹⁶ EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 32.

⁷¹⁷ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 219ff.

⁷¹⁸ *Schebstadt*, DVBl 2004, 737.

⁷¹⁹ Bekanntmachung der Kom über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABl 1998 C 39/2.

⁷²⁰ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 178ff; EuGH, Rs C-53/00, *Ferring*, Slg 2001, I-9067 Rz 27.

Verzahnung von Überdeckungsverbot als Leitgrundsatz und Saldierung als Methode spiegelt sich auch in der dritten *Altmark*-Voraussetzung wieder, welche den Ausgleich mit den „Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns“⁷²¹ begrenzt.

Ebenso verfährt die Kommission in ihrer ständigen Entscheidungspraxis.⁷²² Im Einklang mit der Rechtsprechung schreibt der Gemeinschaftsrahmen die Saldierungsmethode zur Berechnung des Ausgleichs vor. Die Ausgleichshöhe dürfe nicht über das hinausgehen,

„was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken. In jedem Fall darf der Ausgleich nur für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden. Der für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich, der dazu verwendet wird, um auf anderen Märkten tätig zu werden, ist nicht gerechtfertigt und stellt daher eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar.“⁷²³

Ausgleichsfähig ist daher die Differenz zwischen den einerseits durch die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten und daher für die Dienstleistungsausgaben kausalen Kosten und andererseits den daraus entspringenden Einnahmen plus einer angemessenen Rendite. Fließt der gewährte Ausgleich hingegen nicht den DAWI, sondern den Wettbewerbsaktivitäten zu, oder übersteigt der Ausgleich die für die Leistungserbringung kausale Kostensumme, dann liegt eine unzulässige Quersubvention vor.

⁷²¹ EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747 Rz 92.

⁷²² Von vielen Kom-E N 514/2001 vom 13.2.2002, *UBS*, C(2002) 311 Tz 37: „Compatibility with the common market depends on the amount of financial support not overcompensating the net cost of providing the service [...]. The amount of the support is equal to the net costs of the POCA bank, minus the banks' voluntary contribution, which ensures that there is no overcompensation, which would constitute incompatible State aid“; Kom-E N 784/2002 vom 27.5.2003, *Post Office Limited*, C(2003) 1652 fin Tz 71: „As none of the measures is likely to entail any overcompensation of the net additional cost of providing the public service either through the individual measure compensation, or through a potential double compensation, as each measure aims at providing the strictly minimum funding to ensure the continuity of the public service delivery and as the safeguards are in place to ensure against any overcompensation, there is no State aid element in any of the notified measures within the meaning of Article 87 (1) EC“; weiters Kom-E N 244/2003 vom 6.4.2005, *Credit Union Provision*, C(2005) 977 fin Tz 74; Kom-E N 638/2005 vom 22.3.2006, *Via Stella*, C(2006) 806 fin Tz 45ff; besonders plastisch kommt die Saldierungsmethode in Kom-E NN 51/2006 vom 26.9.2006, *Poste Italiane*, C(2006) 4206 def Tz 85 zum Ausdruck.

⁷²³ Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4 Tz 14f; ähnlich schon Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002 Tz 90.

4.5.4.3 „Net Avoided Cost“-Methode als Sonderfall der Saldierungsmethode

Bei der Saldierungsmethode werden die Kosten ohne Abschlag von den Einnahmen abgezogen, der Saldo ist ausgleichsfähig. Diese subjektive Methode bevorzugt freilich das betraute Unternehmen, da dessen Verlust selbst dann zur Gänze kompensierbar ist, wenn es ineffizient arbeitet.⁷²⁴

Eine andere Möglichkeit besteht darin, die relevanten Kosten nicht an den Gesamtkosten des Dienstes festzumachen, sondern anhand der tatsächlichen Kostenstruktur ein Marktmodell zu entwerfen, das keinen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben verpflichtet ist und nach rein kommerziellen Prinzipien arbeitet. Die Differenz der tatsächlichen Kostenstruktur und der Marktalternative ergibt die objektiven Kosten der DAWI-Erbringung.

Diese „Net Avoided Cost“-Methode (oder: „marktorientierte Differenzhypothese“⁷²⁵) wurde ursprünglich vom amerikanischen Ökonomen *John Panzar* entwickelt. Sie beruht nicht auf der Annahme, der Markt würde eine DAWI bei fehlender Subventionierung überhaupt nicht erbringen. Vielmehr würde der Markt die Leistung unter anderen, profitorientierten Bedingungen anbieten: Bei Universaldiensten würde sich der Kundenkreis um jene Kunden reduzieren, deren Bedienung für das Unternehmen nicht rentabel ist.⁷²⁶ Die „Net Avoided Cost“-Methode bedient sich komplexer Berechnungsmodelle, im Rahmen derer eine nach rein kommerziellen Gesichtspunkten arbeitende unsubventionierte Marktalternative modelliert wird.⁷²⁷

Die Nettokosten werden anhand der Kostendifferenz eines Betriebs unter Einhaltung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (tatsächliche individuelle Kostenstruktur des betrauten Unternehmens) und eines Betriebs ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (unsubventionierte Marktalternative) ermittelt. Der Ausgleich beschränkt sich daher auf die Nettokosten für diejenigen Dienste, die ohne Subvention gar nicht oder nicht in der wirtschafts- bzw sozialpolitisch gewünschten Menge oder Qualität erbracht würden.

⁷²⁴ Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der von den Gemeinschaftsgerichten und der Kom praktizierten Saldierungsmethode wird unten erörtert, siehe Pkt 4.5.6.

⁷²⁵ So *Koenig/Kühling*, ZHR 2002, 681.

⁷²⁶ *Panzar*, Funding universal service obligations: the costs of liberalization, in: *Crew/Kleindorfer* (Hrsg), *Future Directions in Postal Reform* (2001) 102: „The typical rationale for directly or indirectly subsidizing Universal Service is that, left to their own devices, carriers would not find it profitable to provide it. The economically correct rationale is, instead the fact that, without a source of subsidy, there would be a significant group of customers whom it would not be economic for the firm to serve, yet for whom it is socially desirable to ensure that service be provided“.

⁷²⁷ *Ibid*; zur ökonomischen Ermittlung der Ausgleichshöhe ferner *Lüder*, EStAL 3/2004, 388ff.

Insofern werden nicht die Kosten eines Gesamtdienstes, sondern nur einzelner Einheiten eines Dienstes im Sinne einer Partialanalyse abgegolten. Bei Quantitäts- oder Qualitätsdefiziten beschränkt sich der Kostenausgleich auf die Grenzkosten für die letzte zusätzliche Produktionseinheit, die nicht mehr angeboten oder hergestellt worden wäre.⁷²⁸

Schließlich werden alle materiellen und immateriellen Vorteile abgezogen, die dem betrauten Unternehmen aufgrund seines bloßen Status als Erbringer der DAWI im Bereich der Wettbewerbsaktivitäten zugute kommen.⁷²⁹

Diese objektive Methode – Partialanalyse in einem ersten und umfassenden Vorteilsabzug in einem zweiten Schritt – findet sich in der Universaldienst-RL im Telekommunikationsbereich.⁷³⁰ Der marktorientierte Ansatz im Telekommunikationsreich unterscheidet sich von anderen zur Zeit geltenden sektorspezifischen Ansätzen wie im Postbereich, in dem die Universaldienstfinanzierung mit anderen Instrumenten wie beschränkten ausschließlichen Rechten in Form von Beförderungsvorbehalten sichergestellt wird.⁷³¹ Mit der vollständigen Liberalisierung der Postdienstleistungen Ende 2010 durch die RL 2008/6/EG wird auch für den Postsektor die „Net Avoided Cost“-Methode zur Berechnung der Nettokosten des Universaldienstes verpflichtend vorgeschrieben. Die Leitlinien zur Berechnung entsprechen beinahe wortgleich der Universaldienst-RL in der Telekommunikation.⁷³²

⁷²⁸ Koenig/Kühling, ZHR 2002, 681f.

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ Artikel 12 Abs 1 RL 2002/22/EG, ABl 2002 L 108/51: „Wenn nach Auffassung der nationalen Regulierungsbehörden die Bereitstellung des Universaldienstes gemäß den Artikeln 3 bis 10 möglicherweise eine unzumutbare Belastung für die Unternehmen darstellt, die zur Erbringung des Universaldienstes benannt sind, berechnen sie die Nettokosten für die Bereitstellung des Universaldienstes. Zu diesem Zweck a) berechnet die nationale Regulierungsbehörde die Nettokosten der Universaldienstverpflichtung gemäß Anhang IV Teil A, wobei der den zur Bereitstellung des Universaldienstes benannten Unternehmen entstehende Marktvorteil berücksichtigt wird [...]“; Anhang IV: „Bei der Berechnung sind die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen als Differenz zwischen den Nettokosten eines benannten Unternehmens für den Betrieb unter Einhaltung der Universaldienstverpflichtungen und den Nettokosten für den Betrieb ohne Universaldienstverpflichtungen zu ermitteln. [...] Bei der Nettokostenberechnung sollten die Vorteile für den Universaldienstbetreiber, einschließlich der immateriellen Vorteile, berücksichtigt werden. Den Berechnungen sind die Kosten zugrunde zu legen, die Folgendem zurechenbar sind:

i) den Bestandteilen der ermittelten Dienste, die nur mit Verlust oder in einer Kostensituation außerhalb normaler wirtschaftlicher Standards erbracht werden können. [...]

ii) besonderen Endnutzern oder Gruppen von Endnutzern, die in Anbetracht der Kosten [...] nur mit Verlust oder in einer Kostensituation außerhalb normaler wirtschaftlicher Standards bedient werden können.

Zu dieser Kategorie gehören diejenigen Endnutzer oder Gruppen von Endnutzern, die von einem gewinnorientierten Unternehmen ohne Verpflichtung zur Erbringung eines Universaldienstes nicht bedient würden“.

⁷³¹ Kahl, Beihilfen in der Daseinsvorsorge, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004) 254.

⁷³² RL 2008/6/EG, ABl 2008 L 52/3, Anhang I, Teil B.

Die „Net Avoided Cost“-Methode hat in der Verwaltungspraxis der Kommission bislang nur in der Entscheidung *La Banque Postale* Anwendung gefunden. Allerdings war die Wahl der Methode freiwillig und nicht auf Verlangen der Kommission erfolgt.⁷³³ In allen anderen Beihilfenentscheidungen hat die Kommission die Mitgliedstaaten nicht zur Anwendung der „Net Avoided Cost“-Methode verpflichtet, weder vor⁷³⁴ noch nach Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrahmens.⁷³⁵

Für den Verzicht der europäischen Gerichte und der Kommission, die „Net avoided cost“-Methode auch in anderen Bereichen verbindlich vorzuschreiben, lassen sich zwei Gründe anführen. Erstens beruht die Methode auf der Prämisse, dass bestimmte (trennbare) Bestandteile des Dienstes auch ohne Betrauung angeboten werden würden. Diese Annahme mag für den Post- und Telekommunikationsbereich gerechtfertigt sein, stößt aber dort auf Grenzen, wo der betroffene Dienst überhaupt nicht angeboten werden würde. Bei einem vollständigem Ausfall der Dienstes müssen daher die Gesamtkosten erstattungsfähig sein.⁷³⁶

Zweitens kann der Verzicht auf eine generelle Einführung der Methode mit der Zurückhaltung der Kommission und der Gerichte gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber erklärt werden. Letzterem wird die Harmonisierung der Berechnungsmethode durch Legislativakte überlassen. Eine solche ist bislang nur in durch Gemeinschaftsrecht vollumfänglich liberalisierten Sektoren erfolgt. Die „Net avoided cost“-Methode dient dort der Minimierung von Wettbewerbsverzerrungen in liberalisierten Sektoren, die in der Regel weiterhin vom ehemaligen Monopolisten dominiert werden.⁷³⁷

4.5.4.4 Saldierungsmethode und universelle Ausgleichssysteme

Die Verpflichtung zur Berechnung der Mehrkosten nach der Saldierungsmethode geht aus der dritten *Altmark*-Voraussetzung klar hervor. Die Methode gewährleistet die Bestimmbarkeit der Mehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe und beruht auf der

⁷³³ Siehe unten Pkt 4.5.5.1.2.2.

⁷³⁴ Kom-E vom 12.3.2002, *Poste Italiane*, ABI 2002 L 282/29; Kom-E NN 51/2006 vom 26.9.2006, *Poste Italiane*, C(2006) 4206 def Tz 54ff.

⁷³⁵ Kom-E NN 24/08 vom 30.4.2008, *Poste Italiane*, C(2008) 1606fin Tz 73ff; Kom-E N 388/2007 vom 28.11.2007, *Post Office Limited transformation programme*, C(2007) 5623fin Tz 51.

⁷³⁶ *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) 539, in Bezug auf den öffentlichen Auftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten.

⁷³⁷ Vgl RL 2008/6/EG, ABI 2008 L 52/3, 23. Begründungserwägung, die vom Grundsatz der „geringstmöglichen Marktverzerrung“ spricht.

strengen Konnexität von Einnahmen und Ausgaben des individuellen Ausgleichsempfängers.

Diese Vorgabe wurde von der klagenden Partei in *BUPA* aufgegriffen. Das in dieser Rechtssache gerügte Ausgleichssystem sah am irischen Markt für private Krankenversicherungen Kompensationszahlungen zwischen den Versicherern vor, welche sich nach der Abweichung des Risikoprofils eines individuellen Versicherers vom durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes richteten. Ein Versicherer mit einer im Vergleich zum Marktdurchschnitt höheren Zahl an älteren Versicherten, die ein höheres Risikoprofil als junge Versicherte aufweisen, hatte nach diesem System einen Kompensationsanspruch im Ausmaß der negativen Abweichung vom durchschnittlichen Marktprofil.⁷³⁸

Beihilfenrechtlich interessierte der fehlende unmittelbare Zusammenhang zwischen den Beträgen, die ein Versicherer auf Antrag eines Versicherten auf Kostenerstattung tatsächlich zahlt, und der aufgrund des Risikoausgleichssystems erfolgten Zahlungen. Denn das durchschnittliche Risikoprofil des Marktes, das den Richtwert für die Berechnung der Ausgleichszahlungen zwischen Versicherern bildete, entsprach den durchschnittlichen Kosten, die von der Gesamtheit der Versicherten auf dem privaten Krankenversicherungsmarkt verursacht wurden. Das Risikoausgleichssystem kompensierte daher nicht die individuellen Kosten des Versicherers, sondern die durchschnittlichen Kosten aller Versicherer am Markt.⁷³⁹

Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Zahlungen des Ausgleichssystems mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der Annahmepflicht (Kontrahierungszwang) von Versicherten insofern in einem kausalen Zusammenhang standen, als der Ausgleich die Mehrkosten ausgleiche, die durch Abweichungen vom durchschnittlichen Risikoprofil entstünden.⁷⁴⁰ Im Anschluss setzte das Gericht den Grundsatz der Saldierungsmethode, die von den Kosten des individuellen Aufgabenerfüllers ausgeht, außer Kraft:

„Insoweit ist freilich darauf hinzuweisen, dass das System *grundlegend anders funktioniert als die Ausgleichssysteme, die Gegenstand der [...] Urteile Ferring und Altmark* waren. Es kann daher die dritte im [...] Urteil Altmarkt genannte Voraussetzung *nicht exakt erfüllen*, der zufolge die in Ausführung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Kosten bestimmbar sein müssen. Das Gericht ist allerdings der Ansicht, dass die Bestimmung der Höhe der

⁷³⁸ Siehe oben Pkt 3.5.2.

⁷³⁹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 235.

⁷⁴⁰ *Ibid* Rz 236.

Mehrkosten durch einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Risikoprofil eines [...]Versicherers und dem durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes unter Berücksichtigung der von sämtlichen [...] Versicherern geleisteten Erstattungsbeträge dem Sinn und Zweck der dritten im [...] Urteil *Altmark* genannten Voraussetzung entspricht, soweit die Berechnung des Ausgleichs auf *objektiven, konkreten, klar bestimmbaren und überprüfbaren Elementen* beruht.“⁷⁴¹

Mit dieser Begründung hat das EuG einen offenen Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH vermieden, die die Saldierungsmethode zur Bestimmung der Mehrkosten des einzelnen Ausgleichsempfängers allgemeinverbindlich vorschreibt. Ausgleichssysteme, die sich in ihrer Funktionsweise von *Ferring* und *Altmark* „grundlegend“ unterscheiden, können vom Grundsatz der Konnexität der individuellen Kosten und Einnahmen des Empfängers abweichen. Die Objektivität und Transparenz der Berechnungsparameter garantieren die Bestimmbarkeit der Mehrkosten und dienen als Substrat der Saldierungsmethode.

Worin unterscheidet sich jedoch „grundlegend“ das Ausgleichssystem in *BUPA* von bisher beurteilten Systemen? Die Besonderheit des Systems liegt – wie vom Gericht angedeutet⁷⁴² – im Umstand, dass alle Marktteilnehmer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterworfen sind, die Aufgabenverhinderung aber nicht darin zu sehen ist, dass die Erbringung der DAWI an sich defizitär und daher wirtschaftlich unzumutbar ist, weshalb die Nettokosten der einzelnen DAWI-Erbringer ausgeglichen werden müssten.

Vielmehr schafft erst eine potentiell vorsätzliche bzw strukturelle Risikoselektion von Versicherten⁷⁴³ die Gefahr einer Aufgabenverhinderung. Die Aufgabenverhinderung manifestiert sich ja nicht in der Natur der DAWI, sondern ausschließlich in einem der DAWI-Erbringung vorgeschaltene potentiellen Marktverhalten (jenem der Risikoselektion bei der Aufnahme von Versicherten), das die Gefahr einer Destabilisierung des Marktes auslöst. Die Mehrkosten können nicht anhand der individuellen Kostenstruktur eines Versicherers, sondern nur auf Grundlage der durchschnittlichen Marktkosten berechnet werden, da erst eine Abweichung der Risikoprofile einzelner Versicherer von diesem Durchschnitt den Markt potentiell destabilisiert.

⁷⁴¹ *Ibid* Rz 237 (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁴² *Ibid* Rz 240.

⁷⁴³ ZB durch gezielte Werbemaßnahmen; im vorliegenden Fall hatte ferner der neu auf den Markt eingetretene Versicherer jüngere Mitglieder, während das durchschnittliche Alter und somit das Risikoprofil der Versicherten des traditionellen Anbieters beträchtlich höher lag.

Der zweideutige Urteilspassus („nicht exakt erfüllen“) lässt offen, ob das EuG die Saldierungsmethode außer Kraft setzt oder bloß modifiziert. Von einer Suspendierung der Saldierungsmethode kann mE nicht gesprochen werden, weil nicht von einer Bestimmung der Mehrkosten an sich, sondern bloß einer Bestimmung der *individuellen* Kosten der Aufgabenerfüller abgesehen wird. Es handelt sich folglich um eine Anpassung der Saldierungsmethode an ein generelles Ausgleichssystem, mit dessen Natur die Saldierungsmethode unvereinbar wäre. Diese Besonderheit macht ein Abweichen von der individuellen Kostenstruktur der Ausgleichsempfänger auf einen anderen Bezugswert notwendig, unter der Bedingung, dass die Berechnung objektiven nachgeprüft werden kann und transparent ist.

4.5.4.5 Fazit

Die gegenwärtige Rechtslage lässt drei Methoden der Ausgleichsberechnung zu. Zum einen bildet der subjektive Kostenansatz in Form der Saldierungsmethode den Regelfall, der von *Ferring* und *Altmark* vorgegeben wird. Als erster Sonderfall der Saldierungsmethode kommt gegenwärtig im Telekommunikations- und zukünftig auch im Postbereich die „Net avoided cost“-Methode zur Anwendung, welche durch einen stärkeren Marktbezug einen objektiven Kostenansatz verkörpert. Der zweite Sonderfall der Saldierungsmethode sieht bei universellen Ausgleichssystemen, die sich von jene des Typus *Ferring* und *Altmark* grundlegend unterscheiden, von einer Berechnung der individuellen Kosten ab, wenn dies der Funktionsweise des spezifischen Ausgleichssystems zuwiderlaufen würde.

4.5.5 Einzelfragen der Ausgleichsberechnung

4.5.5.1 Kostenallokation⁷⁴⁴

Treten Unternehmen, die mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben betraut sind, über die gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten hinaus auch in Wettbewerbsmärkten mit nichtprivilegierten Unternehmen in Konkurrenz, kann es zu wettbewerbsverfälschenden

⁷⁴⁴ Diesem Unterabschnitt ist der Beitrag *Materazzi*, „Chronopost“-Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission, in: *Jaeger* (Hrsg), *Jahrbuch Beihilferecht* (2007), 153ff zugrundegelegt. Der Verf hat zu diesem Zweck den Originalbeitrag gekürzt, aktualisiert und an die Struktur dieser Arbeit angepasst.

Quersubventionierungen von Wettbewerbsaktivitäten kommen, wenn letztere von Unterstützungsmaßnahmen gemeinwirtschaftlicher Aktivitäten profitieren.⁷⁴⁵

Die Kommission geht begrifflich von einer Quersubvention aus, wenn ein Unternehmen

„[...] die in einem räumlichen oder sachlichen Markt anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt abwälzt.“⁷⁴⁶

Die Unterstützung der Wettbewerbsaktivitäten kann durch Einsatz von Finanzmitteln oder Überlassung von Ressourcen erfolgen, die der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten dienen (zB Netzwerkinfrastruktur, Personalüberlassung, Fuhrpark). In diesem Fall stellt sich unter anderem die Frage, ob die Unterstützung der Wettbewerbsaktivitäten als beihilfenrechtlich relevante Begünstigung iSd Art 87 Abs 1 EG zu qualifizieren ist. Für die beihilfenrechtliche Beurteilung konzern- bzw betriebsinterner Kapitalzufuhren kann auf eine etablierte Kommissionspraxis zurückgegriffen werden. Im Gegensatz dazu war bis zum Urteil *Chronopost*⁷⁴⁷ unklar, welcher Maßstab an die Überlassung von Betriebsmitteln angelegt werden sollte.⁷⁴⁸

Im Folgenden wird nach einer Übersicht über wirtschaftswissenschaftliche Kostenkonzepte die Entwicklung der Rechtsprechung bis *Chronopost* zusammengefasst wiedergegeben und auf die Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission zum Themenkomplex Quersubventionen eingegangen. Im Anschluss werden Zusammenhang und Wechselwirkung mit dem Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten illustriert.

4.5.5.1.1 Wirtschaftswissenschaftliche Kostenkonzepte zur Identifizierung von Quersubventionen

Während die Problemstellung der beihilfenrechtlichen Beurteilung von Quersubventionen erst vor nicht allzu langer Zeit ihren Weg in die juristische Auseinandersetzung gefunden

⁷⁴⁵ Eilmansberger, wbl 2004, 101f; Montag/Leibenath, in: Heidenhain (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003), § 27 Rz 2ff; Eilmansberger, RIW 2001, 903.

⁷⁴⁶ Kom, Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABl 1998 C 39/2 Tz 3.1; Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl 1991 C 233/2 Tz 102.

⁷⁴⁷ EuGH, verb Rs C-83/01 P, C-93/01, C-94/01 P, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993.

⁷⁴⁸ Zu *Chronopost* ausführlich Eilmansberger, wbl 2004, 101; Leibenath, EuZW 2003, 509; zu Quersubventionen allgemein Eilmansberger, Quersubventionen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004) 109; Montag/Leibenath, in: Heidenhain (Hrsg), Handbuch § 27; Schnelle/Bartosch, Umfang und Grenzen des EG-wettbewerblchen Verbots der Quersubventionierung, EWS 2001, 411; Britz, DVBl 2000, 1641; Abbamonte, ELRev 1998, 414; Hancher/Buendia Sierra, CMLR 1998, 901; aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive ua Faulhaber, American Economic Review 1975, 966; Heald, Management Account Research 1996, 53; Heald, Annals of Public and Cooperative Economics 1997, 591.

hat, ist die ökonomische Identifizierung von Quersubventionen seit Jahrzehnten Diskussionsgegenstand der Wirtschaftswissenschaften. Die verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Kostenkonzepte sind auch für die beihilfenrechtliche Diskussion von Interesse, da sie sich mit der entscheidenden Frage befassen, welche Kosten einer innerbetrieblichen bzw konzerninternen Leistung verrechnet werden müssen, damit keine Quersubvention vorliegt.⁷⁴⁹ Es können folgende anerkannte wirtschaftswissenschaftliche Kostenkonzepte angeführt werden:

Der „Incremental costs“-Ansatz verneint das Vorliegen einer Quersubvention schon dann, wenn die leistungsspezifischen Zusatzkosten der zusätzlichen Wettbewerbsaktivität vergütet werden. Incremental costs (IC) werden definiert als Zusatzkosten, die durch die zusätzliche wettbewerbliche Aktivität entstehen.⁷⁵⁰ Zur Bestimmung von Quersubventionselementen kann auch auf die „Stand alone costs“ (SAC) zurückgegriffen werden. SAC umfassen alle fixen und variablen Kosten, die für die spezifische Aktivität, würde sie von allen anderen Aktivitäten isoliert erbracht werden, anfallen.⁷⁵¹ Die nach ihrem Entwickler benannte Faulhaber-Formel⁷⁵² kombiniert diese beiden Konzepte und verneint das Vorliegen einer Quersubvention, wenn die Vergütungshöhe zwischen den IC und den SAC liegt.⁷⁵³

Alternativ wird nach dem Vollkostenansatz („Fully distributed cost“; FDC) über die IC hinaus auch ein Teil der Gemeinkosten (gemeinsame/indirekte Fixkosten) im Ausmaß ihrer Beanspruchung (anteilige Vollkosten) verrechnet.⁷⁵⁴ Der Vollkostenansatz ist in der

⁷⁴⁹ Vgl. *Leibenath*, EuZW 2003, 509.

⁷⁵⁰ *Eilmansberger*, wbl 2004, 103; *Abbamonte*, ELRev 1998, 416; *Heald*, Management Account Research 1996, 58f; Kom-E 2001/354/EG, *Deutsche Post AG*, ABl 2001 L 125/27 Tz 9. Es handelt sich um jene fixen und variablen Kosten, die allein aufgrund der spezifischen Aktivität entstehen und daher bei Einstellung dieser Aktivität wegfallen würden. Nicht enthalten sind die Gemeinkosten, die aus der Nutzung gemeinsamer Ressourcen herrühren (das sind jene Kosten, die sich keiner Aktivität eindeutig zuordnen lassen).

⁷⁵¹ *Heald*, Management Account Research 1996, 57; *Eilmansberger*, wbl 2004, 104; *Abbamonte*, ELRev 1998, 416. Dieser Maßstab schließt somit das Vorliegen einer Quersubvention erst dann aus, wenn über die IC hinaus auch alle Gemeinkosten vergütet werden. Es werden daher sämtliche Kosten verrechnet, die bei alleiniger Nutzung der Ressourcen angefallen wären.

⁷⁵² *Faulhaber*, American Economic Review 1975, 966 (ua zit nach *Abbamonte*, ELRev 1998, Fn 7).

⁷⁵³ *Montag/Leibenath*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch § 27 Rz 7; *Abbamonte*, ELRev 1998, 416f; vgl. Kom-E 2001/354/EG, *Deutsche Post AG*, ABl 2001 L 125/27 Tz 6: „Aus ökonomischer Sicht liegt eine „Quersubventionierung“ dann vor, wenn auf der einen Seite die Erlöse einer Dienstleistung nicht zur Deckung der auf diese Dienstleistung entfallenden spezifischen Zusatzkosten (incremental costs) ausreichen und auf der anderen Seite eine Dienstleistung oder ein gesamter Unternehmensbereich vorhanden ist, dessen Erlöse die „Stand-alone“-Kosten übersteigen. Die Überdeckung der Stand-alone-Kosten zeigt die Quelle der Quersubvention an, die Unterdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten deren Ziel“.

⁷⁵⁴ *Montag/Leibenath*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch § 27 Rz 8; *Eilmansberger*, wbl 2004, 104. Vollkostenansatz (FDC) und Faulhaber-Formel können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Gemein ist den beiden Konzepten, dass eine Vergütung nach den FDC jedenfalls im quersubventionsfreien Bereich der Faulhaber-Formel angesiedelt ist.

wirtschaftswissenschaftlichen Literatur äußerst umstritten, da sich die FDC-Methode unterschiedlicher algorithmischer Berechnungsmethoden bedient, die in ihren Ergebnissen signifikant differieren⁷⁵⁵ und zu suboptimalen Ressourcenallokationen führen können.⁷⁵⁶ Die Ungeeignetheit der FDC-Methode zur Identifizierung von Quersubventionierungselementen wird in der Wirtschaftswissenschaft schon seit Jahrzehnten thematisiert. Ungeachtet dessen wählen Regulierungsbehörden im Regelfall den FDC-Ansatz als Beurteilungsmaßstab.⁷⁵⁷

4.5.5.1.2 Chronopost und Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission

4.5.5.1.2.1 Von *SFEI* bis *Chronopost*

Die beihilfenrechtliche Beurteilung konzerninterner Leistungen, die im Konzernverbund von der Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft erbracht werden, ist zentraler Streitgegenstand einer langjährigen Serie von Kommissionsentscheidungen und Urteilen der Gemeinschaftsgerichte, in denen die französische Post (*La Poste*) im Mittelpunkt steht.

Umgekehrt kann ein innerbetrieblicher Verrechnungspreis iSd Faulhaber-Formel nach dem FDC-Konzept das Vorliegen einer Quersubvention begründen. Die Diskrepanz rührt aus dem Umstand, dass die Faulhaber-Formel einen Gemeinkostenbeitrag im Ausmaß der Inanspruchnahme nicht zwingend vorsieht, der FDC-Ansatz im Gegensatz dazu die Fehlallokation von Gemeinkosten als Quelle von Quersubventionen betrachtet. Beide Methoden können daher zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, wenn mit der Faulhaber-Formel im Einklang stehende Verrechnungspreise den FDC-Vergütungsstandard unterschreiten. Derartige Konstellationen können insbesondere im Rahmen von Netzwerkindustrien auftreten, wo durch Nutzung von Skaleneffekten und freien Kapazitäten IC sehr niedrig und SAC äußerst hoch sein können, vgl. *Abbamonte*, ELRev 1998, 417

⁷⁵⁵ Gesprochen wird sogar von einer „Illusion einheitlicher Ergebnisse“, die im Ansatz verworfen werden müsse, *Ahmed/Scapens*, Cost allocation theory and practice: the continuing debate, in: *Ashton/Hopper/Scapens* (Hrsg), Issues in Management Accounting 39ff (zit nach *Heald*, Contrasting approaches to the “problem” of cross subsidy, Management Account Research 1996, 56). Die einzige Gemeinsamkeit, welche die FDC-Methode überhaupt als Methode zu beschreiben erlaube, äußere sich darin, dass sämtliche Kosten zugeordnet werden müssen. Daraus lassen sich weder Anteil an den Gemeinkosten noch die Kostenstellen ermitteln, *Heald*, Management Account Research 1996, 56; *ders*, Annals of Public and Cooperative Economics 1997, 595: “What enables FDC to be described as a single method is solely that all costs must be allocated to outputs, whatever the proportion of common costs and the elusiveness of cost drivers”. Ein bestimmter Verteilungsschlüssel, der aus theoretischen oder praktischen Gründen als der richtige anzusehen wäre, existiere nicht, weil eine verursachungsgerechte Aufteilung *per definitionem* gar nicht möglich sei. Aus diesen Gründen wurde der normative Begriff der internen Subventionierung und seine spieltheoretische Weiterentwicklung („moderner Begriff“) konzipiert, *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung (1999) 139ff.

⁷⁵⁶ *Abbamonte*, ELRev 1998, 417ff: die Rigidität des Vollkostenansatzes gegenüber der flexibleren Faulhaber-Regel schließt unter Effizienzgesichtspunkten das Risiko ein, freie Produktionskapazitäten bzw Skaleneffekte ungenügend nützen zu können und so durch fehlende Aktivierung von Synergien Wohlstandsverluste in Form erhöhter Verbraucherpreise zu verursachen.

⁷⁵⁷ *Brown/Sibley*, The Theory of Public Utility Pricing (1986) 2f: “Typically, regulatory bodies choose some form of Fully Distributed Cost (FDC) standard to test for cross subsidy. Beginning in the 1970s economics began to formulate a more careful theory of cross subsidy. Under this theory, a cross subsidy is said to exist where there is an incentive for one or more groups of customers of a public utility to desert the public utility and choose to be served by a firm catering to their demands, on a stand-alone basis. A subsidy-free set of prices is one such that no group of customers is paying more than its stand-alone cost and the regulated firm covers all its fixed costs. An equivalent instrument is that the regulated firm break even with each customer group paying at least the incremental cost of serving it. In this framework, economists have shown that FDC cost standards have no meaning as tests for cross subsidy” (zit nach *Heald*, Management Account Research 1996, Fn 4).

La Poste gewährte als Monopolist ihrer Tochter *SFMI-Chronopost*, die im Bereich der Expressdienste tätig war, logistische⁷⁵⁸ und kommerzielle⁷⁵⁹ Unterstützung. Mit der von Wettbewerbern von *La Poste* erhobenen Behauptung, die Vergütung der Unterstützungsleistungen sei nicht marktkonform und daher eine unzulässige Beihilfe, befasste sich der EuGH erstmals im Urteil *SFEI* vom 11.7.1996 im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens. Der EuGH stellte zu diesem Zeitpunkt fest, dass nach dem Privatinvestorgrundsatz eine innerbetriebliche bzw konzerninterne Unterstützungsleistung den Empfänger begünstige, wenn sie ohne normale Gegenleistung gewährt werde.⁷⁶⁰ Es sei daher zu bestimmen,

„ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es *unter normalen Marktbedingungen* nicht erhalten hätte [...] Eine solche Bewertung setzt eine wirtschaftliche Analyse voraus, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts für die erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen.“⁷⁶¹

Damit hat der Gerichtshof den Privatinvestorgrundsatz auf Quersubventionen im Konzernverbund grundsätzlich für anwendbar erklärt, gleichzeitig jedoch die Gestalt des vergleichsweise heranzuziehenden Privatinvestors⁷⁶² offen gelassen.⁷⁶³

Der Kommissionsentscheidung *SFMI-Chronopost* vom 1.10.1997⁷⁶⁴ lag ein Privatinvestor zugrunde, der exakt dem zu prüfenden Monopolunternehmen entspricht, sich von konzernstrategischen Überlegungen leiten lässt und über freie Kapazitäten verfügt. Vergleichsmaßstab sei die Vergütungshöhe eines Geschäfts zwischen der Muttergesellschaft, die sehr wohl eine Monopolstellung einnehmen könne, und ihrer Tochtergesellschaft. Werden die anteiligen Vollkosten vergütet, so liege keine Beihilfe vor.⁷⁶⁵

⁷⁵⁸ Infrastruktur, insbesondere das Schalter- und Verteilernetz.

⁷⁵⁹ Werbung und Zugang zum Kundenstamm.

⁷⁶⁰ EuGH, Rs C-39/94, *SFEI*, Slg 1996, I-3547 Rz 57 (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁶¹ *Ibid* Rz 60f.

⁷⁶² Ein unter „normalen Marktbedingungen“ tätiges Unternehmen; s *Eilmansberger*, wbl 2004, 104 und *Leibenath*, EuZW 2003, 509.

⁷⁶³ *Montag/Leibenath*, in: *Heidenhain (Hrsg), Handbuch* § 27 Rz 14.

⁷⁶⁴ Kom-E 98/365/EG, *SFMI-Chronopost*, ABl 1998 L164/37.

⁷⁶⁵ *Ibid* 45; „Die Tatsache, dass das Geschäft zwischen einem auf einem ausschließlichen Markt tätigen Unternehmen und seiner Tochtergesellschaft, die eine dem freien Wettbewerb offenstehende Tätigkeit ausübt, stattfindet, ist in der vorliegenden Rechtssache irrelevant“. In diesem Zusammenhang sind andere Varianten des Privatinvestormaßstabs vorstellbar: So kann man sich einen Privatinvestor vorstellen, der über keine Monopolstellung auf dem Primärmarkt verfügt und unter Wettbewerbsbedingungen agiert, jedoch in der Lage ist, im Konzernverbund Skalen- und Synergieeffekte zu aktivieren. Die restriktivste Variante des Privatinvestors ist jene eines Unternehmens, das seine

Das EuG erklärte die Kommissionsentscheidung mit dem Urteil *Ufex* vom 14.12.2000 für nichtig. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass *La Poste* gerade durch ihre Monopolstellung die fraglichen Leistungen in Vergleich zu einem Privatunternehmen ohne Sonderrechte möglicherweise billiger hätte anbieten können. Nach Ansicht des EuG hätte als Vergleichsmaßstab ein unter Wettbewerbsbedingungen agierendes Privatunternehmen ohne Monopolstellung auf dem Primärmarkt herangezogen werden müssen.⁷⁶⁶

Mit dem *Chronopost*-Urteil vom 3.7.2003⁷⁶⁷ kassierte der EuGH das Urteil des EuG auf. Die Würdigung des EuG erkenne, dass sich ein Unternehmen wie die Post in einer ganz anderen Situation befinde als ein privates Unternehmen, das unter normalen Marktbedingungen tätig sei.⁷⁶⁸ Der Gerichtshof führt hierzu aus:

„Denn die Post ist mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) betraut [...]. Aufgrund der Besonderheiten der Dienstleistung, deren Erbringung das Netz der Post ermöglichen muss, gehorchen die Errichtung und Aufrechterhaltung dieses Netzes nicht rein kommerziellen Erwägungen. [...] Ufex u. a. haben im Übrigen eingeräumt, dass es ein Netz wie das, das SFMI-Chronopost habe nutzen können, auf dem Markt nicht gibt. Dieses Netz wäre daher von einem privaten Unternehmen niemals errichtet worden. Außerdem ist die logistische und kommerzielle Unterstützung untrennbar mit dem Netz der Post verbunden, da sie gerade darin besteht, dieses Netz, das auf dem Markt ohne Entsprechung ist, zur Verfügung zu stellen. Da es unmöglich ist, die Situation der Post mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, die keine Monopolstellung hat, sind die zwangsläufig hypothetischen „normalen Marktbedingungen“ daher anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln. Im vorliegenden Fall können die Aufwendungen der Post für die logistische und kommerzielle Unterstützung ihrer Tochtergesellschaft solche objektiven und nachprüfbaren Faktoren darstellen. Hiervon ausgehend kann eine staatliche Beihilfe [...] ausgeschlossen werden, wenn zum einen festgestellt wird, dass die verlangte Gegenleistung vereinbarungsgemäß alle variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit von SFMI-Chronopost eingesetzt wird, umfasst, und zum anderen kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgesetzt worden sind.“⁷⁶⁹

Mit *Chronopost* wurde nicht nur die Variante des Privatinvestortests abgelehnt, die ein im Wettbewerb stehendes Privatunternehmen als Referenzwert hat, sondern dem Privatinves-

Leistung außerhalb des Konzernverbundes einem Dritten erbringt und dafür Marktpreise verlangt, *Eilmansberger*, wbl 2004, 104.

⁷⁶⁶ EuG, Rs T-613/97, *Ufex*, Slg 2000, II-4055 Rz 75: Die Kom hätte überprüfen müssen, ob die Vollkosten „den Faktoren entsprachen, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung der Vergütung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen. So hätte die Kommission zumindest untersuchen müssen, ob die von der Post empfangene Gegenleistung mit derjenigen vergleichbar war, die eine private Finanzgesellschaft oder eine private Unternehmensgruppe gefordert hätte, die keine Monopolstellung hat und eine längerfristige globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt“.

⁷⁶⁷ EuGH, verb Rs C-83/01 P, C-93/01, C-94/01 P, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993.

⁷⁶⁸ *Ibid* Rz 33; krit *Eilmansberger*, RIW 2001, 906ff; *Montag/Leibenath*, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch § 27 Rz 19ff.

⁷⁶⁹ *Ibid* Rz 34ff.

tortest insgesamt als taugliches Instrument zur beihilfenrechtlichen Identifizierung begünstigender Elemente eine Absage erteilt. Zum anderen hat sich durch das Urteil der Vollkostenansatz als Beurteilungsmaßstab etabliert.

Nach Zurückverweisung der Rechtssache an das EuG fällte das Gericht am 7.6.2006 neuerlich ein Urteil und erklärte die Kommissionsentscheidung *SFMI-Chronopost* zum wiederholten Male für nichtig.⁷⁷⁰ Dieses Urteil des EuG wurde wiederum im Berufungsverfahren durch das Urteil *Chronopost II*⁷⁷¹ des EuGH aufgehoben, weshalb die Rechtslage nach *Chronopost* weiterhin gilt. Hiermit hat der sechzehnjährige Disput vor den Gerichten der Gemeinschaft vorläufig sein Ende gefunden.

4.5.5.1.2.2 Kommissionsentscheidung *La Banque Postale*

In *La Banque Postale*⁷⁷² bot sich der Kommission erstmals die Gelegenheit, das *Chronopost*-Urteil anzuwenden. Frankreich hatte beschlossen, die Bank- und Finanzdienstleistungen der französischen Post (*La Poste*) an die gänzlich in ihrem Eigentum befindliche Tochtergesellschaft *Banque Postale* auszugliedern. Die durch die Aktivitäten der Tochtergesellschaft anfallenden Personalkosten sollten von der Muttergesellschaft rückverrechnet werden. *La Poste* bediente sich zur Allokation der Gemeinkosten eines Kostenrechnungssystems, in dessen Rahmen zunächst die Nettokosten der DAWI berechnet wurden. Die Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Raumordnungsverpflichtungen wurden in Folge von den Gemeinkosten (das sind die indirekten Fixkosten) des Schalernetzes abgezogen. Der Saldo wurde schließlich zur Gänze auf die einzelnen Aktivitäten der Post im Verhältnis zu ihren „Stand alone costs“ verteilt.⁷⁷³ Zur Bestimmung der Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Raumordnungsverpflichtungen wendete *La Poste* die „Net Avoided Cost“-Methode an.⁷⁷⁴

Die Kommission entschied, dass die Voraussetzungen zur Anwendung von *Chronopost* gegeben waren und die Vergütung sich daher an den Realkosten der Post und nicht an

⁷⁷⁰ EuG, Rs T-613/97, *Ufex II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht. Für eine Kritik an *Ufex II* siehe Berg, EStAL 2/2007, 306.

⁷⁷¹ EuGH, Rs C-361/06 P, *Chronopost II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

⁷⁷² Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin (in frz Sprache verfügbar); s Pressemitteilung IP/05/1654.

⁷⁷³ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 131.

⁷⁷⁴ Zu dieser Methode siehe oben Pkt 4.5.4.3.

einer hypothetischen Bewertung des Postvermögens orientieren müsse.⁷⁷⁵ Die Vorgaben des Urteils wurden in ein mehrstufiges, durch ergänzende Erläuterungen präzisiertes Prüfungsschema gegossen:

In einem ersten Schritt wurde die Berechnungsgrundlage der Gesamtkosten der Muttergesellschaft auf begünstigende Elemente hin untersucht. Dabei darf die Bemessungsgrundlage für die der Post durch die Erbringung wirtschaftlicher Tätigkeiten entstehenden Gesamtkosten, die als Berechnungsgrundlage für die Vergütung dient, nicht zu niedrig angesetzt sein, weshalb die Finanzierung der Tochtergesellschaft zu Marktbedingungen zu erfolgen hat und etwaige Steuervergünstigungen auf Ebene der Muttergesellschaft, die mit den gemeinwirtschaftlichen Aktivitäten im Zusammenhang stehen, auf Ebene der Tochtergesellschaft neutralisiert werden müssen.⁷⁷⁶ Die Berechnung der Kosten der Dienstleistungserbringung an die Tochtergesellschaft muss ihrerseits auf Kostenrechnungsgrundsätzen beruhen, die konsequent anzuwenden und objektiv zu rechtfertigen sind.

In einem zweiten Schritt überprüfte die Kommission, ob die von der Tochtergesellschaft im Rahmen der Dienstleistungsverträge gezahlte Vergütung auch tatsächlich den anteiligen Betrag zu den Vollkosten deckte.⁷⁷⁷

Die Kommission wendete bei der Kostenallokation folgende Grundsätze an: Zunächst wurden direkte von indirekten Fixkosten unterschieden; direkte Fixkosten sind einer Aktivität nach dem Verursachungsprinzip unmittelbar zurechenbar. Bei indirekten Fixkosten ist eine unmittelbare Zurechnung nicht oder nur schwer möglich. In Anlehnung an die Urteilspassage „Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes“ müssen die Wettbewerbsaktivitäten einen angemessenen Teil der Erhaltungskosten des öffentlichen Postnetzes – das sind die gemeinsamen Fixkosten der Wettbewerbsaktivitäten und des Universaldienstes – decken. Daran anknüpfend umfasst die Berechnungsgrundlage, welche die Tochtergesellschaft zu vergüten hat,

- alle variablen Kosten, die durch die Leistungserbringung zusätzlich anfallen,
- alle Fixkosten, die der Leistung direkt zurechenbar sind,

⁷⁷⁵ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 80.

⁷⁷⁶ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin, Pkt 6.2.

⁷⁷⁷ *Ibid* Tz 82f.

- einen angemessenen Anteil an den indirekten Fixkosten (gemeinsamen Fixkosten), der proportional zur tatsächlichen Inanspruchnahme des Postnetzes steht, und
- eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals, soweit es für Wettbewerbsaktivitäten der Tochtergesellschaft eingesetzt wird.⁷⁷⁸

Die Allokation der indirekten (gemeinsamen) Kosten erfolgte nach den Vorgaben des Art 14 Abs 3 lit b) der Postbinnenmarkt-RL⁷⁷⁹, die eine Aufschlüsselung aller Kosten verlangt. Ein Teil der gemeinsamen Kosten lässt sich iSd Art 14 Abs 3 lit b) i) und ii) der RL aufschlüsseln und der entsprechenden Aktivität zuordnen (zB gemeinsamer Support wie Logistik, IT-Dienste oder Fortbildungsmaßnahmen).

Die Kommission stellte in ihrer Bewertung des Kostenrechnungssystems von *La Poste* fest, dass die Nettokosten der DAWI quantifiziert und korrekt zugeordnet wurden. Dies stelle sicher, dass der im Wettbewerbsbereich ausschließlich durch die DAWI generierte Mehrumsatz den Wettbewerbsaktivitäten keinen indirekten Vorteil verschaffe. Eine solche Vorgangsweise war aus Sicht der Kommission mit dem Gemeinschaftsrahmen für Ausgleichsbeihilfen in der Daseinsvorsorge kompatibel, der von der Sorge getragen werde, dass nur die Kosten den DAWI zugewiesen werden, die mit der Erbringung der DAWI im Zusammenhang stehen. Die Kommission kam zum Ergebnis, dass im vorliegenden Fall die Zuordnung der Gemeinkosten auf der Grundlage einheitlich angewandter und sachlich zu rechtfertigender Grundsätze der Kostenrechnung im Sinne der Transparenz-RL⁷⁸⁰ erfolgt war und eine entsprechende Vergütung auch tatsächlich sichergestellt sei. Nach erfolg-

⁷⁷⁸ *Ibid* Tz 85ff.

⁷⁷⁹ Art 14 Abs 3 RL 97/67/EG, ABl 1998 L 15/14: „Bei den Kostenrechnungssystemen [...] werden [...] die Kosten jedem der reservierten Dienste und den nichtreservierten Diensten wie folgt zugerechnet:

a) Kosten, die sich einem bestimmten Dienst unmittelbar zuordnen lassen, werden entsprechend zugeordnet;
b) *gemeinsame Kosten, d. h. Kosten, die sich nicht unmittelbar einem bestimmten Dienst zuordnen lassen*, werden wie folgt umgelegt:

i) möglichst aufgrund einer direkten Analyse des Kostenursprungs;
ii) ist eine direkte Analyse nicht möglich, so werden die gemeinsamen Kostenkategorien aufgrund einer indirekten Verknüpfung mit einer anderen Kostenkategorie oder einer Gruppe von Kostenkategorien umgelegt, für die eine direkte Zuordnung oder Aufschlüsselung möglich ist; die indirekte Verknüpfung stützt sich auf vergleichbare Kostenstrukturen;
iii) lassen sich weder direkte noch indirekte Maßnahmen der Kostenaufschlüsselung anwenden, so wird die Kostenkategorie aufgrund eines allgemeinen Schlüssels umgelegt, der aus dem Verhältnis zwischen allen direkt oder indirekt umgelegten oder zugeordneten Ausgaben für den einzelnen reservierten Dienst einerseits und den anderen Diensten andererseits errechnet wird“ (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁸⁰ Art 3a Abs 1 RL 80/723/EWG ABl 1980 L 195/35, zuletzt geändert durch RL 2005/81/EG, ABl 2005 L 312/47: „[D]ie Mitgliedstaaten [ergreifen] die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß bei jedem Unternehmen, das zu einer getrennten Buchführung verpflichtet ist,

a) die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen entsprechen, getrennt geführt werden,
b) alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage *einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze* korrekt zugeordnet und zugewiesen werden“ (Hervorhebung des Verfassers).

reichem Durchlaufen des *Chronopost*-Prüfungsschemas verneinte die Kommission die Beihilfeneigenschaft der notifizierten Maßnahme.⁷⁸¹

4.5.5.1.3 Fazit

4.5.5.1.3.1 Vollkosten als konsolidierter Beurteilungsmaßstab

Die Transparenz-RL verpflichtete schon bisher Unternehmen, die vom Anwendungsbereich der RL erfasst sind, zur getrennten Buchführung von wettbewerblichen und privilegierten Geschäftsbereichen. Den Geschäftsbereichen müssen jeweils „alle Kosten und Erlöse“ zugeordnet werden.⁷⁸² Die Kostenallokationspflicht der Transparenz-RL beantwortet jedoch noch nicht die Frage, nach welcher Methode die Kosten - insbesondere die Gemeinkosten – zugeordnet werden sollen. Die Zuordnung wird durch die getrennte Buchführung bloß ersichtlich und nachvollziehbar gemacht, nicht materiellrechtlich determiniert.⁷⁸³ Die Transparenz-RL ordnet dennoch an, dass die Kostenallokation „auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze“⁷⁸⁴ und daher in nachvollziehbarer Weise erfolgen muss. Eine ähnliche Formulierung findet sich in der Postbinnenmarkt-RL, die im vorliegenden Fall anwendbar ist.⁷⁸⁵ Aus Sicht der Kommission ist der in der Transparenz-RL normierte Grundsatz einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze Baustein und Leitprinzip des *Chronopost*-Prüfungsschemas.⁷⁸⁶ Die Kommission geht dabei zutreffenderweise von der Annahme aus, dass Transparenz und Schlüssigkeit des Kostenrechnungssystems unabdingbare Voraussetzungen sind, um iSd Urteilswortlauts keinen Grund zu der Annahme bestehen zu lassen, „dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgelegt worden sind“⁷⁸⁷. Der *Chronopost*-Vollkostenansatz

⁷⁸¹ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 140ff.

⁷⁸² Art 3a Abs 1 lit b) Transparenz-RL.

⁷⁸³ *Eilmansberger*, Die Verpflichtung öffentlicher Unternehmen durch die Transparenz-Richtlinie, in: *Schroeder/Weber* (Hrsg), *Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht* (2004), 46.

⁷⁸⁴ Art 3a Abs 1 lit b) Transparenz-RL.

⁷⁸⁵ Art 14 Abs 2 RL 97/67/EG, ABl 1998 L 15/14: „Die Anbieter von Universaldienstleistungen führen in ihren internen Kostenrechnungssystemen getrennte Konten zumindest für jeden Dienst des reservierten Bereichs einerseits und für die nichtreservierten Dienste andererseits. [...] Die internen Kostenrechnungssysteme funktionieren auf der Grundlage *einheitlich angewandter und sachlich zu rechtfertigender Grundsätze der Kostenrechnung*“ (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁸⁶ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 82 und 164.

⁷⁸⁷ EuGH, verb Rs C-83/01, C-93/01 und C-94/01, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993 Rz 40.

ist insofern als materiellrechtliche Ausgestaltung der einheitlich angewandten und objektiv gerechtfertigten Kostenrechnungsgrundsätze zu verstehen.

Mit *La Banque Postale* erfährt der Vollkostenansatz nach dem *Chronopost*-Urteil als gemeinschaftsrechtlicher Beurteilungsmaßstab von Quersubventionierungen eine weitere Konsolidierung. Der Vollkostenansatz etabliert sich – ungeachtet seiner ökonomischen Fragwürdigkeit⁷⁸⁸ – als Instrument des Wettbewerbsschutzes, der im Gemeinschaftsrecht auch sektoriellen Regulierungsmaßnahmen zugrunde gelegt wird. So enthält die Art 19 Abs 3 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL und 13 Abs 3 Gasbinnenmarkt-RL die Anweisung, die Konten getrennter Geschäftsbereiche wie getrennte Unternehmen zu führen.⁷⁸⁹ Da ein getrenntes Unternehmen für seine Gemeinkosten selbst aufkommen muss, sind die Gemeinkosten unzweifelhaft iSd Vollkostenansatzes zur Gänze aufzuschlüsseln.

4.5.5.1.3.2 Anteilige Vollkosten und Überdeckungsverbot in der Daseinsvorsorgefinanzierung

Die Verrechnungspflicht der anteiligen Vollkosten lässt sich auch mit jenen Prinzipien begründen, die auf staatliche Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI Anwendung finden. Aus dem Urteil *TNT Traco* geht nämlich hervor, dass die Kosten der Wettbewerbsaktivitäten nicht den DAWI aufgebürdet werden dürfen, da ansonsten die Belastungen der DAWI und deren Verluste ohne Rechtfertigung erhöht würden.⁷⁹⁰ Erstreckt sich ein Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten hingegen auf sämtliche Gemeinkosten, so hat dies zur Folge, dass die gemeinwirtschaftlichen Leistungen die Wettbewerbsaktivitäten finanzieren und mehr als die Nettokosten der DAWI kompensiert werden. Zum gleichen Resultat gelangt man, wenn aus spiegelverkehrter Betrachtung den wettbewerblichen Aktivitäten nur die leistungsspezifischen Zusatzkosten verrechnet werden. In diesem Fall werden die gemeinwirtschaftlich bedingten Mehrkosten in unverhältnismäßiger Weise erhöht, da ein Ausgleich des Teils der Gemeinkosten, der nicht durch die Erbringung der DAWI verur-

⁷⁸⁸ Siehe oben Pkt 4.5.5.1.1.

⁷⁸⁹ Art 19 Abs 3 RL 96/92/EG ABI 2003 L 176/37: „[...] Elektrizitätsunternehmen [führen] in ihrer internen Rechnungslegung jeweils getrennte Konten [...] in derselben Weise, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden“; Art 13 Abs 3 RL 98/30/EG ABI 1998 L 204/1: (3) „[...] Erdgasunternehmen [führen] in ihrer internen Buchführung [...] getrennte Konten [...] in derselben Weise, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Firmen ausgeführt würden“ (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁹⁰ EuGH, Rs C-340/99, *TNT Traco*, Slg 2001, I-4109 Rz 58.

sacht wird, gemäß Art 86 Abs 2 zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Sonderaufgabe nicht erforderlich ist. Insofern lässt sich der Vollkostenansatz auch mit dem Überdeckungsverbot von Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge rechtfertigen.⁷⁹¹

Das Trennungsgebot zwischen Kosten wettbewerblicher und gemeinwirtschaftlicher Aktivitäten wird auch im Non-Paper der Kommission zu DAWI und staatlichen Beihilfen aus 2002 formuliert: Bei getrennter Buchführung muss die Aufschlüsselung der Fixkosten in kohärenter Anwendung objektiv rechtfertigbarer Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen. Die Kosten wettbewerblicher Aktivitäten müssen eindeutig ermittelt und dürfen weder ganz noch teilweise den Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen zugerechnet werden. Werden für beide Arten von Aktivitäten dieselben Ressourcen eingesetzt, muss eine Kostenaufschlüsselung nach objektiv gerechtfertigten Kriterien erfolgen.⁷⁹²

4.5.5.1.3.3 Der „angemessene Beitrag“ zu den Gemeinkosten

Eine weitere Präzisierung hat die Kommission in der vom Gerichtshof offen gelassenen Frage getroffen, was unter einem „angemessenen Beitrag“ zu den Gemeinkosten zu verstehen ist. Wie von *Eilmansberger* beschrieben, sind für die Berechnung des angemessenen Gemeinkostenanteils mehrere Vorgangsweisen denkbar. Zunächst kann der Beitrag an die Intensität der Inanspruchnahme der gemeinsamen Ressourcen in zeitlicher oder räumlicher Hinsicht gekoppelt werden. Eine andere Möglichkeit wäre, die durch Nutzung der gemeinsamen Einrichtungen lukrierten Umsätze oder Gewinne als Referenzwerte heranzuziehen.⁷⁹³

Die Kommission scheint erstere Variante zu bevorzugen. In ihrer allgemeinen Erläuterung des *Chronopost*-Bezugsrahmens fordert sie einen angemessenen Deckungsbeitrag zu den gemeinsamen Fixkosten im Verhältnis zur tatsächlichen Inanspruchnahme des Postnetzes.⁷⁹⁴ Damit ist freilich noch nicht geklärt, wie eine solche verhältnismäßige tatsächliche Inanspruchnahme zu berechnen ist. Eine undifferenzierte Tragung der Gemeinkosten zu gleichen Teilen widerspricht jedenfalls dem Gebot einer

⁷⁹¹ *Eilmansberger*, wbl 2004, 109.

⁷⁹² Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002 Tz 91.

⁷⁹³ *Eilmansberger*, wbl 2004, 107; *ders*, Quersubventionen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004), 121.

⁷⁹⁴ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 87: « Le caractère adéquat de la contribution aux coûts fixes doit s'estimer en fonction de l'utilisation relative du réseau postal par les activités concernées » (Hervorhebung hinzugefügt).

verursachungsgerechten verhältnismäßigen Kostenverteilung. Für letztere sei als Indiz der sektorielle Ansatz des Art 14 Abs 3 lit b) der Postbinnenmarkt-RL⁷⁹⁵ angeführt, wo eine stufenweise Kostenaufschlüsselung detailliert beschrieben wird. Selbst Gemeinkosten der Kategorie Art 14 Abs 3 lit b) iii – das sind solche, die weder direkten noch indirekten Maßnahmen der Kostenaufschlüsselung zugänglich sind – sind proportional zu den aufschlüsselbaren Ausgaben der verschiedenen Dienste aufzuteilen.

Die Koppelung des Beitrags an Umsatzzahlen und Gewinnspannen wurde hingegen von der Kommission in der Entscheidung *Post Office Limited* vom 7.3.2007 als zulässig erachtet.⁷⁹⁶ Dies ist insofern verwunderlich, als solche Referenzwerte eine tatsächliche Inanspruchnahme ungenügend widerspiegeln und sich hohe Umsätze und Gewinne auch mit geringem Ressourcenverbrauch erzielen lassen.

In diesem Sinne kritisiert die Folgeentscheidung *Post Office Limited transformation programme* vom 28.11.2007 diese umsatzbezogene Allokation als extrem einfache Methode, die nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führe, da sie vor allem eine Unterschätzung des Verbrauchs von Inputs riskiere. Zu bevorzugen seien ABC-Systeme („activity-based costing“), die den Ressourcenverbrauch besser widerspiegeln würden. Im konkreten Fall wurde eine Kostenzuordnung nach Umsatzzahlen dennoch akzeptiert, da der Ausgleich die ermittelten Nettokosten beträchtlich unterschritt.⁷⁹⁷

Der Vorstellung der Kommission entsprach die Allokationsmethode in *Posten AB* vom 22.11.2006. Dort wurden die Kosten nach dem Faktor zugeordnet, der der Natur der betroffenen Leistung am besten entsprach. So wurden die Leistungen von Callcenter, Rechtsabteilung, Produktions- und Sicherheitspersonals nach beanspruchter Arbeitszeit, IT-Dienste hingegen nach der Zahl der Nutzer vergütet.⁷⁹⁸

Es dürfte letztlich anzunehmen sein, dass sich eine Allokationsmethode von einer verhältnismäßigen Kostenverursachung leiten lassen muss, um den Vorgaben der Kommission zu entsprechen. Dabei kann es keine einheitliche Formel geben, da es stark von den Umständen des Einzelfalls abhängt, welche Zuordnungsparameter am ehesten sachgerecht

⁷⁹⁵ Siehe Fn 779.

⁷⁹⁶ Kom-E N 822/2006 vom 7.3.2007, *Post Office Limited*, C(2007) 653 fin Tz 39ff.

⁷⁹⁷ Kom-E N 388/2007 vom 28.11.2007, *Post Office Limited transformation programme*, C(2007) 5623fin Tz 60f.

⁷⁹⁸ Kom-E N 642/05 vom 22.11.2006, *Compensation to Posten AB for providing basic payment and cash facilities services*, C(2006) 5481fin Tz 40ff.

sind.⁷⁹⁹ Die Kommission verwendet oft die unbestimmten Begriffe „Fairness“, „Adäquanz“ oder „Sorgfältigkeit“ der Methode.⁸⁰⁰ Gleichzeitig hat eine inadäquate Allokationsmethode nicht automatisch die Unzulässigkeit des Ausgleichs zur Folge, solange eine Überkompensierung aus anderen Gründen ausgeschlossen werden kann, etwa weil der Ausgleichsbetrag deutlich unter den geschätzten Nettokosten liegt. Umgekehrt muss die Methode umso sachgerechter sein, wenn ein vollständiger Verlustausgleich angestrebt wird, weil in diesem Fall auch kleinere Zuordnungsmängel eine Überkompensierung verursachen können.

4.5.5.1.3.4 Gemeinschaftsrahmen

Der Gemeinschaftsrahmen hat die Methode der Kostenaufschlüsselung durch eine Übernahme der *Chronopost*-Grundsätze festgelegt. So führt der Gemeinschaftsrahmen zu den Grundsätzen der Kostenallokation aus:

„Die **zu berücksichtigenden Kosten** umfassen sämtliche für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlichen Ausgaben. Beschränkt sich die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf die Erbringung dieser Dienstleistung, können dessen Gesamtkosten herangezogen werden. Betätigt sich das Unternehmen jedoch daneben noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der betreffenden Dienstleistung zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Hierzu gehören sämtliche durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten variablen Kosten, ein angemessener Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch anderweitig anfallenden Fixkosten und eine der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbare angemessene Rendite auf das Eigenkapital. Etwaige Investitionen vor allem in die Infrastruktur können berücksichtigt werden, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind. Die mit anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken. Diese Kosten dürfen auf keinen Fall der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugerechnet werden. Die Berechnung der Kosten muss nach zuvor festgelegten Kriterien und anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen, die der Kommission bei der Anmeldung nach Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag zur Kenntnis zu bringen sind.“⁸⁰¹

Diese Vorgaben sind eine Rezeption der *Chronopost*-Grundsätze, auf die der Gemeinschaftsrahmen explizit Bezug nimmt.⁸⁰² Zusätzliche Elemente, etwa die Berücksichtigungsfähigkeit von Infrastrukturinvestitionen bei Erforderlichkeit für die Leistungserbringung, sind bloß eine Fortbildung des Verursachungsprinzips: Ist die

⁷⁹⁹ Vgl. *Eilmansberger*, wbl 2004, 107.

⁸⁰⁰ Vgl. *Ibid* Tz 37f: „their correctness depends on the fairness of the cost allocation system applied“, „very accurate“.

⁸⁰¹ Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4 Tz 16 (Hervorhebung im Original).

⁸⁰² *Ibid* C 297/6 Fn 1.

DAWI-Erbringung für die (Infrastruktur-)Investition kausal, dann können ihre Kosten in die Ausgleichsberechnung einbezogen werden. Kommen Investitionen in Form von Sachzuwendungen jedoch auch Wettbewerbsaktivitäten zugute, so sind letzteren die anteiligen Vollkosten nach Maßgabe ihrer Ressourcenbeanspruchung zuzuordnen. In diesem Fall muss das Bruttosubventionsäquivalent dieser Vergünstigung berechnet werden.

4.5.5.2 *Chronopost* und die vierte *Altmark*-Voraussetzung – ein Widerspruch?⁸⁰³

Weiter offen ist das Verhältnis von *Chronopost* zu *Altmark*. Mehrere Reaktionen zum *Altmark*-Urteil sahen teils einen Widerspruch zur wenige Wochen zuvor ergangenen *Chronopost*-Entscheidung.⁸⁰⁴ Denn im Gegensatz zum *Altmark*-Effizienzkriterium stellt *Chronopost* auf die individuelle Kostenstruktur des zu prüfenden Aufgabenerbringers ab.

4.5.5.2.1 Literatur

Bartosch sieht in den kontrastierenden Vorgaben der Erkenntnisse keinen zwingenden Widerspruch. Der Privatinvestortest habe mit *Altmark* Eingang in die Daseinsvorsorge gefunden und verhindere, dass der Kostenausgleich eines ineffizienten Unternehmens dem Beihilfenregime entzogen werde. Im Gegensatz zu *Altmark* sei in *Chronopost* nur ein einziges Unternehmen in der Lage gewesen, die gegenständliche Leistung anzubieten. Es sei dementsprechend auch kein Markt vorhanden gewesen. Die Urteile seien daher in ein Regel- und Ausnahmeverhältnis zu setzen. Zum einen lege *Altmark* einen generellen Rahmen für die marktmäßige Beurteilung von Ausgleichszahlungen fest. Zum anderen zeige *Chronopost* die Grenzen dieses Effizienztests für Fälle auf, in denen für die entsprechende Leistung kein Markt vorhanden sei und folglich ein Vergleichsunternehmen fehle.⁸⁰⁵ Dieser Ansatz ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen.⁸⁰⁶ Ihm wird auf der

⁸⁰³ Diesem Unterabschnitt ist der Beitrag *Materazzi*, „*Chronopost*“-Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission, in: *Jaeger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2007), 153ff zugrundegelegt. Der Verf hat zu diesem Zweck den Originalbeitrag gekürzt, aktualisiert und an die Struktur dieser Arbeit angepasst.

⁸⁰⁴ *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 358; *Travers*, EStAL 3/2003, 392; *Szysczak*, MLR 2004, 991.

⁸⁰⁵ *Bartosch*, EStAL 3/2003, 385.

⁸⁰⁶ *Jaeger* in: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² (2007) 708; *Thyri*, EWS 2004, 447; vgl auch *Nicolaides/Kekelekis/Buyskes*, State Aid Policy in the European Community (2005) 51; *Sinnaeve*, EStAL 3/2003, 358.

anderen Seite entgegengehalten, ein solcher Ansatz sei mit dem allgemeingültigen Charakter des Effizienztests, der ohne Ausnahme zur Anwendung komme, unvereinbar.⁸⁰⁷

4.5.5.2.2 Standpunkt der Kommission

Im Gemeinschaftsrahmen findet *Chronopost* auf Tatbestandsebene im Rahmen des *Altmark*-Prüfungsschemas keine Erwähnung und wird erst für die Berechnung der Ausgleichshöhe auf Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 EG herangezogen.⁸⁰⁸

Die Kommission hat die Relevanz von *Chronopost* für die *Altmark*-Kriterien in der Entscheidung vom 24.4.2007 über die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland ausdrücklich in Zweifel gezogen. Die deutsche Bundesregierung hatte unter Verweis auf *Chronopost* geltend gemacht, der Effizienztest sei dann nicht anwendbar, wenn es keinen vergleichbaren privaten Wirtschaftsteilnehmer als Maßstab gebe.⁸⁰⁹ Ungeachtet der Frage, ob die Situation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit jener von *Chronopost* vergleichbar ist, bringt die Entscheidung eine grundsätzliche Skepsis der Kommission an einer Anwendung von *Chronopost* zum Ausdruck:

„Ungeachtet der Frage, ob die Feststellungen im *Chronopost*-Urteil überhaupt für die Bewertung der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach den *Altmark*-Kriterien relevant sind, teilt die Kommission nicht die Auffassung der Bundesregierung, dass es unmöglich und als rein hypothetisch anzusehen ist, die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers als Vergleichsmaßstab zu ermitteln.“⁸¹⁰

Eine klare Absage an die Anwendbarkeit von *Chronopost* lässt sich der Kommissionsentscheidung *Poste Italiane* vom 30.3.2008 entnehmen. In dieser bejaht die Kommission das Vorliegen einer Begünstigung just mit dem Argument, es handle sich bei der italienischen Post um ein nicht vergleichbares Unternehmen iSd *Chronopost*-Urteils, dessen Begründung *mutatis mutandis* zum Tragen komme.⁸¹¹ Demnach kann ein Unternehmen iSv *Chronopost* das vierte Kriterium nicht erfüllen, da mangels

⁸⁰⁷ *Schwendinger*, Rundfunkfinanzierung (2007) Fn 234, der seine Position mit dem Urteilspassus „Hingegen stellt eine staatliche Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung dar“ argumentiert.

⁸⁰⁸ Kom, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl 2005 C 297/4 Tz 16.

⁸⁰⁹ Kom-E E 3/2005 vom 24.4.2007, Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, K(2007) 1761 endg Tz 168. Eine Anwendbarkeit von *Chronopost* auf diesen Sachverhalt vertrat schon Ehricke, Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung (2006), 96.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ Kom-E NN 24/08 vom 30.4.2008, *Poste Italiane*, C(2008) 1606fin Tz 50.

Vergleichbarkeit mit Konkurrenzunternehmen ein Unternehmensvergleich iSd Effizienztests nicht möglich ist.

4.5.5.2.3 Fazit

Die Einwände gegen eine Verbindung der beiden Judikate sind nicht überzeugend. In Hinblick auf die angebliche Allgemeingültigkeit des Effizienztests ist zwar einleuchtend, dass der Gerichtshof diesen als Regelfall etablieren wollte. Gleichzeitig ist nicht ersichtlich, weshalb der Gerichtshof seine eben in *Chronopost* ausformulierten Grundsätze eines mehr als fünfzehn Jahre andauernden Rechtsstreits vor den Gemeinschaftsgerichten, dessen Länge, wenn auch nicht Bedeutung, jene der Auseinandersetzung um die Beurteilung gemeinwirtschaftlicher Ausgleichsleistungen bei weitem übertraf, hätte verwerfen sollen. Vielmehr ist *Altmark* mit anderen Urteilen wie *Chronopost* logisch in Einklang zu bringen. Das Urteil *BUPA* hat vor allem im Zusammenhang mit der dritten *Altmark*-Voraussetzung aufgezeigt, dass diese Voraussetzungen nicht in Stein gemeißelt⁸¹² sondern einer Fortentwicklung zugänglich sind.

Das gewichtigste Argument für eine Synthese von *Chronopost* und *Altmark* betrifft die innere Kohärenz des Beihilfenbegriffs. Die Objektivität des Beihilfenbegriffs lässt nämlich keine unterschiedliche Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte zu. Der Einwand, der Kontext der Judikate sei verschieden, greift zu kurz. Der thematische Bezug – Vergütung der Betriebsmittelüberlassung zugunsten wettbewerblicher Aktivitäten einerseits und Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten andererseits – lässt zwar vordergründig eine unterschiedliche Behandlung beider Phänomene zu. Näher betrachtet beschäftigen sich beide Problemstellungen jedoch mit der gleichen Frage: Welche Kostenhöhe kann als Maßstab für eine Vergütung bzw Kompensierung herangezogen werden, die frei von Begünstigungselementen ist? Denn eine zu niedrige Vergütung bzw eine Überkompensierung bleibt – wie an anderer Stelle geschildert⁸¹³ – nicht ohne Rückwirkung auf den jeweils anderen Bereich. Werden nämlich für die Nutzung gemeinwirtschaftlicher Ressourcen durch die Wettbewerbsaktivitäten unangemessen niedrige Preise verrechnet und erhöhen sich dadurch ungerechtfertigt die Verluste der DAWI,

⁸¹² Vgl *Biondi*, EStAL 2/2008, 406.

⁸¹³ Siehe unten Pkt 4.5.5.1.3.2.

wird idR eine Überkompensierung vorliegen, die wiederum eine Quersubventionierung der Wettbewerbsaktivitäten zur Folge hat.

Es wäre daher nicht plausibel, an einen sachlich gleichgelagerten Vorgang unterschiedliche beihilfenrechtliche Maßstäbe anzulegen. Die Erstentscheidung *SFEI* der *Chronopost*-Urteilsreihe setzt ebenso wie *Altmark* eine marktmäßige Beurteilung (also den Privatinvestortest)⁸¹⁴ als Grundsatz fest. Existiert kein Vergleichsunternehmen und fehlen daher „normale Marktbedingungen“ iSd Erstentscheidung *SFEI*, so ist nach *Chronopost* die Gegenleistung an den anteiligen Vollkosten zu messen.

Die Entscheidung *Poste Italiane*, die laut eigener Beurteilung der Kommission einen unter *Chronopost* fallenden Sachverhalt zum Gegenstand hatte, die Kommission aber just aus der mangelnden Vergleichbarkeit auf das Vorliegen einer Begünstigung schließ, widerspricht sich in ihrer Begründung, hat doch gerade diese Besonderheit den Gerichtshof in *Chronopost* zur entgegengesetzten Schlussfolgerung bewogen. Die Entscheidung unterscheidet somit sachlich gleichgelagerte Phänomene nach der Natur der wirtschaftlichen Aktivität, nämlich DAWI zum einen und Betriebsmittelüberlassungen im Rahmen rein kommerzieller Aktivitäten zum anderen. Ein solcher dualer Maßstab nimmt jedoch gerade eine Differenzierung anhand der Gründe und Ziele der staatlichen Maßnahme vor, die nach ständiger Rechtsprechung nicht mit der Objektivität des Beihilfenbegriffs im Einklang zu bringen ist.⁸¹⁵

Eine ergänzende analoge Anwendung der *Chronopost*-Vorgaben auf *Altmark* darf dennoch nicht zu einer „Wiederbelebung“ des tatsächlichen Nettokostenansatzes der *Ferring*-Entscheidung führen. Dazu bieten zumindest die Schlussanträge des GA *Tizzano*, denen der Gerichtshof im Ergebnis gefolgt war, keinen Anlass. Die Überlegungen des GA zur Nichtanwendung des Privatinvestortests werden von der Befürchtung wettbewerbsverzerrender Konzernstrategien und daher von Motiven des Wettbewerbsschutzes getragen.⁸¹⁶ Die Heranziehung hypothetischer Marktpreise wird wiederum primär aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt.⁸¹⁷ Auf die tatsächlichen Kosten wird schließlich

⁸¹⁴ *Bartosch*, EStAL 3/2003, 385 und *Leibenath*, EuR 2003, 1063 verstehen den Effizienztest des vierten *Altmark*-Kriteriums als Privatinvestortest.

⁸¹⁵ EuGH, Rs C-126/01, *GEMO*, Slg 2003, I-13769 Rz 34 mwN.

⁸¹⁶ Schlussanträge des GA *Tizzano*, EuGH, verb Rs C-83/01, C-93/01 und C-94/01, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993 Rz 52.

⁸¹⁷ Diese seien „äußerst hypothetisch und abstrakt“ und es bestehe die Gefahr, „dass sie zu sehr zweifelhaften, wenn nicht beliebigen Ergebnissen [führen]“; *ibid* Rz 55.

als letztes Mittel zur Ermittlung der „normalen Marktbedingungen“ rekurriert.⁸¹⁸ Diese Ausführungen suggerieren, dass sich der Ersatztest Marktpreisen zumindest annähern sollte, um seine wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion wahrnehmen zu können. Mit dieser wäre die Bezuschussung eines offensichtlich ineffizient arbeitenden Unternehmens auf Ebene des Art 87 Abs 1 EG nicht vereinbar. *Chronopost* sollte in Bezug auf *Altmark* daher als alternative Überprüfungsmethode einer an Marktpreisen orientierten Ausgleichshöhe und nicht als Freibrief pauschaler Verlustausgleiche verstanden werden. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung ist der in *Chronopost* eingeschlagene Weg auch für *Altmark* gangbar und sachlich gerechtfertigt.

4.5.5.3 Einnahmenseite

4.5.5.3.1 Allgemeine Grundsätze der Anrechnung

Die zu berücksichtigenden Einnahmen sind laut Gemeinschaftsrahmen folgende:

„Auf der **Einnahmenseite** sind zumindest sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Verfügt das betreffende Unternehmen über ausschließliche oder besondere Rechte bei der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und werden damit Gewinne erwirtschaftet, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 EG-Vertrag mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein Versorgungsauftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herangezogen müssen.“⁸¹⁹

Diese Vorgaben enthalten teils wohlbekannte Anforderungen, teils Neuerungen. Im Gegensatz zur Kostenallokation hat die Rechtsprechung keine Grundsätze zur Einnahmenzuordnung entwickelt; diese ist jedoch für den wirtschaftlichen Handlungsspielraum des Leistungserbringers von Bedeutung.

Die für das betraute Unternehmen günstigste Variante der Einnahmenberücksichtigung würde bloß eine Anrechnung der unmittelbar der Leistungserbringung entstammenden Erträge verlangen und jede weitere Form gewährter Vorteile, etwa in Form von Sachzuwendungen und –überlassungen, nicht in die Kalkulation einbeziehen.

⁸¹⁸ *Ibid* Rz 57.

⁸¹⁹ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4 Tz 17 (Hervorhebung im Original).

Die restriktivste Variante würde sämtliche Vorteile – seien sie unmittelbar oder mittelbar – und darüber hinaus auch durch kommerzielle Aktivitäten generierte Erträge erfassen. Das EuG hat eine Verpflichtung, Gewinne aus kommerziellen Geschäftsbereichen für die DAWI-Finanzierung verwenden zu müssen, in *FFSA* abgelehnt:

„[...] Vorteile, die [das betraute Unternehmen] [...] unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offenstehen, [sind] nicht zu berücksichtigen.“⁸²⁰

Der Gemeinschaftsrahmen stellt deshalb fest, dass eine Anrechnung von Gewinnen aus kommerziellen Geschäftsbereichen auf freiwilliger Basis erfolgen kann.⁸²¹

Ebenso ist im Verhältnis von mehreren DAWI die Saldierungsmethode gewinnneutral ausgestaltet. Der Grundsatz, dass Gewinne aus kommerziellen Geschäftsbereichen nicht für gemeinwirtschaftliche Geschäftsbereiche verwendet werden müssen, gilt auch für den (wohl seltenen) Fall, dass eine DAWI einen Gewinn aufweist, während eine andere DAWI defizitär ist. In diesem Fall kann die defizitäre DAWI voll ausgeglichen werden, während das Unternehmen den Gewinn der anderen DAWI lukriert. Durch die gewinnneutrale Anwendung der Saldierungsmethode wird eine Gewinnabschöpfung zum Nachteil des Unternehmens verhindert.⁸²²

4.5.5.3.2 Strategische Vorteile

Größere Brisanz birgt hingegen die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit strategischer Vorteile. Unter strategischen Vorteilen werden an dieser Stelle Vorteile verstanden, die nicht unmittelbar aus der DAWI-Erbringung und somit aus dem gemeinwirtschaftlichen Geschäftsbereich rühren, sich aber dennoch auf den kommerziellen Geschäftsbereich positiv auswirken. Als Beispiele lassen sich etwa höhere Absatzvolumina in Folge einer erhöhten Anzahl an Verkaufsstellen, Kostensenkungen in der Produktion durch Nutzung von Synergien und Skaleneffekte⁸²³ oder immaterielle Vorteile wie die

⁸²⁰ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 178.

⁸²¹ Vgl schon Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002 Tz 92.

⁸²² Bsp: Ein Unternehmen ist mit zwei DAWI betraut. Am Ende der Abrechnungsperiode weist die erste DAWI einen Gewinn von 10, die zweite einen Verlust von 10 Geldeinheiten auf. Die Ausgleichszahlung beträgt 10 Geldeinheiten. Bei Anwendung einer Methode der Gesamtsaldierung würde der Endbetrag 0 lauten, die Ausgleichszahlung in der Höhe von 10 wäre demnach eine unzulässige Überkompensierung. Dagegen könnte bei gewinnneutraler Saldierung der Verlust der zweiten DAWI voll ausgeglichen werden (Endbetrag 0) und das Unternehmen könnte den Gewinn der ersten DAWI in der Höhe von 10 behalten, ausführlich *Schebstadt*, DVBl 2004, 743ff. Die gewinnneutrale Anwendung der Saldierungsmethode ist im Gemeinschaftsrahmen zwar nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich aber *e contrario* mangels gegenteiliger Aufrechnungsverpflichtung; aA *Koenig/Kiefer*, EStAL 3/2005, 423.

⁸²³ Vgl *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht² (2005) Rz 88.

Markenreputation nennen. MaW handelt es sich um Vorteile, die dem betrauten Unternehmen aufgrund seines bloßen Status als Erbringer der DAWI im Bereich der Wettbewerbsaktivitäten zugute kommen.

Für eine Berücksichtigung strategischer Vorteile spricht sich die EAGCP – eine externe Expertengruppe von Ökonomen, welche die Generaldirektion Wettbewerb berät – aus:

“Given the potential cost and/or demand cross-market linkages, identifying the actual net compensation which should be assigned to a firm which holds a USO [Universal Service Obligation, Anm] is far from a simple affair. Indeed, the ‘right’ compensation for USO should in principle take into account not just the additional costs incurred by the firm in serving the ‘unprofitable’ group of consumers, but also all the modifications in costs and revenues which are caused by the USO.”⁸²⁴

“In principle, while the Framework is right to emphasize the importance of maintaining separate accounts for the SGEI [Service of General Economic Interest, Anm] and for other activities in order to make monitoring easier, the costs and revenues attributable to the SGEI include all changes in the firm’s total costs and revenues that result from its performance of the SGEI, *regardless of the market upon which they nominally take place*. For instance, if performing the SGEI lowers the cost to a firm of serving a different market, this is a benefit to the firm of obligation to provide the SGEI and should be set off against the cost.”⁸²⁵

Nach dieser Auffassung müsste jegliche Veränderung der Kosten und Erträge unabhängig davon, ob gemeinwirtschaftliche oder kommerzielle Geschäftsbereiche betroffen sind, in die Berechnung einfließen, wenn die Veränderung in einem kausalen Zusammenhang mit der DAWI steht.

Im Telekommunikationsbereich ist mit der Universaldienst-RL und im Postbereich mit RL 2008/6 ab 2011 eine Anrechnung strategischer Vorteile verpflichtend vorgesehen.⁸²⁶ Anderes gilt für Bereiche, in denen die Berechnungsmethode des Ausgleichs (noch) nicht harmonisiert ist: Die Kommissionsentscheidung *Post Office Limited* vom 27.5.2003 verneinte die Verpflichtung zu einer derartigen Vorteilsanrechnung.⁸²⁷ In der Entscheidung *La Banque Postale* hatte die französische Post eine Anrechnung strategischer Vorteile

⁸²⁴ Kom, *Services of General Economic Interest – Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP* vom 29.6.2006 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.pdf), 5.

⁸²⁵ *Ibid* 7 (Hervorhebung im Original).

⁸²⁶ RL 2002/22/EG, ABl 2002 L 108/51, Anhang IV und RL 2008/6/EG, ABl 2008 L 52/3, Anhang I, Teil B: „[...] Bei der Nettokostenberechnung sollten die Vorteile für den Universaldienstbetreiber, einschließlich der immateriellen Vorteile, berücksichtigt werden“.

⁸²⁷ Kom-E N 784/2002 vom 27.5.2003, *Post Office Limited*, C(2003) 1652 fin Tz 64: Das notifizierte Ausgleichssystem brachte die Mehreinnahmen im Wettbewerbsbereich, die durch das nach kommerziellen Maßstäben überdimensionierte Postnetz generiert wurden, vom Ausgleichsbetrag in Abzug. Die Kom stellte in diesem Zusammenhang eine Unterbewertung („under-valued“) der Ausgleichssumme fest.

vorgenommen. Die Kommission begegnete dieser freiwilligen Berücksichtigung strategischer Vorteile mit Wohlwollen,⁸²⁸ betrachtete sie aber nicht als verpflichtend.

Die Zielsetzung, Wettbewerbsverzerrungen durch die Neutralisierung mittelbarer Vorteile zu beseitigen, ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht gerechtfertigt. Sie findet aber weder in der Rechtsprechung noch in den Grundsätzen des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbssystems Deckung.

Zunächst würde eine solche Anrechnung dem Gleichbehandlungsgrundsatz öffentlicher und privater Unternehmen⁸²⁹ widersprechen. Denn die erwerbswirtschaftliche Nutzung von Vorteilseffekten, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben entstammen, ist vom gemeinschaftsrechtlichen Neutralitätsprinzip gegenüber öffentlichem und privatem Eigentum gedeckt und im Prinzip zulässig.⁸³⁰

Eine Neutralisierung der beschriebenen Vorteilseffekte durch eine Anrechnung auf den Ausgleich würde bedeuten, dass das betraute Unternehmen seinen natürlichen strategischen Vorteil im kommerziellen Bereich – etwa das historisch gewachsene Schalternetz des ehemaligen Postmonopolisten – nicht mehr ausschöpfen könnte. MaW würde dem mit einer DAWI betrauten Postdienstleister im kommerziellen Bereich ein Nachteil entstehen, den er ohne DAWI nicht hätte, da in diesem Fall eine Anrechnung entfallen würde. Dies hat der Gerichtshof in *Chronopost* dezidiert abgelehnt. Spiegelverkehrt würde dies außerdem auf die Verpflichtung hinauslaufen, die DAWI in jenem Ausmaß durch die Wettbewerbsaktivitäten zu finanzieren. Das hat das EuG wiederum in *FFSA* abgelehnt.

4.5.5.4 Angemessene Rendite

Die Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals wurde bereits in *Chronopost* formuliert.⁸³¹ Im spezifischen Kontext der Daseinsvorsorge sehen das „Non-Paper“ der Kommission 2002 und die dritte *Altmark*-Voraussetzung die Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns vor.⁸³² Eine Gewinnmarge ist jedenfalls integraler

⁸²⁸ Kom-E N 531/2005 vom 21.12.2005 vom 21.12.2005, *La Banque Postale*, C(2005) 5412 fin Tz 144.

⁸²⁹ Pernice/Wernicke in: Grabitz/Hilf, Art 86 Rz 5.

⁸³⁰ Näher Eilmansberger, RIW 2001, 908.

⁸³¹ EuGH, verb Rs C-83/01, C-93/01 und C-94/01, *Chronopost*, Slg 2003, I-6993 Rz 40.

⁸³² Kom, Non-Paper „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ vom 12.11.2002 Tz 90; EuGH, Rs C-280/00, *Altmark*, Slg 2003, I-7747 Rz 92.

Bestandteil des marktangemessenen Synallagmas.⁸³³ Der Gerichtshof hat dennoch in *Altmark* die Faktoren und Leitlinien zur Bestimmung der Angemessenheit der Gewinnmarge nicht konkretisiert. Dies wurde in der Literatur unter dem Aspekt der Rechtssicherheit kritisiert.⁸³⁴

Freistellungsentscheidung und Gemeinschaftsrahmen haben dieser Kritik Rechnung getragen und Leitlinien zum angemessenen Gewinn vorgegeben.

Im Zuge der Saldierung von Kosten und Einnahmen ist eine angemessene Rendite aus dem für die Aufgabenerfüllung eingesetzten Eigenkapital vom Ausgleichsbetrag abzuziehen.⁸³⁵ Die „Angemessenheit“ der Rendite richtet sich nach dem wirtschaftlichen Risiko, das für das Unternehmen durch das staatliche Eingreifen entsteht. Je geringer das unternehmerische Risiko, desto kleiner die Gewinnmarge. Dies gilt insbesondere wenn dem Leistungserbringer besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt werden und mangels Konkurrenz gar kein Risiko vorhanden ist.⁸³⁶ Ein Privatinvestor wird auch bei fehlendem Risiko einen Gewinn erzielen wollen, da er die Aktivität sonst ganz einstellen würde. Diesfalls kann eine geringe Rendite angesetzt werden.⁸³⁷

Die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite fungiert im Regelfall als Obergrenze.⁸³⁸

Gemeinschaftsrahmen und Freistellungsentscheidung sehen zwar keinen verpflichtenden Unternehmensvergleich vor. Ein solcher kann dennoch gerade von Relevanz für die Beurteilung sein, ob im konkreten Fall eine Rendite noch angemessen ist. Werden jedoch besondere oder ausschließliche Rechte gewährt und das unternehmerische Risiko dadurch stark verhindert oder ausgeschlossen, kann ein Vergleich mitunter Schwierigkeiten bereiten.⁸³⁹ Gemeinschaftsrahmen und Freistellungsentscheidung sehen bei Fehlen von Vergleichsunternehmen daher als Referenzwerte Unternehmen aus anderen

⁸³³ Kube, EuR 2004, 239.

⁸³⁴ Vgl. Travers, EStAL 3/2003, 391; Sinnaeve, EStAL 3/2003, 357; Leibenath, EuR 2003, 1062.

⁸³⁵ Gemeinschaftsrahmen Tz 18; Freistellungsentscheidung, Art 5 Abs 1.

⁸³⁶ Gemeinschaftsrahmen Tz 18; Freistellungsentscheidung, Art 5 Abs 4; gegen die Berücksichtigungsfähigkeit eines angemessenen Gewinns bei Monopolrechte in Netzwerkindustrien *Santamato/Pesaresi*, CPN 1/2004, 19.

⁸³⁷ Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 1209.

⁸³⁸ Gemeinschaftsrahmen Tz 18; Freistellungsentscheidung, Art 5 Abs 4.

⁸³⁹ Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 1211.

Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen vor. Dabei sind die besonderen Charakteristika des jeweiligen Sektors zu berücksichtigen.⁸⁴⁰

Bei der Festlegung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, von denen Anreize für die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und Produktivitätsgewinne ausgehen.⁸⁴¹ Die Berücksichtigung dieser Faktoren trägt im Einklang mit Art 16 der guten Erbringung von DAWI Rechnung. Die Einbeziehung weiterer Faktoren ist möglich, muss sich aber im Rahmen dieser Zielsetzung bewegen.⁸⁴² Die Genehmigungspraxis der Kommission hat in diesem Sinn produktivitätsfördernde Mechanismen begrüßt.⁸⁴³

4.5.5.5 Verlustausgleich mehrerer DAWI

„Ist ein Unternehmen mit der Erbringung verschiedener DAWI betraut, sei es, weil die Vergabebehörde jeweils eine andere ist, sei es, weil die Dienstleistungen ihrer Art nach verschieden sind, muss sich anhand der unternehmensinternen Rechnungslegung für jede Dienstleistung gesondert nachweisen lassen, dass keine Überkompensierung vorliegt. Diese Grundsätze lassen die Vorschriften der Richtlinie 80/723/EG dort, wo sie Anwendung findet, unberührt.“⁸⁴⁴

Bei einer Überkompensierung einer DAWI darf der überschießende Betrag nicht zum Verlustausgleich einer anderen DAWI verwendet werden.⁸⁴⁵

4.5.5.6 Vermeidung von Überkompensierung durch Kontroll- und Rückforderungsmaßnahmen

Die Mitgliedstaaten trifft die Verpflichtung, selbst oder durch Dritte in regelmäßigen Abständen die Empfängerunternehmen zu überprüfen, um mögliche Überkompensierungen auszuschließen.⁸⁴⁶ Da eine Überkompensierung für das Funktionieren der DAWI nicht

⁸⁴⁰ Gemeinschaftsrahmen Tz 18; Freistellungsentscheidung, Art 5 Abs 4.

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 1212.

⁸⁴³ Vgl Kom-E NN 51/2006 vom 26.9.2006, *Poste Italiane*, C(2006) 4206 def Tz 82.

⁸⁴⁴ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005 C 297/4 Tz 19.

⁸⁴⁵ *Ibid* Tz 22: „Eine Überkompensierung kann zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden, doch muss die Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen und im Einklang mit den Bestimmungen und Grundsätzen dieses Gemeinschaftsrahmens, vor allem in Bezug auf die Vorabanmeldung, vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass derartige Mittelübertragungen einer ordentlichen Kontrolle unterzogen werden. Es gelten die Bestimmungen der Richtlinie 80/723/EWG.“

⁸⁴⁶ Gemeinschaftsrahmen Tz 20; Freistellungsentscheidung, Art 6 UAbs 1.

erforderlich ist, stellt sie eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe dar.⁸⁴⁷ In solchen Fällen müssen daher die Empfänger zur Rückzahlung aufgefordert und eine Aktualisierung der Berechnungsparameter für künftige Ausgleichszahlungen vorgenommen werden.⁸⁴⁸

Damit den Unternehmen und Mitgliedstaaten ein Mindestmaß an Flexibilität verbleibt,⁸⁴⁹ gilt die Rückzahlungspflicht nicht ausnahmslos. Ein die zulässige Höhe überschießender Ausgleich darf bis zu einem Betrag von 10% der Ausgleichssumme auf die Ausgleichsperiode des Folgejahres angerechnet werden.⁸⁵⁰ Aufgrund möglicher starker Einnahmenschwankungen im Bereich des sozialen Wohnbaus, die durch die Gefahr von Mietausfällen wegen Zahlungsunfähigkeit der Mieter verursacht werden können, sieht die Freistellungsentscheidung für diesen Bereich einen Übertrag von maximal 20% vor.⁸⁵¹

Laut Gemeinschaftsrahmen ist bei DAWI, die starke Einnahmenschwankungen aufweisen, eine Übertragung des überschießenden Betrags auf die folgende Rechnungsperiode auch dann möglich, wenn der Betrag 10% der Ausgleichssumme übersteigt. Die Umstände, die eine Überkompensierung von mehr als 10% erfordern, sind der Kommission in der Anmeldung darzulegen. Diesfalls muss eine Kontrolle einschließlich etwaiger Rückzahlungen in regelmäßigen Abständen erfolgen, die anhand der besonderen Umstände des betroffenen Wirtschaftssektors festzulegen sind, aber vier Jahre nicht übersteigen sollten.⁸⁵²

4.5.5.7 Dokumentierungspflicht

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, sämtliche Unterlagen, die für die Vereinbarkeit der Ausgleichszahlungen von Relevanz sind, mindestens für einen Zeitraum von zehn Jahren

⁸⁴⁷ Gemeinschaftsrahmen Tz 20.

⁸⁴⁸ Gemeinschaftsrahmen Tz 20; Freistellungsentscheidung, Art 6 UAbs 2.

⁸⁴⁹ Freistellungsentscheidung, Erwägungsgrund 13.

⁸⁵⁰ Gemeinschaftsrahmen Tz 21; Freistellungsentscheidung, Art 6 UAbs 2.

⁸⁵¹ Freistellungsentscheidung, Art 6 UAbs 3.

⁸⁵² Gemeinschaftsrahmen Tz 21. Die Anwendung dieser äußerst großzügigen Ausnahmebestimmung liegt wohl ihrer Natur und Formulierung nach im Ermessen der Kom. Anderes gilt für die allgemein vorgesehene 10%-Grenze. Die Kom ist im Wege der Selbstbindung bei ihrer Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der Ausgleichszahlung zur Tolerierung der Überkompensierung in diesem Ausmaß verpflichtet. AA *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 1218 in Berufung auf die Formulierung von Erwägungsgrund 13 der Freistellungsentscheidung („sollte möglich sein“); der korrespondierende Art 6 der Entscheidung räumt dagegen eindeutig ein „Recht auf Überkompensierung“ im angegebenen Ausmaß ein („darf“).

aufzubewahren und auf Aufforderung der Kommission sämtliche Informationen über die Ausgleichssysteme zu übermitteln.⁸⁵³

4.5.5.8 Berichte und Folgenabschätzung

Die Freistellungsentscheidung legt den Mitgliedstaaten die Pflicht auf, alle drei Jahre der Kommission einen Bericht über die Umsetzung der Entscheidung mit einer ausführlichen Schilderung der Anwendungsweise in allen Sektoren, insbesondere in jenem des sozialen Wohnungsbaus und des Krankenhauswesens, zu übermitteln.⁸⁵⁴ Spätestens nach dem 19.12.2009 nimmt die Kommission auf Grundlage dieser Informationen und den Ergebnissen umfangreicher Anhörungen eine Folgenabschätzung vor.⁸⁵⁵

4.5.6 Erstattungsfähigkeit der tatsächlich angefallenen Mehrkosten und Verhältnismäßigkeit

4.5.6.1 Allgemeines

Kritiker der Rechtsprechung und der Kommission, die den Kostenersatz des individuellen Aufgabenerfüllers gestatten, werfen diesem Kostenansatz eine unverhältnismäßige wettbewerbsverzerrende Förderung von Ineffizienzen vor. Diesem Einwand soll hier nachgegangen werden.

Nach *Nettesheim* liege etwa der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte eine „kameralistische Sichtweise“ zugrunde, die als „staatliche Garantie der Ineffizienz“ jegliche Anreize zu einer kostenschonenden und effizienten Unternehmungsführung beseitige. Ausgleichsfähig seien nicht die tatsächlichen Kosten, sondern nur der Marktpreis der Leistung. Dieser lasse sich ermitteln, „indem man fragt, welcher Preis in einem Markt für die Dienstleistung zu bezahlen wäre, wenn man sie denn ausschriebe“.⁸⁵⁶

Koenig/Kühling verweisen darauf, dass schon der Wortlaut des Art 86 Abs 2 S 1 nur die Aufgabenerfüllung, nicht jedoch den Bestand des konkreten Unternehmens schütze. Teleologisch betrachtet gehe es um die Sicherung der Aufgabenerfüllung und nicht um den

⁸⁵³ Freistellungsentscheidung, Art 7.

⁸⁵⁴ *Ibid* Art 8.

⁸⁵⁵ *Ibid* Art 9.

⁸⁵⁶ *Nettesheim*, EWS 2002, 262f; ebenfalls auf Verschwendung und der Quersubventionsgefahr hinweisend *Bauer*, EuZW 2006, 10f; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3 (2007) Rz 481.

Bestandschutz der betrauten Unternehmen. Ausschlaggebend sei daher bloß die objektive Möglichkeit der Aufgabenerfüllung bei Einhaltung der Vertragsvorschriften. Andernfalls wäre der Wortlaut des Vertragstextes anders formuliert worden und würde die betreffenden Unternehmen und nicht die konkrete Aufgabenerfüllung sichern. Die Bezuschussung eines ineffizienten Unternehmens sei nicht erforderlich, um die Erbringung einer DAWI sicherzustellen, und unverhältnismäßig. Folglich seien nur die Marktkosten der Aufgabenerfüllung erstattungsfähig. Dieser (objektive) Marktausgleich sei durch Ausschreibung oder einer „marktorientierten Differenzhypothese“ zu ermitteln.⁸⁵⁷

4.5.6.2 Effizienz

Ein subjektiver Kostenmaßstab bevorzugt etablierte Monopolisten bzw marktbeherrschende Unternehmen in liberalisierten Sektoren und bietet keine Anreize zur Effizienzsteigerung. Die Gemeinschaftsgerichte haben jedoch eine Effizienzkontrolle auf Ebene des Art 86 Abs 2 S 1 stets abgelehnt. In der Rechtssache *FFSA* wies das Gericht die Forderung der Kläger ab, der Berechnung der gemeinwirtschaftlich bedingten Kosten aufgrund der Ineffizienz der französischen Post nicht die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen. Die Kommission hatte zunächst geantwortet,

„dass es nicht ihre Aufgabe sei, die Effizienz des öffentlichen Postdienstes in Frankreich zu verbessern.“⁸⁵⁸

Das EuG führte dazu aus:

„Da es auf diesem Gebiet keine Gemeinschaftsregelung gibt, ist die Kommission nämlich nicht befugt, über den Umfang der dem öffentlichen Betreiber obliegenden Aufgaben, also über die Höhe der Kosten für diesen Dienst, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen oder über die wirtschaftliche Effizienz von La Poste in dem ihr vorbehaltenen Sektor zu entscheiden.“⁸⁵⁹

Das Gericht verwies im selben Atemzug auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Tesauro* in der Rechtssache *Corbeau*. Die Verteidigung von *Corbeau* hatte geltend gemacht, dass das belgische Postmonopol wegen seiner Unfähigkeit, qualitativ annehmbare Dienstleistungen anzubieten, welche die Nachfrage und die Erwartungen der Benutzer befriedigen könnten, mit Art 86 Abs 2 unvereinbar sei. GA *Tesauro* erwiderte,

⁸⁵⁷ Koenig/Kühling, ZHR 2002, 681f; Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 86 Rz 62; zustimmend Lewisch, in: Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2007), Art 86 Rz 99; auch Bauer, EuZW 2006, 10f, unterstreicht die mangelnde Erforderlichkeit eines Verlustausgleichs bei ineffizienter Arbeitsweise; zur marktorientierten Differenzhypothese siehe oben Pkt 4.5.4.3; aA Jennert, Daseinsvorsorge (2005) 233.

⁸⁵⁸ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 (Bestätigung durch EuGH, Rs C-174/97 P, Slg 1998, I-1303) Rz 86.

⁸⁵⁹ *Ibid* Rz 106.

„...dass die von der Verteidigung von Herrn Corbeau vorgebrachte Auffassung aus grundsätzlichen Erwägungen zurückzuweisen ist. Wie dargelegt, sind die gesetzlichen Monopole als mit den Artikeln 90 und 86 EWG-Vertrag vereinbar anzusehen, die durch objektive Anforderungen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sind ... *Demgegenüber können die Artikel 90 und 86 nicht herangezogen werden, um die wirtschaftliche Wirksamkeit des einen oder anderen staatlichen Monopols anzugreifen. Bestehen für ein Monopol objektive Rechtfertigungen, so kommt es nicht darauf an, dass seine Durchführung mehr oder weniger wirksam ist*; es ist auf jeden Fall als mit dem Vertrag vereinbar anzusehen...“⁸⁶⁰

Die Gemeinschaftsgerichte lehnen es somit ab, Effizienzgesichtspunkte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen zu lassen. Die Kommission ist nicht zuständig, die wirtschaftliche Effizienz mitgliedstaatlicher Strukturen der Leistungserbringung zu überprüfen.

4.5.6.3 Aufgaben- oder Bestandschutz?

Jennert weist darauf hin, dass aus teleologischer Sicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 S 1 sowohl eine generell-abstrakte (Aufgabenschutz) als auch eine individuell-konkrete (Bestandschutz) Interpretation zulässt. Die Rechtsprechung scheine eher ein individuell-konkretes Verständnis zu favorisieren. Für ein solches spreche unter einem historischen Gesichtspunkt auch die Entstehungsgeschichte der Norm, die als Kompromisslösung zwischen vorwiegend privatwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystemen einiger Mitgliedstaaten und anderen mit ausgeprägtem öffentlichem Sektor konzipiert wurde.⁸⁶¹

Der Rechtsprechung liegt tatsächlich ein individuell-konkretes Verständnis zugrunde. Nach Auffassung des EuGH in *Telekommunikations-Endgeräte* soll die Ausnahmenvorschrift dadurch,

„dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschriften zulässt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz *bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors*, [...] mit dem Interesse der Gemeinschaft [...] in Einklang bringen.“⁸⁶²

Dieser Urteilspassus ist einem individuellen Normverständnis verhaftet. Auch andere Judikate neigen einer individuell-konkreten Formulierung zu; in *Dusseldorf* gelangt der Gerichtshof zur Feststellung, dass Art 86 Abs 2 zur Rechtfertigung einer vertragswidrigen Maßnahme

⁸⁶⁰ Schlussanträge des GA Tesauro, Rs C-320/91, *Corbeau*, Slg 1993, I-2533 Rz 16 (Hervorhebung des Verfassers).

⁸⁶¹ *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 233.

⁸⁶² EuGH, Rs C-202/88, *Telekommunikations-Endgeräte*, Slg 1991, I-1223 Rz 12 (Hervorhebung des Verfassers).

„herangezogen werden [kann], wenn die Maßnahme erforderlich ist, um *dem Unternehmen* die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe zu ermöglichen [...]“⁸⁶³

Drijvenda Bokken unterzieht die (subjektiven) wirtschaftlichen Verhältnisse des betrauten Unternehmens dem Verhältnismäßigkeitstest. Für die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 genügt es, dass die Beibehaltung der vertragswidrigen Rechte erforderlich ist,

„um *ihrem Inhaber* die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen [...]“⁸⁶⁴

Die von der Rechtsprechung praktizierte Verknüpfung der generell-abstrakten Aufgabendefinition mit dem Subjekt des Leistungserbringers macht sichtbar, dass die Gemeinschaftsgerichte nicht von einer Antithese Aufgaben- gegen Bestandschutz ausgehen, sondern beide als Einheit begreifen.

4.5.6.4 Ausschreibungswettbewerb und DAWI

Eine Ausschreibungspflicht von gemeinwirtschaftlichen Aufträgen stellt eine Möglichkeit dar, den Marktpreis einer Leistung zu ermitteln, für die der Staat der einzige Nachfrager ist.⁸⁶⁵ Die Durchführung einer bloß hypothetischen Ausschreibung, wie dies *Nettesheim* fordert,⁸⁶⁶ ist dagegen wirtschaftswissenschaftlich nicht möglich.⁸⁶⁷ Wie dargestellt verlangt Art 86 Abs 2 nicht die Durchführung einer Ausschreibung.⁸⁶⁸ Doch wie ist es um andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, etwa den Grundfreiheiten, bestellt?

In der Daseinsvorsorge erfolgt die Leistungsbereitstellung typischerweise über das Instrument der Dienstleistungskonzession, bei welcher der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko des Auftrags trägt und im Gegenzug das Entgelt vom Nutzer einhebt.⁸⁶⁹ Dienstleistungskonzessionen sind von den Vergaberichtlinien explizit ausgenommen.⁸⁷⁰ In einem ablehnenden Gemeinsamen Standpunkt des Rates⁸⁷¹ zum

⁸⁶³ EuGH, Rs C-203/96, *Dusseldorp*, Slg 1998, I-4075 Rz 65 (Hervorhebung des Verfassers).

⁸⁶⁴ EuGH, Rs C-219/97, *Drijvenda Bokken*, Slg 1999, I-6121 Rz 97 (Hervorhebung des Verfassers).

⁸⁶⁵ *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 234 (führt eine Ausschreibung als einzige Möglichkeit an; als Alternative kann jedoch auch auf ein „Benchmarking“ oder der „Net Avoided Cost“-Methode zurückgegriffen werden).

⁸⁶⁶ *Nettesheim*, EWS 2002, 263.

⁸⁶⁷ So *Jennert*, Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge (2005) Fn 727 (Bezug nehmend auf *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung (1999) 312ff).

⁸⁶⁸ Siehe oben Pkt 4.5.3.3.

⁸⁶⁹ *Holoubek/Segalla* in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 90; vgl Kom, Mitteilung der Kom zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl 2000 C 121/2, Pkt 2.2.

⁸⁷⁰ Art 17 RL 2004/18/EG, ABl 2004 L 134/114.

⁸⁷¹ Dokument Nr 4444-92-ADD-1 v 25.2.1992.

Vorschlag der Kommission zur Einbeziehung der Dienstleistungskonzessionen hatte insbesondere die österreichische Regierung in ihren Erklärungen auf unvereinbare Unterschiede der verschiedenen mitgliedstaatlichen Ausgestaltungen des Rechtsinstituts der Dienstleistungskonzession hingewiesen.⁸⁷² Auf diese Erklärung nimmt ebenfalls der Gerichtshof in *Telaustria* Bezug:

„Im Gesetzgebungsverfahren strich [...] der Rat sämtliche Bezugnahmen auf Dienstleistungskonzessionen, insbesondere weil aufgrund der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Übertragung von Befugnissen bei der Verwaltung von öffentlichen Dienstleistungen sowie hinsichtlich der Einzelheiten dieser Befugnisübertragung eine große Unausgewogenheit hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten zu diesen Konzessionsaufträgen entstehen würde (Dokument Nr. 4444/92 ADD1 vom 25. Februar 1992 „Begründung des Rates“, Nr. 6 [...]).“⁸⁷³

In derselben Rechtssache leitete der Gerichtshof aus dem Diskriminierungsverbot dennoch Transparenzverpflichtungen ab, denen zufolge der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und ein objektives Nachprüfungsverfahren ermöglicht.⁸⁷⁴ Diesem verfahrensmäßigen Mindeststandard außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergabe-RL kann dennoch, wie der Gerichtshof in der von der großen Kammer gefällten Entscheidung *Coname* expressis verbis bestätigt hat, keine Verpflichtung zur Ausschreibung entnommen werden.⁸⁷⁵

Zu einem überraschenden obiter dictum hat sich das EuG in *SIC II* verleiten lassen. Dort wurde nicht nur eine Ausschreibungsverpflichtung nach Art 86 Abs 2 verneint, sondern darüber hinaus eine derartige Pflicht auch für die Grundfreiheiten ausgeschlossen. Die

⁸⁷² Ruhland, Die Dienstleistungskonzession (2006) Fn 120.

⁸⁷³ EuGH, Rs 324/98, *Telaustria*, Slg 2000, I-10770 Rz 48.

⁸⁷⁴ *Ibid* Rz 62.

⁸⁷⁵ EuGH, Rs C-231/03, *Coname*, Slg 2005, I-7287 Rz 21: Zu prüfen ist, ob die Konzessionserteilung „Transparenzerfordernissen entspricht, die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind, einem in einem anderen Mitgliedstaat [...] niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können.“ (Hervorhebung des Verfassers). Vor diesem Hintergrund waren die Formulierungen der Folgeentscheidungen *Parking Brixen* und *ANAV* überraschend, die wiederum von einer Verpflichtung zur Ausschreibung sprachen, EuGH, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Slg 2005, I-8585 Rz 50; EuGH, Rs C-410/04, *ANAV*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 22. Wie jedoch GA *Stix-Hackl* in ihren Schlussanträgen vom 15.9.2006 in der Rechtssache *Kom/Irland* betonte, dürfte es sich beim in *Parking Brixen* und *ANAV* verwendeten Terminus „Ausschreibung“ um einen Übersetzungsfehler gehandelt haben, da in den übrigen Sprachfassungen einheitlich den Begriff der Ausschreibung zugunsten von „mise en concurrence“ bzw. „procedura concorrenziale“ vermieden wurde. Nach Würdigung sämtlicher Umstände verneinte GA *Stix-Hackl* eine Ausschreibungspflicht von Dienstleistungskonzessionen qua Primärrecht, Schlussanträge der GA *Stix-Hackl*, Rs C-532/03, *Kom/Irland*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 62ff. Der EuGH hat in seiner Entscheidung in dieser Rechtssache diese Frage jedoch nicht erörtert sondern die Klage der Kom aus Beweisgründen abgewiesen.

Besonderheit des nichtkommerziellen öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dessen demokratiepolitische, soziale und kulturelle Dimension

„erklärt und rechtfertigt die Tatsache, dass ein Mitgliedstaat für die Zuweisung dieser Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zumindest dann *keine Ausschreibung* durchführen muss, wenn er, wie hier, diese öffentlich-rechtliche Dienstleistung *selbst mit Hilfe einer staatlichen Gesellschaft erbringen will*. Aus denselben Gründen sind auch die Hinweise der Klägerin auf den XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001 und auf die dort von der Kommission vorgenommene Auslegung des Urteils *Telaustria* und Telefonadress [...] unerheblich.“⁸⁷⁶

Bemerkenswerterweise führt das Gericht dadurch eine gegenüber den allgemeinen Dienstleistungskonzessionen privilegierte Sonderkategorie für Konzessionen gemeinwirtschaftlicher Natur ein, auf die nicht einmal die reduzierten *Telaustria*-Publizitätspflichten Anwendung finden. Unklar ist allerdings, ob das Gericht hier lediglich einen Inhouse-Betrieb feststellt, bei dem ohnehin keine Ausschreibungspflicht besteht,⁸⁷⁷ oder weitergehend DAWI von den ökonomischen Zwängen eines verpflichtenden Ausschreibungsmodells abschirmen will. Gegen einen Inhouse-Betrieb sprechen zum einen die fehlenden Zitate der einschlägigen Rechtsprechung und zum anderen die Feststellungen zu *Telaustria*, die ansonsten unerheblich wären.

Zusammenfassend schreiben, wie das Gericht ausdrücklich festhält,⁸⁷⁸ weder Art 86 Abs 2 noch die Grundfreiheiten eine Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungskonzessionen vor. Eine allgemeine Ausschreibungspflicht ist somit dem Gemeinschaftsrecht fremd. Eine aus dem Beihilfenrecht abgeleitete Ausschreibungspflicht für Dienstleistungskonzessionen würde der durch den Gerichtshof mehrmals bestätigten politischen Grundsatzentscheidung des Rates entgegenlaufen⁸⁷⁹ ist und daher abzulehnen.⁸⁸⁰

Eine allgemeine Ausschreibungspflicht wäre in der Daseinsvorsorge auch unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten kritisch zu hinterfragen. Das Ausschreibungsmodell ist nämlich nicht ausnahmslos geeignet, ein ökonomisches und wettbewerbspolitisches Optimum zu realisieren. Sieht man von den abstrakten idealisierenden Prämissen des

⁸⁷⁶ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 154ff (Hervorhebung des Verfassers).

⁸⁷⁷ EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-8121 und EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

⁸⁷⁸ EuG, Rs T-442/03, *SIC II*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 156.

⁸⁷⁹ So *Jennert*, Daseinsvorsorge (2005) 234.

⁸⁸⁰ AA *Pöcker*, EuZW 2007, 167, der die prinzipielle politisch-demokratische Legitimation des EuGH betont, auch gegen den Willen des europäischen Gesetzgebers eine Ausschreibungsverpflichtung durchzusetzen.

Ausschreibungswettbewerbs ab, so kann aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht die Überlegenheit dieses Verfahrens gegenüber anderen allokativen Mechanismen nicht ohne weiteres bewiesen werden. Der „Wettbewerb um den Markt“ ist nämlich mit zahlreichen Regulierungsproblemen verbunden (Qualitätswahl bei nicht homogenen Gütern, Bieterabsprachen, „winner’s curse“ etc) und sollte als Steuerungsinstrument des öffentlichen Sektors daher nicht idealisiert werden.⁸⁸¹

Eine Veranschaulichung dieser Bedenken liefert das von der englischen Regierung *Thatcher* eingeführte System des „Compulsory Competitive Tendering“, das eine generelle Ausschreibungspflicht auch für Leistungen vorsah, die in Eigenregie erbracht werden sollten.⁸⁸² Es wurde letztlich nach anhaltender Kritik, welche nicht nur die Einschränkung der lokalen Entscheidungsfreiheit, sondern auch ineffizientere statt effizientere Strukturen als Folgen der Ausschreibungspflicht bemängelte, von der Regierung *Blair* 1999 abgeschafft und durch das Prinzip des *Best Value* ersetzt.⁸⁸³ Die britischen Erfahrungen zeigen, dass der Ausschreibungswettbewerb in der Daseinsvorsorge ein besonderes Problempotential aufweist.⁸⁸⁴ Die Wahl dieses Allokationsinstrumentes sollte daher im Einzelfall geprüft, aber nicht als Allheilmittel betrachtet werden.

⁸⁸¹ *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung (1999), 318ff, mit einer ausführlichen Darstellung der Probleme und ihrer Lösungsansätze; siehe auch ausführlich *Cox*, Öffentliche Dienstleistungen künftig im obligatorischen Ausschreibungswettbewerb? Zur Initiative der Europäischen Kommission zur Ausschreibungspflicht bei öffentlichen Dienstleistungskonzessionen, in: *Cox* (Hrsg), Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen (2003), 55ff: Eine generelle Ausschreibungspflicht von Konzessionen ist schon allein deshalb problematisch, weil gemäß dem Transaktionskostenansatz eine Ausschreibung nur dann sinnvoll ist, wenn die Transaktionskosten (Vertragsanbahnungs- und Vertragsabschlusskosten, laufende Kontrollkosten der Vertragserfüllung etc) die potentiellen Kostensenkungseffekte nicht übersteigen. Transaktionskosten von Dienstleistungskonzessionen in der Daseinsvorsorge, die typischerweise eine lange Vertragsdauer aufweisen, können ein beträchtliches Ausmaß erreichen, da nach den Grundsätzen der Vertragstheorie langfristige Verträge höhere Transaktionskosten aufweisen als kurzfristige. Im Einzelfall kann eine Direktvergabe unter dem Gesichtspunkt der Transaktionskosten daher ökonomisch sinnhafter sein als eine Ausschreibung der Konzession. Es stellt sich zudem die Frage, ob ein Ausschreibungswettbewerb auch tatsächlich zu mehr Wettbewerb führt. Die schon jetzt zu beobachtende Verdrängung kommunaler Klein- und Mittelbetriebe durch multinationale global players im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen könnte langfristig zu Oligopolbildungen in diesen Bereichen führen. Kommunale Dienstleister haben aufgrund ihrer strukturellen Wettbewerbsnachteile (mangelnde Mobilität und Kapitalausstattung) im Wettbewerb mit transnationalen Großunternehmen langfristig das Nachsehen.

⁸⁸² Im Gegensatz zum Vergaberecht der Gemeinschaft, das bei einem Inhouse-Betrieb keine Ausschreibungspflicht statuiert; vgl EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-8121 und EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, noch nicht in der Slg veröffentlicht; *Holoubek/Segalla* in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 76ff.

⁸⁸³ *Segalla*, Kommunale Daseinsvorsorge (2006), 136ff.

⁸⁸⁴ Gerade im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen spielen Vertrauen und Kooperation eine bedeutende Rolle, die durch das Instrument des Ausschreibungswettbewerbs untergraben werden können, siehe *Vincent-Jones*, Hybrid Organization, Contractual Governance, and Compulsory Competitive Tendering in the Provision of Local Authority Services, in: *Deakin/Michie* (Hrsg), Co-operation and Competition: Studies in Economics, Management and Law (1997) 154 (zit nach *Prosser*, European Public Law 2005, 562): „quasi-market structures have tended to undermine the trusting, co-operative relationships necessary for efficient contracting. Excessive separation of interests is accompanied by communication and information flow problems, and by increased risk of opportunism by one or both sides... The result has been a tendency to relatively high levels of conflict expressed in defaults, penalties and disputes“.

4.5.6.5 Fazit

Im Ergebnis kann den Einwänden gegen die Erstattungsfähigkeit der tatsächlichen Kosten, die von der Rechtsprechung und der Kommission auf Ebene des Art 86 Abs 2 zugelassen wird, nicht gefolgt werden. Die von den Kritikern geforderte Effizienzmaxime in Form einer bloßen Erstattungsfähigkeit der Marktkosten wäre mit dem aktuellen Stand des Gemeinschaftsrechts auch nicht vereinbar. Die vorgetragenen Einwände sind vielmehr wettbewerbspolitischer Natur und unterliegen als solche der Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers.

Die Rechtsprechung hat stets betont, dass im Kontext der Daseinsvorsorgefinanzierung die Beihilfenkontrolle der Verhinderung wettbewerbsverfälschender Quersubventionen und nicht der Effizienzsteigerung des öffentlichen Sektors dient. Die haushaltrechtliche Frage der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der öffentlichen Versorgung fällt in die Organisationsgewalt der Mitgliedstaaten.

Ein objektiver Kostenmaßstab würde für die Erbringung von DAWI entweder eine Einschränkung des bisherigen Leistungsumfangs oder eine verpflichtende Liberalisierung mit sich bringen. Beides würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten im Bereich der Daseinsvorsorge darstellen.⁸⁸⁵ Vor diesem Hintergrund ist von Seiten der Kommission eine Hinwendung zu einem Marktmaßstab auch in Zukunft nicht zu erwarten. Denn dieser fehlt hierfür sowohl der politische Wille als auch die rechtliche Gestaltungskompetenz.

⁸⁸⁵ *Leibenath*, EuR 2003, 1065; vgl. *Jennert*, NVwZ 2004, 427.

4.6 Artikel 86 Abs 2 Satz 2

4.6.1 Allgemeines

Zusätzlich zum Vorliegen einer Aufgabenverhinderung darf als letzte Prüfungsstufe des Art 86 Abs 2 die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Art 86 Abs 2 S 2 ist auf die Befürchtung zurückzuführen, dass die wettbewerbsrechtliche Kontrolle der öffentlichen Sektoren durch Art 86 Abs 2 S 1 ausgehöhlt werden könnte. Die Einfügung der Schranke des Art 86 Abs 2 S 2 war für Deutschland und die Benelux-Staaten daher Bedingung für ihre Zustimmung zu Art 86 Abs 2 S 1. Die interventionistisch ausgerichteten Gründungsstaaten Frankreich und Italien erklärten sich schließlich bereit, diese Formulierung zu akzeptieren.⁸⁸⁶

Art 86 Abs 2 S 2 errichtet im Rahmen der Funktion des Art 86 Abs 2, wirtschaftspolitische Interessen der Mitgliedstaaten mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang zu bringen, eine äußere Grenze, über die hinaus eine Durchbrechung des Gemeinschaftsrechts zugunsten mitgliedstaatlicher Interessen nicht zulässig ist.⁸⁸⁷

Uneinigkeit besteht über die dogmatische Einordnung des Art 86 Abs 2 S 2. Ein Teil der Literatur geht von einer Schranken-Schranke gegenüber Art 86 Abs 2 S 1 aus.⁸⁸⁸ Der andere Teil vertritt hingegen die Ansicht, Art 86 Abs 2 S 2 sei ein Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸⁸⁹

Die Rechtsprechung prüft Satz 2 erst nach Satz 1, was der Konstruktion der Vorschrift auch entspricht und als Hinweis auf eine Schranken-Schranke gesehen werden kann.⁸⁹⁰ Die Kommissionspraxis ist nicht einheitlich und prüft Satz 2 mal als integralen Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung,⁸⁹¹ mal separat.⁸⁹²

⁸⁸⁶ *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997), 1600 mN.

⁸⁸⁷ *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 67.

⁸⁸⁸ *Ehricke*, EuZW 1998, 746; *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1599 mwN; *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 334 und *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 157 bezeichnen dies als hM.

⁸⁸⁹ *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 86 Rz 66; *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 67 mwN, der wiederum diesen Verhältnismäßigkeitsansatz als hM bezeichnet.

⁸⁹⁰ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 157.

⁸⁹¹ Vgl *Retention of financial reserves by Sickness Funds and Risk equalisation System*, Entwurf in englischer Sprache zu Kom-E N 541/2004 und N 542/2004 vom 3.5.2005, *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*, C(2005) 1329 fin Punkt 4.2.2.4.

Die praktische Relevanz dieser Kontroverse ist jedoch gering. Denn auch eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung zieht dem Ausnahmetatbestand eine Grenze und kann somit als Schranken-Schranke verstanden werden.⁸⁹³

Art 86 Abs 2 S 2 enthält zwei Tatbestandsmerkmale, die kumulativ vorliegen müssen: die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs und der Widerspruch gegen das Interesse der Gemeinschaft. Nichtsdestoweniger können beide Merkmale nicht separat geprüft, sondern müssen aufeinander bezogen werden. Das Interesse der Gemeinschaft bildet dabei den rechtlichen Beurteilungsmaßstab für das hinzunehmende Ausmaß der Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs.⁸⁹⁴

4.6.2 Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs – globaler oder faktischer Ansatz?

Zu diesem Tatbestandselement werden in der Literatur zwei unterschiedliche Ansätze vertreten. Eine Gruppe in der Literatur vertritt die Auffassung, dass schon nach dem Vertragswortlaut eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs als solche hinzunehmen ist, sofern ihre Intensität nicht dem Interesse der Gemeinschaft widerspricht. Die Schwelle, die überschritten werden müsse, damit eine Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs angenommen werden könne, müsse dabei erheblich höher sein als jene, die für Maßnahmen iSd Art 81, 82 und 87 gelte, „die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.⁸⁹⁵ Denn während diese „Zwischenstaatlichkeitsklauseln“ als Anwendungsvoraussetzungen für die Wettbewerbsvorschriften zu sehen seien, beschreibe Art 86 Abs 2 S 2 die äußerste Grenze für die Durchbrechung derselben Vorschriften zugunsten mitgliedstaatlicher Interessen.⁸⁹⁶ Die Annahme, dass jede Verletzung der Wettbewerbsvorschriften bereits dem Interesse der Gemeinschaft widerspräche, würde eine unüberwindbare Hürde darstellen und somit die Ausnahmebestimmung leer laufen lassen. Art 86 Abs 2 S 2 verfolge hingegen einen globaleren Ansatz, nach dem der innergemeinschaftliche freie Handelsverkehr insgesamt

⁸⁹² Vgl. Kom-E N 244/2003 vom 6.4.2005, *Credit Union Provision*, C(2005) 977 fin Rz 76f.

⁸⁹³ Zutreffend *Erhardt*, *Öffentliche Dienstleistungen* (2003) 335.

⁸⁹⁴ Vgl. *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht* (1997) 1600; vgl. *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge* (2002) 157.

⁸⁹⁵ *Hochbaum/Klotz* in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Art 86 Rz 77.

⁸⁹⁶ *Stadler* in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 68.

und nicht nur hinsichtlich einzelner Produkte nachteilig beeinflusst werden müsse, selbst wenn einzelne Produkte vollständig vom Handel ausgeschlossen würden.⁸⁹⁷

Ein anderer Teil der Literatur lehnt den „globalen Ansatz“ als zu weit reichend ab. Es wird auf die Systematik der Ausnahmegesetzgebung verwiesen, die auf die Freistellung einzelner Dienstleistungen abziele. Eine solche könne jedoch schwer den gesamten innergemeinschaftlichen Handelsverkehr beeinflussen.⁸⁹⁸ Es sei hingegen zu prüfen, welche Wirkungen von der Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts auf den tatsächlichen Handelsverkehr ausgehen. Eine bloß potentielle Beeinträchtigung sei keine Beeinträchtigung iSv Art 86 Abs 2 S 2.⁸⁹⁹

Die europäischen Gerichte haben hingegen dieses Tatbestandselement bislang nicht umfassend ausgelegt. Einzelne Generalanwälte haben in ihren Schlussanträgen zu Satz 2 Stellung bezogen. GA *Rozès* bezeichnet die Wendung von Satz 2 als

„deutlich enger als jene ihrer klassischen Definition der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Bei der fraglichen Wendung liegt der Akzent auf der *Zunahme des Handels* innerhalb des Gemeinsamen Marktes; diese Voraussetzung ist deshalb nur erfüllt, wenn die negative Auswirkung der angegriffenen Maßnahmen auf die Entwicklung des Handels *wesentlich* ist. Eine Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel potentiell zu behindern [...] beeinträchtigt nicht die Entwicklung des Handelsverkehrs iSv Art 90 Absatz 2.“⁹⁰⁰

Gefordert wird also eine wesentliche, tatsächliche Beeinträchtigung des dynamischen Prozesses der Vermehrung der Handelsströme. GA *Cosmas* übernimmt in seinen Schlussanträgen zu den *Energiemonopol*-Urteilen diese Auffassung und konkretisiert sie dahingehend, dass von der Formulierung „Entwicklung des Handelsverkehrs“ und der Verbform „beeinträchtigt werden“ Maßnahmen erfasst sind,

„die nicht nur geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, sondern solche beeinträchtigenden Wirkungen tatsächlich haben, und zwar in einem solchen Ausmaß, dass der innergemeinschaftliche Handel in dem entsprechenden Sektor praktisch verschwindet.“⁹⁰¹

⁸⁹⁷ Jung in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 51; Pernice in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Art 90 Rz 55f.

⁸⁹⁸ *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1600f.

⁸⁹⁹ *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1601; *Von Burchard* in: *Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 76; *Kahl*, wbl 1999, 195; nach *Immenga/Mestmäcker* ist auch eine potentielle Gefährdung erfasst.

⁹⁰⁰ Schlussanträge der GA *Rozès*, Rs C-78/82, *Italien/Kom*, Slg 1983, I-1955, Abschnitt C (Hervorhebung des Verfassers).

⁹⁰¹ Schlussanträge des GA *Cosmas*, Rs C-157/94, C-158/94, C-159/94 und C-160/94, *Energiemonopole*, Slg 1997, I-5699 Rz 126.

Das Urteil überprüft den tatsächlichen Handelsverkehr auf Grundlage sekundärrechtlicher Akte und bestätigt damit indirekt den Ansatz von GA *Cosmas*.⁹⁰² Es folgt schlussendlich weder gänzlich dem globalen noch dem faktischen Ansatz, sondern geht einen Mittelweg: Qualitativ muss die Beeinträchtigung tatsächlich sein und die Zunahme der Handelsströme betreffen. Quantitativ muss die Beeinträchtigung der Handelsströme zwar nicht global sein, jedoch ein solches Ausmaß erreichen, dass der Handel einem Sektor vollständig unterbunden wird.

4.6.3 Interesse der Gemeinschaft

4.6.3.1 Ermessen der Kommission bei der Definition des Gemeinschaftsinteresses

Nach den *Energiemonopol*-Urteilen oblag es der Kommission,

„das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist. Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag beauftragt die Kommission ausdrücklich, auf die Anwendung dieses Artikels zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten“.⁹⁰³

Im weiteren Urteilsverlauf hielt der Gerichtshof die Behauptung der Kommission, dass die Handelsmonopole im Energiebereich dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderliefen, nicht für ausreichend, da die Richtlinie über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze⁹⁰⁴ ausdrücklich einen zunehmenden zwischenstaatlichen Austausch elektrischer Energie feststellte.⁹⁰⁵

Die Vorgaben des Gerichtshofs zur Definition des Gemeinschaftsinteresses wurden in der Literatur unterschiedlich interpretiert.

Nach *Ehricke* setzt die Anwendung der Schranken-Schranke von Art 86 Abs 2 S 2 gem den Ausführungen des EuGH ein Tätigwerden der Kommission durch den Erlass sekundärrechtlicher Regelungen gemäß Art 86 Abs 3 voraus. Das bedeute umgekehrt, dass

⁹⁰² EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 109ff.

⁹⁰³ EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 69; EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 113.

⁹⁰⁴ RL 90/547/EWG des Rates über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze, ABl 1990 L 313/30.

⁹⁰⁵ EuGH, Rs C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Slg 1997, I-5768 Rz 70; EuGH, Rs C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Slg 1997, I-5815 Rz 114.

in Sektoren, die nicht sekundärrechtlich bestimmt sind, über Art 86 Abs 2 S 1 hinaus keine weitere Grenze für mitgliedstaatliches Wirtschaftshandeln bestehe.⁹⁰⁶

Dieser Auffassung, die letztendlich das Interesse der Gemeinschaft nicht an den Vertragszielen, sondern an der jeweiligen sektorspezifischen Politik der Gemeinschaftsorgane festmacht, wird in der Literatur eine weitere Schwächung der Eingrenzungskraft des Art 86 Abs 2 durch eine „Politisierung“ von Satz 2 vorgeworfen, in dessen Rahmen die Interessensabwägung nicht mehr nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern nach den politischen Kräfteverhältnissen im Rat erfolge.⁹⁰⁷

Es wäre jedenfalls verfehlt, ein Definitionsmonopol der Kommission bezüglich des Interesses der Gemeinschaft anzunehmen.⁹⁰⁸ Einer solchen Auslegung wird ausdrücklich in *Rendo II* widersprochen.⁹⁰⁹ Im Übrigen ergibt sich aus den *Energiemonopol*-Urteilen selbst, dass der Gerichtshof zwar nicht bereit ist, das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, sich aber gleichzeitig eine Kontrolle der Definition ausdrücklich vorbehält.⁹¹⁰

4.6.3.2 Literatur

In der Literatur ist unbestritten, dass sich das Interesse der Gemeinschaft aus den Zielen und Grundsätzen des Vertrages ergibt. Diese setzen sich jedenfalls aus den Art 2, 3, dem Diskriminierungsverbot, den Grundfreiheiten sowie dem Wettbewerbsrecht zusammen.⁹¹¹

Strittig sind hingegen die Fragen, ob zum einen weitere Ziele zu berücksichtigen sind und zum anderen, ob zwischen den zu berücksichtigenden Zielen ein Rang besteht bzw nach welchen Grundsätzen eine Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen erfolgen soll.

Eine Interessensabwägung zwischen den Vertragszielen und den entgegenstehenden nationalen Interessen an der Erbringung der DAWI bestimmt, ob Art 86 Abs 2 S 2 verletzt

⁹⁰⁶ Ehricke, EuZW 1998, 746f.

⁹⁰⁷ Schweitzer, Daseinsvorsorge (2002) 161f.

⁹⁰⁸ In diesem Sinne Ehricke, EuZW 1998, 746.

⁹⁰⁹ EuGH, Rs C-19/93 P, *Rendo II*, Slg 1995, I-3319 Rz 18: „Die Bezugnahme auf [Art 86 Abs 2 S 1] [...] kann nicht dahin ausgelegt werden, dass das Gericht zwischen diesen beiden Sätzen unterscheiden und der Kommission eine ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung von Satz 2 zuerkennen wollte“.

⁹¹⁰ Dohms/Levasseur, CPN 1/1998, 24.

⁹¹¹ Von vielen Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1601; Jung in: Callies/Ruffert (Hrsg), Art 86 Rz 52; Von Burchard in: Schwarze (Hrsg), Art 86 Rz 77.

ist.⁹¹² Diese Abwägung kann auch als Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn bezeichnet werden.⁹¹³

Dabei betrachtet ein Teil der Literatur die Errichtung des Binnenmarkts mit einem System unverfälschten Wettbewerbs jedenfalls als vorrangiges Ziel zu übrigen Interessen.⁹¹⁴ Diese Meinungsgruppe vertritt die Ansicht, dass durch den Verstoß gegen Grundprinzipien ein Ausmaß von Vertragswidrigkeit erreicht ist, welches durch nationale Interessen nicht mehr gerechtfertigt werden kann.⁹¹⁵ Ein nationales Interesse müsse in diesem Fall stets hinter der Wahrung dieser Grundsätze zurückstehen.⁹¹⁶ Nicht zu rechtfertigen sei idS eine Verletzung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs,⁹¹⁷ des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit des Art 12 als grundlegendes Vertragsprinzip⁹¹⁸ sowie der Grundrechte.⁹¹⁹

Der Annahme einer absoluten Grenze, die sich aus bestimmten grundlegenden Vertragsprinzipien zusammensetzt, ist zu widersprechen, da eine solche der Konstruktion des Art 86 Abs 2 fremd wäre, der eine Abwägung zwischen dem Interesse an der DAWI und der Wahrung des Binnenmarkts und des Systems des freien Wettbewerbs verlangt.⁹²⁰

Angesichts der *Energiemonopol*-Urteile, denen zufolge selbst einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten gerechtfertigt sein kann, kann die These, welche die Vertragsprinzipien als absolute Grenze von Art 86 Abs 2 S 2 betrachtet, ohnehin nicht mehr aufrechterhalten werden.⁹²¹ Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder die Grundrechte wird dagegen schon an der Hürde des Art 86 Abs 2 S 1 scheitern, zumal nicht ersichtlich ist, wie die Wahrung der Grundrechte bzw der Grundsatz der Gleichbehandlung eine gemeinwirtschaftliche Aufgabenerfüllung verhindern könnte.

⁹¹² Vgl EuGH, Rs C-10/71, *Hafen von Mertert*, Slg 1971, I-723 Rz 13/16; *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 53.

⁹¹³ *Ehrlicke* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Art 86 Rz 132.

⁹¹⁴ *Pernice* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Art 90 Rz 58; *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1601; *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 52; *Von Burchard* in: *Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 77.

⁹¹⁵ *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 86 Rz 53: Verstöße gegen jegliche Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts sind nicht legitimierbar; *Bartosch*, NJW 2000, 2252.

⁹¹⁶ *Kahl*, wbl 1999, 195.

⁹¹⁷ *Hochbaum/Klotz* in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 80, welche eine Orientierung an den Ausnahmen zu den Grundfreiheiten vorschlagen.

⁹¹⁸ *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1601; *Hochbaum/Klotz* in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 80; *Kahl*, wbl 1999, 195.

⁹¹⁹ *Hochbaum/Klotz* in: *Von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), Art 86 Rz 80.

⁹²⁰ Ausführlich *Erhardt*, Öffentliche Dienstleistungen (2003) 342f.

⁹²¹ Vgl *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 160.

Der zweite Einwand betrifft die Zusammensetzung der grundlegenden Vertragsprinzipien selbst, welche das Gemeinschaftsinteresse charakterisieren. So werden zu Recht Binnenmarkt und Wettbewerbssystem zu diesen gezählt. Allerdings ist die weit verbreitete These, nach welcher das „Interesse der Gemeinschaft“ ausschließlich der Durchsetzung der wirtschaftlichen Freiheiten entspricht, angesichts der Einfügung des Art 16 durch den Amsterdamer Vertrag nicht mehr vertretbar.⁹²² Art 16 hat DAWI zu einem besonderen Gemeinschaftsinteresse erhoben, dem ein wichtiger Stellenwert zukommt.⁹²³ Eine Gleichrangigkeit von DAWI mit den Grundfreiheiten bzw Wettbewerbsregeln wurde nach hM zwar nicht bewirkt.⁹²⁴ Dennoch ist Art 16 als Vertragsziel bei der Auslegung des Art 86 Abs 2 zu berücksichtigen.⁹²⁵ Im Übrigen bestätigen mehrere Kommissionsdokumente die Wichtigkeit von DAWI als Grundprinzip der Gemeinschaft.⁹²⁶ Dies hat zur Folge, dass binnenmarktorientierte Einwände gegen Intensität und Umfang mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge erschwert werden, sofern die Effizienz des betroffenen Dienstes beschränkt würde.⁹²⁷

4.6.4 Entscheidungspraxis im Beihilfenrecht

4.6.4.1 Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Anwendung des Art 86 Abs 2 S 2 auf Ausgleichsbeihilfen misst diesem Prüfungsschritt keine Bedeutung zu. In *FFSA* wird Satz 2 zusammen mit Satz 1 geprüft, ohne auf die inhaltlichen und sprachlichen Unterschiede von Satz 2 einzugehen;⁹²⁸ im Urteil *Olsen* wird die Tatbestandsvoraussetzung nicht einmal erwähnt.

Allein in *BUPA* bildet Satz 2 einen autonomen Prüfungsschritt. Die klagende Partei hatte gerügt, die Kommission hätte Satz 2 in ihrer Genehmigungsentscheidung nicht geprüft, da die angefochtene Entscheidung die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art 86 Abs 2 „unbeschadet einer etwaigen Vereinbarkeit mit anderen

⁹²² Zu Art 16 siehe oben Pkt 1.3.4.

⁹²³ Stadler in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 69.

⁹²⁴ Von vielen *Jung* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg), Art 16 Rz 12.

⁹²⁵ *Koenig/Kühling* in: *Streinz* (Hrsg), Art 16 Rz 8.

⁹²⁶ Vgl Kom, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl 2001 C 17 (Zusammenfassung); Kom, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, K(2003) 270 endg Rz 1ff.

⁹²⁷ *Tettinger*, RdE 1999, 49.

⁹²⁸ EuG, Rs T-106/95, *FFSA*, Slg 1997, II-229 Rz 173ff.

Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“ verfügt hatte, ohne das Gemeinschaftsinteresse separat zu prüfen.

Das Gericht vertrat zum einen, dass die Wendung „mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EG vereinbar“ notwendigerweise auf Satz 2 verweise. Zum anderen zeige die Bezugnahme der Genehmigungsentscheidung auf Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, dass die Kommission im Zusammenhang mit der Anwendung von Art 86 Abs 2 die Auswirkungen des Ausgleichssystems, insbesondere auf den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit, berücksichtigt habe. Unter diesen Umständen sei die Begründung, selbst wenn sie knapp erscheinen möge, trotzdem ausreichend, um deutlich zu machen, dass nach Ansicht der Kommission das Ausgleichssystem Satz 2 nicht zuwiderliefe.⁹²⁹

Die Position des EuGs in *BUPA* läuft im Ergebnis auf eine Entbindung der Kommission von ihrer Pflicht zur Prüfung von Satz 2 hinaus, da auch ohne eine explizite Bezugnahme der Genehmigungsentscheidung auf das Gemeinschaftsinteresse die Annahme getroffen wird, die Kommission hätte dieses Kriterium berücksichtigt, solange Auswirkungen auf die Grundfreiheiten in die Entscheidungsgründe einbezogen werden. Dieser Anforderung ist mit einer bloßen Bezugnahme der Genehmigungsentscheidung auf etwaiges Sekundärrecht offenbar Genüge getan.

4.6.4.2 Standpunkt der Kommission

In der Daseinsvorsorgemitteilung, dem „Non-Paper“, der Grün- und Weißbuch fehlt jegliche Bezugnahme auf diese Voraussetzung. Im Gemeinschaftsrahmen werden sowohl Satz 1 als auch 2 als erfüllt gesehen, wenn die Vorgaben des Gemeinschaftsrahmens eingehalten werden.⁹³⁰ Der Gemeinschaftsrahmen stellt aber keine Vorgaben für die Voraussetzungen von Satz 2 auf. Ebenso findet sich in den Genehmigungsentscheidungen idR keine Erwähnung von Satz 2,⁹³¹ oder es wird bei einer Erfüllung von Satz 1 automatisch auch Satz 2 als erfüllt betrachtet.⁹³²

⁹²⁹ EuG, T-289/03, *British United Provident Association (BUPA)*, noch nicht in der Slg veröffentlicht Rz 306ff.

⁹³⁰ Gemeinschaftsrahmen Tz 8.

⁹³¹ Etwa Kom-E N 46/2003 vom 13.5.2003, *Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market*, C(2003) 1322 fin.

⁹³² Etwa *Retention of financial reserves by Sickness Funds and Risk equalisation System*, Entwurf in englischer Sprache zu Kom-E N 541/2004 und N 542/2004 vom 3.5.2005, *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem*, C(2005) 1329 fin, Pkt 4.2.2.3.

Einzige Ausnahme ist die Entscheidung *Kinderkanal und Phoenix* vom 24.2.1999. Dort widmete die Kommission der Prüfung von Satz 2 ebenso viel Aufmerksamkeit wie Satz 1. Die Kommission vertrat dabei eher einen faktischen als einen globalen Ansatz, weil ihr schon eine Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Konkurrenten durch die Einführung der DAWI für die Annahme einer Handelsbeeinträchtigung genügte. Im Anschluss nahm sie eine Abwägung zwischen dem Recht des Mitgliedstaats auf Inanspruchnahme des Art 86 Abs 2 und dem Interesse der Gemeinschaft an einer weitest gehenden Beschränkung der Wettbewerbsstörung vor, wobei eine gewisse Auswirkung auf den Handel hingenommen werden könne und müsse.⁹³³ Die Prüfung von Satz 2 in *Kinderkanal und Phoenix* bleibt dennoch eine Ausnahme, die weder in Folgeentscheidungen noch in Kommissionsdokumenten eine Fortsetzung gefunden hat.

4.6.5 Fazit

Ein großer Teil der Literatur hat nach einer zunehmend extensiven Auslegung der übrigen Tatbestandselemente des Art 86 Abs 2 durch die Rechtsprechung einen Bedeutungszuwachs des Art 86 Abs 2 S 2 prognostiziert. Diese äußere Grenze werde „zum wesentlichen Instrument der Grenzziehung für das mitgliedstaatliche Wirtschaften in der EU“⁹³⁴.

Obwohl der Stellenwert von Art 86 Abs 2 S 2 in der Literatur hervorgehoben wird,⁹³⁵ ist die Anwendung des Art 86 Abs 2 in der Praxis noch in keinem Fall an dieser Voraussetzung gescheitert.⁹³⁶ Die Tatbestandsvoraussetzung ist vielmehr aus folgenden Gründen in die Bedeutungslosigkeit versunken:

Die Einräumung oder Verweigerung einer Befreiung von den Vertragsvorschriften erfolgt idR bereits auf der vorgelagerten Prüfungsstufe von Satz 1, sodass Satz 2, falls überhaupt, lediglich zur Bestätigung des erlangten Ergebnisses herangezogen wird. Mitunter dürfte die präzisere Formulierung von Satz 1 eine Rolle spielen, die im Vergleich zu den abstrakten Begriffen des Satz 2 in erhöhtem Ausmaß einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich ist.

⁹³³ Kom-E N 70/98 vom 24.2.1999, *Kinderkanal und Phoenix*, ABl 1999 C 238/3, Pkt 6.3.

⁹³⁴ Ehricke, EuZW 1998, 746; vgl Kahl, wbl 1999, 194; vgl Bartosch, NJW 2000, 2252; vgl Schweitzer, Daseinsvorsorge (2002) 170.

⁹³⁵ Vgl Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (1997) 1600.

⁹³⁶ Stadler in: Langen/Bunte, Art 86 Rz 67.

Eine wesentliche Rolle spielt die Neugewichtung und Aufwertung der DAWI, die unter anderem auf die Einfügung des Art 16 zurückzuführen ist. Das Interesse der Mitgliedstaaten an der Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Versorgung gewinnt im Rahmen der Abwägung beträchtlich an Gewicht, da es zu einem Gemeinschaftsinteresse aufgewertet wird und mit diesem teilweise identisch ist. Auf der Prüfungsebene von Satz 2 finden sich daher jene widerstreitenden Interessen wieder, zwischen denen der Art 86 Abs 2 insgesamt einen Ausgleich schaffen soll. Es ist daher unklar, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn des Art 86 Abs 2 S 2, von Extremfällen abgesehen, zu vorhersehbaren Ergebnissen führen kann.⁹³⁷

Damit kann Art 86 Abs 2 S 2 seine Funktion als Schranken-Schranke, einer Aushöhlung der Wettbewerbsvorschriften vorzubeugen, nicht effektiv wahrnehmen. Satz 2 bleibt ein zahnloser zweitrangiger Prüfungsschritt, der bloß in Bereichen entscheidungserheblich sein dürfte, in denen Sekundärrecht dem Gemeinschaftsinteresse justiziable Konturen verliehen hat. In sekundärrechtslosen Bereichen ist dagegen kaum eine mitgliedstaatliche Maßnahme denkbar, welche der Prüfung von Satz 1 standhalten und anschließend an den weit gefassten Voraussetzungen von Satz 2 scheitern könnte.

Im Beihilfenrecht dürfte die Anwendung von Satz 2 das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Satz 1 nicht mehr verändern. Im Gegensatz zu Monopolrechten, die sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstrecken und daher den zwischenstaatlichen Handel vollständig unterbinden können, bleibt bei einem bloßen Mehrkostenausgleich ohne Ausschließlichkeitsrecht der Marktzugang für sämtliche aktuelle oder potentielle Anbieter erhalten. Die größtmögliche Wettbewerbsverzerrung erschöpft sich, wie im Fall *Kinderkanal und Phoenix*, in einer Intensivierung des Wettbewerbs durch die Einführung eines neuen Anbieters, der zu einem Verdrängen etablierter Anbieter führen kann.⁹³⁸ Die *Energiemonopol*-Urteile haben eine nahezu komplette Marktabschottung der Märkte durch Im- und Exportmonopole für vertretbar gehalten; Aus einem Größenschluss muss daher folgen, dass ein bloßer Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Mehrkosten ohne Schaffung neuer Markteintrittsbarrieren kaum die für einen Verstoß gegen Art 86 Abs 2 S 2 maßgebliche Schwelle der

⁹³⁷ So zutreffend Stadler in: *Langen/Bunte*, Art 86 Rz 69.

⁹³⁸ Ob dies nicht im Interesse der Gemeinschaft ist, ist wohl wettbewerbspolitische Geschmackssache.

Wettbewerbsverzerrung überschreiten kann. Als Prüfungsschritt weist im Beihilfenrecht Satz 2 daher im Regelfall gegenüber Satz 1 keinen Mehrwert auf.

Die Gemeinschaftsgerichte haben die von der Literatur geforderte Aufwertung der Schrankenprüfung bislang nicht vollzogen. Eine solche Entwicklung ist aus den angeführten Gründen auch in Zukunft unwahrscheinlich, weshalb die Diskussion wohl eine vorwiegend akademische bleiben dürfte.

5 Conclusio

In dieser Untersuchung wurden eine Vielzahl von Teilproblemen zum Themenkomplex DAWI und Beihilfenrecht behandelt. Zum Zwecke der Verdichtung der einzelnen Ergebnisse zu einem Gesamtbild konzentrieren sich diese Schlussbemerkungen deshalb auf die neuralgischen Punkte des Verhältnisses von DAWI und europäischem Beihilfenrecht: Erstens wird auf die Rechtsnatur gemeinwirtschaftlicher Kostenausgleiche eingegangen, die lange Zeit im Fokus der Diskussion in Literatur und Praxis gestanden ist. Zweitens soll eine Antwort auf die politisch sensible Frage gegeben werden, ob das Beihilfenrecht eine Liberalisierung mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorgestrukturen erzwingt. Abschließend wird in einer Gesamtbetrachtung die Prüfungsdichte der einzelnen Rechtmäßigkeitsbedingungen des Art 86 Abs 2 untersucht sowie ein Ausblick auf die Zukunft der DAWI-Finanzierung gewährt.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur **Rechtsnatur** gemeinwirtschaftlicher Ausgleichs hat nach wechselvollen Entscheidungen in eine aus normsystematischer Sicht überzeugende Zweiebenenprüfung gemündet, die der unterschiedlichen Natur einerseits der Tatbestandsbestimmung des Art 87 Abs 1 und andererseits der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 hinreichend Rechnung trägt.

Auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 lässt das Leiturteil *Altmark* die Beihilfeneigenschaft jener Ausgleichszahlungen entfallen, die die vier Voraussetzungen des *Altmark*-Urteils kumulativ erfüllen. *Altmark* operiert in der beihilfenrechtlichen Beurteilung des Ausgleichs als modifizierter Privatinvestortest bzw als Substrat von Marktbedingungen: Bei Nichterfüllung einer oder mehrerer Voraussetzungen ist die Ausgleichszahlung nicht marktkonform und somit als Beihilfe iSv Art 87 Abs 1 zu qualifizieren.

Die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen einer solchen Beihilfe sind anschließend auf Rechtfertigungsebene des 86 Abs 2 zu prüfen und bei Vorliegen der Voraussetzungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären. Hierbei zieht das Verbot der Überkompensierung dem Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 eine normative Grenze: Ein Ausgleich, der die tatsächlich angefallenen Mehrkosten überschießt, ist mangels Erforderlichkeit immer unverhältnismäßig und rechtswidrig.

Mit diesem Zweiebenensystem haben die europäischen Gerichte und die Kommission ein Prüfschema geschaffen, welches einen Interessensausgleich zwischen europäischer

Wettbewerbsaufsicht und staatlicher Daseinsvorsorgeorganisation erreicht: Ein *Altmark*-konformer Ausgleich ist aufgrund seiner Marktkonformität für das europäische Wettbewerbssystem ungefährlich, weshalb der mangels Existenz einer Beihilfe unzuständigen Kommission eine Intervention in mitgliedstaatliche Belange der Daseinsvorsorgefinanzierung verwehrt ist. Die Zuständigkeit der europäischen Beihilfenaufsicht wird nur dann begründet, wenn aufgrund fehlender Markangemessenheit des Ausgleichs eine Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes zu befürchten ist. Dieses Zweiebenensystem harmonisiert mit der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten und ist deshalb den Einebenenansätzen der Rechtsprechung vor *Altmark* überlegen, die rechtmäßige Verlustausgleiche entweder als rechtfertigbare Beihilfen (Beihilfenansatz) bzw Nichtbeihilfen (Ausgleichsansatz) qualifizierten.

Die Kommission hat in ihrer Entscheidungspraxis das von der Rechtsprechung geschaffene Zweiebenensystem bisher allerdings nicht umgesetzt: In restriktiver Auslegung der *Altmark*-Voraussetzungen verneint die Kommission fast ausnahmslos die Erfüllung der vierten Voraussetzung und erklärt im Anschluss die Beihilfe gemäß Art 86 Abs 2 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Diese Entscheidungspolitik verdrängt die Tatbestandsebene und forciert dadurch *de facto* den Beihilfenansatz. Sie verkehrt ferner die geltende Beweisregel, nach der die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe nachweisen muss, in ihr Gegenteil, indem sie den Mitgliedstaaten die Beweislast für die Erfüllung der *Altmark*-Kriterien auferlegt.

Diese Entscheidungspolitik dürfte vom strategischen Interesse der Kommission geprägt sein, den Spielraum der Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1, deren Auslegung sich ihrem Ermessen entzieht, möglichst klein zu halten. Erstens kann sie, wie die Erlassung der Freistellungsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens zeigt, auf Rechtfertigungsebene die Auslegung Art 86 Abs 2 innerhalb der von der Rechtsprechung gezogenen Grenzen weit gehend frei gestalten. Zweitens trägt die Kommission gerade deshalb in Vollziehung des Art 86 Abs 2 ein geringeres Prozessrisiko: Angesichts der vollumfänglichen gerichtlichen Nachprüfbarkeit des Beihilfenbegriffs haben Konkurrentenklagen gegen Kommissionsentscheidungen, die eine unrichtige Auslegung Beihilfenbegriffs des Art 87 Abs 1 rügen, höhere Erfolgschancen als Klagen, die eine Ermessensüberschreitung durch die Kommission bei Anwendung des Ausnahmetatbestands des Art 86 Abs 2 behaupten. Als Konsequenz können einzelne Abteilungen der Generaldirektion Wettbewerb in der täglichen Beihilfenpraxis gegen den juristischen Dienst der Kommission, der als Vertreter

der Kommission vor den europäischen Gerichten prozessuale Erfolgchancen vor wettbewerbspolitische Erwägungen reiht, eine „no aid decision“ kaum mehr durchsetzen.

Die jüngere Rechtsprechung des EuG hat durch eine weite Auslegung der *Altmark*-Kriterien und eine Klarstellung der Beweislastverteilung die Kommission unter Druck gesetzt, vermehrt staatliche Maßnahmen das *Altmark*-Prüfungsschema erfolgreich passieren zu lassen, und drängt somit auf eine Wiederherstellung des Zweiebenensystems. Angesichts des gestiegenen Prozessrisikos für die Kommission ist zu erwarten, dass diese ihre Entscheidungspraxis zukünftig entsprechend anpassen wird, um eine Vermehrung von Nichtigkeitsklagen durch Mitgliedstaaten zu vermeiden.

Hat das Beihilfenrecht eine **Liberalisierung** staatlicher Daseinsvorsorgestrukturen erzwungen? Die aktuelle Rechtslage lässt keinen solchen Liberalisierungsschub erkennen. Sämtliche Faktoren, die für die Wettbewerbsintensität in der Daseinsvorsorge ausschlaggebend sind, wurden zu Gunsten der etablierten mitgliedstaatlichen Versorgungsstrukturen entschieden:

Zunächst hat die Rechtsprechung bestimmte Aktivitäten als nichtwirtschaftlich qualifiziert und damit auf einer Vorstufe dem Anwendungsbereich des Art 87 Abs 1 gänzlich entzogen. Dies betrifft etwa die staatlich finanzierten Grundversorgungssysteme in den politisch sensiblen Bereichen Gesundheit und Bildung.

Wirtschaftliche Aktivitäten unterliegen zwar dem Art 87 Abs 1, können jedoch von den Mitgliedstaaten als DAWI iSv Art 86 Abs 2 definiert und marktwirtschaftlichen Zwängen entzogen werden. Die Gemeinschaftsorgane räumen den Mitgliedstaaten im Zuge dessen ein Definitionsermessen ein, das nur auf offenkundige Fehler kontrolliert wird. Das weite mitgliedstaatliche Ermessen gestattet die Einführung von DAWI auch in wirtschaftlich umkämpften Bereichen, ohne dass die Privilegierung der Dienstleistung ein Marktversagen idS voraussetzen würde, dass die Leistung von Marktkräften überhaupt nicht erbracht werden würde; die Leistung muss lediglich ein Allgemeininteresse aufweisen und sich dadurch von Wettbewerbsaktivitäten unterscheiden. Diese bloße Missbrauchskontrolle bewahrt den Mitgliedstaaten in der Daseinsvorsorge einen weiten politischen Aktionsradius.

Auch stehen die Rechtmäßigkeitsbedingungen des Art 86 Abs 2 der Effizienz des betrauten Anbieters weit gehend indifferent gegenüber. Ein ineffizienter Anbieter fällt durch das *Altmark*-Prüfraster, Art 86 Abs 2 lässt jedoch eine Erstattung aller Mehrkosten des

individuellen Unternehmens unbeachtlich allenfalls bestehender Ineffizienzen in der Leistungserbringung zu. Die Erstattungsfähigkeit der tatsächlichen Kosten minimiert den Kostendruck auf etablierte Daseinsvorsorgeleister, die weder zu kostensenkenden Effizienzsteigerungen bei gleichbleibendem Leistungsangebot noch zu einer Verringerung des bisher erbrachten Leistungsumfangs gezwungen werden.

Der strengere, marktorientierte Kostenmaßstab der „Net avoided cost“-Methode kommt bloß ausnahmsweise auf sekundärrechtlicher Anordnung im Telekommunikations- und zukünftig auch im Postbereich zur Anwendung. Die Gemeinschaftsorgane behalten eine Harmonisierung der Kostenmaßstäbe nach Effizienz Gesichtspunkten dem Gemeinschaftssetzgeber vor und bevorzugen damit eine politische Steuerung des Liberalisierungsprozesses durch die Mitgliedstaaten an Stelle einer rechtsgesteuerten Liberalisierung durch die Kommission mit den Mitteln des Beihilfenrechts.⁹³⁹

Die von den Gemeinschaftsorganen als zulässig erachtete Erstattung der tatsächlichen Kosten nimmt Wettbewerbsverzerrungen durch Subventionierung ineffizienter Anbieter in Kauf. Ein strengerer Ansatz, der eine Bezuschussung ineffizienter Strukturen nicht gestatten würde, würde hingegen den Marktzutritt potentieller effizienterer Alternativenanbieter und somit *de facto* eine Liberalisierung der öffentlichen Versorgung vorantreiben.

Alternative Anbieter können ihren Markteintritt wiederum nicht mittels öffentlicher Ausschreibung gegen den Willen der staatlichen Stellen, die für die Vergabe des bezuschussten Versorgungsauftrags zuständig sind, rechtlich durchsetzen, da das Gemeinschaftsrecht die öffentliche Ausschreibung nicht als Instrument der Aufgabenerfüllung allgemeinverbindlich vorgeschreibt: Auf Tatbestandsebene des Art 87 Abs 1 gewährt *Altmark* alternativ zur Ausschreibung die Direktvergabe des Versorgungsauftrags an einen effizienten Anbieter; auf Rechtfertigungsebene verpflichtet Art 86 Abs 2 nicht zur Ausschreibung. Ebenso wenig verpflichten die Grundfreiheiten zur Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungskonzessionen.

Zusammenfassend erzwingt die aktuelle Auslegung des Beihilfenrechts durch die Gemeinschaftsorgane weder signifikante Änderungen oder Einschränkungen öffentlicher

⁹³⁹ So im Ergebnis *Schweitzer*, Daseinsvorsorge (2002) 367ff in Bezug auf die Anwendung des Art 86 Abs 2 auf das Kartellrecht und der Grundfreiheiten; dies trifft dennoch ohne Einschränkung auch auf die Anwendung des Beihilfenrechts durch die Gemeinschaftsorgane zu.

Versorgungsstrukturen, noch statet sie effiziente Alternativenanbieter mit beihilfenrechtlichen Instrumentarien aus, im Rechtsweg bei Nachweis ihres niedrigeren Subventionsbedarfs ihre Beauftragung mit bezuschussten Versorgungsaufträgen durchzusetzen. Die Gemeinschaftsorgane verzichten somit im Beihilfenrecht auf eine Effizienzsteigerung des öffentlichen Sektors, die dem Zeitgeist des New Public Managements⁹⁴⁰ verhaftet wäre. Im Beihilfenrecht unterbleibt ferner die für das europäische Vergaberecht charakteristische zwingende Entkoppelung der staatlichen Leistungsbeschaffung nach reinen Effizienzkriterien von der Verfolgung wirtschafts- und sozialpolitischer Zielsetzungen⁹⁴¹.

Auch die **Prüfungsdichte** zu Art 86 Abs 2 lässt eine Stärkung der Position der Mitgliedstaaten erkennen. Denn die Gemeinschaftsorgane kontrollieren die meisten Tatbestandsvoraussetzungen lediglich auf offenkundige Ermessensüberschreitungen durch die Mitgliedstaaten:

Die Definition einer DAWI und die Form ihrer Betrauung werden lediglich auf offenkundige Fehler kontrolliert; für den Betrauungsinhalt des öffentlichen Auftrags bestehen jedoch präzise Vorgaben.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art 86 Abs 2 S 1 genügt für das Vorliegen einer Aufgabenverhinderung die Gefahr von Marktfehlfunktionen, deren Annahme von der Kommission nur auf offenkundige Fehler überprüft wird. Für den im Fall einer Aufgabenverhinderung zulässigen Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Mehrkosten bestehen hingegen detaillierte Berechnungsvorgaben.

Schließlich ist die Schranken-Schranke des Art 86 Abs 2 S 2 bedeutungslos geworden; diese Prüfungsstufe entfällt in der Beihilfenpraxis zur Gänze.

Alles in allem kann von einer engen Auslegung der Ausnahmenvorschrift⁹⁴² nicht mehr gesprochen werden.⁹⁴³ Auffallend ist die Reduzierung der Prüfungsdichte jener Voraussetzungen, die sich auf die politische Autonomie der Mitgliedstaaten unmittelbar auswirken können. Dies betrifft die Frage, welche Leistungen in welchem Umfang einer Privilegierung durch Art 86 Abs 2 zugänglich sind (Definitionsbezug von DAWI), und

⁹⁴⁰ Holoubek/Segalla in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 73.

⁹⁴¹ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht (2005), 4.

⁹⁴² Siehe oben Pkt 1.3.3.

⁹⁴³ Vgl Pielow, JuS 2006, 782; Koenig/Kühling in: Streinz (Hrsg), Art 86 Rz 62ff.

ob bejahendenfalls die Mitgliedstaaten zum Verlustausgleich berechtigt sind (Verhinderung der Aufgabenerfüllung). Demgegenüber gelten detaillierte Transparenzvorgaben zum Inhalt des Betrauungsakts und der Ausgleichsberechnung, die etwaige Überkompensierungen sichtbar machen sollen. An Stelle einer materiellen Verhältnismäßigkeitsprüfung des Ausgleichssystems beschränkt sich die Kommission auf eine Kontrolle formeller Voraussetzungen und der ordnungsgemäßen Mehrkostenberechnung. Auch dies liegt im überwiegenden Interesse der Mitgliedstaaten: Die detaillierten formellen Vorgaben einer solcherart prozeduralisierten Beihilfenkontrolle bedeuten zwar einerseits einen höheren administrativen Kontrollaufwand und damit zusätzliche Verwaltungskosten. Als Ausgleich für diesen verwaltungsökonomischen Nachteil behalten die Mitgliedstaaten allerdings erhebliche Freiräume für ihre Daseinsvorsorgepolitiken.

Die staatenfreundliche Entwicklung der Rechtsprechung zu Lasten eines unverfälschten Wettbewerbs in der Daseinsvorsorge wird, je nach wirtschaftspolitischer Weltanschauung, in der Literatur entweder begrüßt oder abgelehnt. Während die Vertreter ordoliberaler oder neoklassischer Ansichten und Anhänger einer rechtsgeleiteten Negativintegration eine „Rückkehr der Staatswirtschaft“⁹⁴⁴ befürchten oder eine Verschiebung der Liberalisierung „in die Welt des Politischen“ mit erheblichen Gefahren für den „Freiheitsgehalt des EG-Vertrags“ erblicken⁹⁴⁵, begrüßen Befürworter einer gewichtigeren Rolle des Staates die eröffneten politischen Handlungsräume zur Gestaltung des Wirtschaftslebens abseits ökonomischer Effizienzkriterien⁹⁴⁶. In diesen konträren Bewertungen kann auch die „Diskussion um den alten Gegensatz von Politik und Markt“⁹⁴⁷ erblickt werden.

Die wirtschaftspolitische Diskussion über „mehr“ oder „weniger Staat“ in der Bereitstellung von DAWI muss dennoch von der normativen Frage getrennt werden, ob die aktuelle Rechtsauslegung der Gemeinschaftsorgane mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Diese Frage ist mE zu bejahen: Das europäische Primärrecht verträgt kein polarisierendes Verständnis eines Primats des Wettbewerbs über die Politik oder

⁹⁴⁴ Möschel, JZ 2003, 1021.

⁹⁴⁵ Schweitzer, Daseinsvorsorge (2002) 367f.

⁹⁴⁶ Krajewski, DÖV 2005, 674.

⁹⁴⁷ Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim deutschen Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 12.1.2002, Pkt 1.

umgekehrt, sondern verlangt in Art 86 Abs 2 eben einen Ausgleich dieser Interessen.⁹⁴⁸ Innerhalb der Interessensabwägung bewirkt das Optimierungsgebot des Art 16⁹⁴⁹ eine Akzentverschiebung im Interesse der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit von DAWI zu Lasten wettbewerbsökonomischer Wohlfahrtsgewinne. Diese Akzentverschiebung lässt dennoch das Verbot der Überkompensierung als unerlässliche Vorkehrung zum Schutz des Wettbewerbs erhalten.

Trotz der beschriebenen primärrechtlichen Zulässigkeit einer stärkeren Gewichtung von Gemeinwohlinteressen ist mE das europäische Beihilfenkontrollregime inzwischen über das für die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit von DAWI erforderliche Ausmaß erodiert worden. Hierfür sowohl ursächlich als auch unvermeidlich ist wohl die Dynamik der behördlichen Willensbildung in der Beihilfenpraxis im Daseinsvorsorgebereich: Die politische Sensibilität und teilweise hohe Komplexität der Ausgleichssysteme⁹⁵⁰ verleitet die Gemeinschaftsorgane zu tendenziell weiten Auslegungen im Einzelfall, die in den Rechtsbestand zu Art 86 Abs 2 einfließen und hierdurch den normativen Rahmen für Folgeentscheidungen formen. Diese Dynamik akkumuliert die Einfallstore für wettbewerbsverzerrende Beihilfen zum Schaden des europäischen Binnenmarkts. Die Durchlässigkeit des beihilfenrechtlichen Prüfschemas für wettbewerbsverzerrende Praktiken wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Prüfschemas wie verbundene Gefäße kommunizieren: Die Ausdehnung des einen bleibt für das andere nicht ohne Folge. Mit übermäßiger Ausweitung des öffentlichen Auftrags können einer DAWI beispielsweise mehr Kosten zugeordnet werden, wodurch der ausgleichsfähige Gesamtsaldo steigt. Ebenso kann der derzeit niedrige Maßstab zur Annahme einer Aufgabenverhinderung dazu führen, dass Verluste rechtmäßig ausgeglichen werden können, die das bezuschusste Unternehmen bei Anwendung eines strengeren Verhinderungsmaßstabs als normales Geschäftsrisiko selbst hätte tragen müssen.

Die weite Auslegung und Interdependenz der Tatbestandsvoraussetzungen erhöht die Gefahr eines „reverse engineering“, bei dem staatliche Maßnahmen unter Ausnutzung der schwächsten Glieder des beihilfenrechtlichen Prüfungsschemas – das sind solche mit

⁹⁴⁸ *Franzius*, Gewährleistung im Recht (2009), 372.

⁹⁴⁹ Siehe 1.3.4.

⁹⁵⁰ Man denke nur an die Rechtssache *BUPA*.

reduzierter Prüfungsdichte – und unter Ausreizung sämtlicher Grauzonen der Rechtsprechung modelliert werden, um wettbewerbsverzerrende Subventionen unter dem Deckmantel der Daseinsvorsorge zu gewähren.

Die Kommission hat angekündigt, spätestens nach dem 19.12.2009 eine Folgenabschätzung des Gemeinschaftsrahmens und der Freistellungsentscheidung und somit ihres gegenwärtigen Ansatzes vorzunehmen.⁹⁵¹ Angesichts der ihr von der Rechtsprechung gezogenen Ermessensgrenzen und des politischen Drucks auf die Kommission, in Zeiten der Wirtschaftskrise die Beihilfevorschriften flexibel anzuwenden, ist eine strengere Anwendung der Beihilfevorschriften im Sinne einer stärkeren Marktorientierung nicht zu erwarten. Der Konfliktkreis DAWI und Beihilfenrecht wird dennoch ohne Zweifel auch in Zukunft für reichhaltigen rechtlichen, politischen und ökonomischen Diskussionsstoff sorgen!

⁹⁵¹ Freistellungsentscheidung, Art 9.

Literaturverzeichnis

Monographien

Armin von Bogdandy (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge (2003)

Blum/Logue, State Monopolies under EC Law (1998)

Borrmann/Finsinger, Markt und Regulierung (1999)

Brede (Hrsg), Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (2001)

Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht (1994)

Buendia Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law (1999)

Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht (2004)

Danner, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge (2006)

Dreher/Haas/von Rintelen, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, Schriftenreihe des Forum Vergabe, Heft 16/2002

Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen (2003)

Franzius, Gewährleistung im Recht (2009)

Frenz, Handbuch Europarecht 3 (2007)

Griller/Holoubek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2006)

Heidenhain (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003)

Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG- Vertrag (1996)

Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung (2000)

Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht (2005)

Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (1997)

Ipsen, Gemeinschaftsrecht (1972)

Jennert, Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge (2005)

Kahl, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005)

Kämmerer, Privatisierung (2001)

Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht² (2005)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht – Band I¹² (2002)

Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäische Union (2004)

Lipka, Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren (2005)

Mestmäcker/Schweitzer, Wettbewerbsrecht (2004)

Middelschulte, Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilferechts (2004)

Nicolaidis/Kekelekis/Buyskes, State Aid Policy in the European Community (2005)

Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung (2001)

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005)

Ruhland, Die Dienstleistungskonzession (2006)

Rydelski, Handbuch EU-Beihilferecht (2003)

Schohaj/Koman, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (2005)

Schroeder (Hrsg), Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004)

Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2002)

Schwendinger, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung (2007)

Segalla, Kommunale Daseinsvorsorge (2006)

Beiträge in Sammelwerken

Cox, Öffentliche Dienstleistungen künftig im obligatorischen Ausschreibungswettbewerb? Zur Initiative der Europäischen Kommission zur Ausschreibungspflicht bei öffentlichen Dienstleistungskonzessionen, in: *Cox* (Hrsg), Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen (2003), 43

Eilmansberger, Die Verpflichtung öffentlicher Unternehmen durch die Transparenz-Richtlinie, in: *Schroeder/Weber* (Hrsg), Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004), 43

Eilmansberger, Quersubventionen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004), 109

Götz, Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, in: *Geis*, Festschrift für Maurer (2001), 921

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts (1993), 13

Holoubek, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 513

Holoubek/Segalla, Daseinsvorsorge in Österreich, in: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge (2002), 199

Holoubek/Segalla, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung, in: FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002), 63

Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts³ - Band IV: Aufgaben des Staates (2006), 3

Jaeger, Beihilfe- und Förderungsrecht, in: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts – Band I² (2007), 681

Kahl, Beihilfen in der Daseinsvorsorge, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004), 225

- Montag/Leibenath*, Leistungen der Daseinsvorsorge und Beihilfenaufsicht, in: *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch EG-Beihilfenrecht (2003), 585
- Raschauer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Beihilfenrecht (2004), 21
- Konecny*, Beihilfen und Vergaberecht – (k)ein Paradoxon? in: *Jaeger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2007), 259.
- Materazzi*, „Chronopost“-Folgeentscheidungen des EuG und der Kommission, in: *Jaeger* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht (2007), 153
- Mestmäcker*, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: *Ruland* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher (1998), 635
- Padilla/Haegler*, Compensation for SGEI: an Economist's Look at the Altmark Test and the Community Framework, in: *Derenne/Merola* (Hrsg), Economic Analysis of State Aid Rules (2007), 79
- Panzar*, Funding Universal Service Obligations: the Costs of Liberalization, in: *Crew/Kleindorfer* (Hrsg), Future Directions in Postal Reform (2001), 101
- Püttner*, Öffentliche Unternehmen im Gemeinschaftsrecht, in: *Eichhorn* (Hrsg), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, 1995, 13
- Schroeder*, Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und der EG-Vertrag, in: *Schroeder/Weber* (Hrsg), Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004), 13
- Weber*, Der Staat als Unternehmer – verfassungsrechtliche Aspekte, in: *Schroeder/Weber* (Hrsg), Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das Europäische Gemeinschaftsrecht (2004), 1

Kommentare

- Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/ EGV² (2002)
- Grabitz/Hilf* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Union (Loseblattsammlung, Stand: 2006)
- Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV-Kommentar³ (1983)
- Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag⁴ (1991)
- Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹⁰ (2006)
- Loewenheim/Meesen/Riesenkampff* (Hrsg), Kartellrecht (2005)
- Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (Loseblattsammlung, Stand: 2007)
- Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003)
- Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2000)
- Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009)
- Streinz* (Hrsg), EUV/EGV (2003)

Von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003)

Artikel

Abbamonte, Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity? ELRev 1998, 414

Alexis, L'arrêt Altmark Trans. du 24 Juillet 2003: La Cour de Justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général, CPN 3/2003, 1

Aumont/Kaelble, die Vergabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an Private, NZBau 2006, 280

Badura, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, 624

Bartosch, Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost, EStAL 3/2003, 375

Bartosch, Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle enge Schranken – das Urteil in der Rechtssache Ferring-ACOSS, NVwZ 2002, 174

Bartosch, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue? EuZW 2004, 295

Bartosch, Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte - Die Fragwürdigkeit des Remailing-Urteils des EuGH vom 10. 2. 2000, NJW 2000, 2251

Bartosch, Has the Commission Practice Applied Double Standards? EStAL 3/2003, 345

Bartosch, Much Ado about Nothing? EStAL 1/2004, 1

Bartosch, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, 333

Bartosch, The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies? CMLR 2003, 551

Bartosch, The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark? EStAL 2/2008, 211

Bartosch, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass? EuZW 2001, 229

Bauer, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen? EuZW 2006, 7

Berg, Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2000, 170

Berg C, The Chronopost Saga Continues: the Battle about the Concept of Cross-Subsidies in the Field of State Aid has entered its 17th Year, EStAL 2/2007, 299

Biondi, BUPA v. Commission: Annotation, EStAL 2/2008, 401

Blankart, Modelle der Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht, WuW 2002, 340

- Böck*, Aufbruch in den ÖPNV-Märkten? – Handlungsbedarf für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen, EWS 2003, 409
- Börner*, Bodo, Irrwisch Daseinsvorsorge, BayVBl 1971, 406
- Boeshertz/Icardi*, Poste Italiane: a market fee can fulfil the Altmark criteria, CPN 1/2007, 121
- Bovis*, Public Procurement, State Aid and Public Services: Between Symbiotic Correlation and Asymmetric Geometry, EStAL 4/2003, 553
- Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl 2000, 1641
- Burgi*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrecht, EuR 1997, 261
- Deckert/Schröder*, Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilferecht, EuR 1998, 291
- Derenne/Albert*, Note on „Fred Olsen v. Commission“, EStAL 4/2005, 755
- Dippel/Zeis*, Vergabefremde Aspekte – Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, NZBau 2002, 376
- Dohms/Levasseur*, Commentaire des arrêts de la Cour du 23.10.97 relatifs aux monopoles d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité, CPN 1/1998, 18
- Eberhard*, Öffentliche Dienstleistungen als nationale und europäische Sozialstaatssäule, juridikum 2005, 133
- Ehrike*, Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV, EuZW 1998, 741
- Eilmansberger*, Neues zur beihilferechtlichen Beurteilung von Quersubventionen, wbl 2004, 101
- Eilmansberger*, Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht, RIW 2001, 903
- Eilmansberger*, Überlegungen zum Zusammenspiel von Beihilfenrecht und Vergaberecht, WuW 2004, 384
- Faulhaber*, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, American Economic Review 1975, 966
- Fischer*, Öffentliche Aufträge im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und europäischem Beihilferecht, VergabeR 2004, 1
- Frédéric*, La filialisation des services financiers de La Poste (France): une application concrète de la jurisprudence Chronopost, CPN 1/2006, 89
- Frenz*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - Neuerungen durch Art. 16 EG, EuR 2000, 901
- Grave*, Art. 86 II EG: Weder Verbot noch Gebot zur Quersubventionierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, EuZW 2001, 709
- Grespan*, An example of the application of state aid rules in the utilities sector in Italy, CPN 2/2002, 17
- Gromnicka*, Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices? European Public Law, 429

Gundel, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, 222

Gyselen, Anmerkung zu den Urteilen in den Rechtssachen C-67/97 (Albany), C-115/97 (Brentjens', Slg. 1999, I-6025) und C-219/97 (Drijvende Bokken, Slg. 1999, I-6121), CMLR 2000, 425, 445

Hakenberg, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 2001 und 2002, EWS 2003, 201

Hancher/Buendia Sierra, Cross-Subsidisation and EC Law, CMLR 1998, 901

Heald, Contrasting approaches to the "problem" of cross subsidy, Management Account Research 1996, 53

Heald, Public Policy towards Cross Subsidy, Annals of Public and Cooperative Economics 1997, 591

Herrmann, Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe, ZEuS 2004, 415

Hencsey/Reymond/Riedl/Santamato/Westerhof, State aid rules and public funding of broadband, CPN 1/2005, 8

Huber/Prikoszovits, Universitäre Drittmittelforschung und EG-Beihilfenrecht, EuZW 2008, 171

Jaeger, Rechtsfolgen beihilferelevanter Abgabenbefreiungen, wbl 2006, 541

Jaeger, Bestand und Betrieb öffentlicher Kreditinstitute als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – 1.Teil, JBl 2005, 419

Jaeger, Bestand und Betrieb öffentlicher Kreditinstitute als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – 2.Teil, JBl 2005, 487

Jarass, EG-Recht und nationales Rundfunkrecht, EuR 1986, 75

Jennert, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans, NVwZ 2004, 425

Jennert, Vergabefremde Kriterien – keine Beihilfen sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten, NZBau 2003, 417

Jennert, Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts, WuW 2004, 37

Kahl, „Kontrollierter Wettbewerb“ als Marktöffnungsinstrument der Kommission am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, wbl 2001, 49.

Kahl, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge, wbl 2003, 401

Kahl, Neue Bedeutung der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ durch den Vertrag von Amsterdam, wbl 1999, 189

Kämmerer, Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“, NVwZ 2002, 1041

Kämmerer, Strategien zur Daseinsvorsorge – Dienste im allgemeinem Interesse nach der „Altmark“-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2004, 28

Kessler/Dahlke, Der soziale Wohnungsbau in Deutschland im Lichte des europäischen Beihilferechts, EuZW 2007, 103

- Kirschbaum*, Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in the Public Interest, EStAL 1/2004, 35
- Kleis/Nicolaides*, The Concept of Undertaking in Education and Public Health Systems, EStAL 3/2006, 505
- Knauff*, Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2003, 453
- Koenig*, Der Wirtschaftsprüfer als Agent der EG-Beihilfekontrolle, EuZW 2004, 385
- Koenig*, Die EU-Ausschreibungsdoktrin – Ein teurer Wettbewerb für die Infrastrukturnutzer? EuZW 2005, 417
- Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge - das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, BB 2003, 2185
- Koenig*, EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an Unterstützungsmaßnahmen eines öffentlichen Unternehmens zugunsten seiner Tochtergesellschaften, ZIP 2001, 629
- Koenig*, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, 741
- Koenig/Haratsch*, Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission, ZUM 2004, 122
- Koenig/Kiefer*, Public Funding of Infrastructure Projects under EC-State Aid Law, EStAL 3/2005, 415
- Koenig/Kühling*, „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 2002, 656
- Koenig/Kühling*, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779
- Koenig/Kühling*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065
- Koenig/Kühling*, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilferechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, DVBl 2003, 289
- Koenig/Paul*, Die Krankenhausfinanzierung im Kreuzfeuer der EG-Beihilfenkontrolle, EuZW 2008, 359
- Koenings*, State aid in the water sector: second circuit water – Belgium, CPN 3/2004, 66
- Krajewski*, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, DÖV 2005, 665
- Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts - Beihilferechtliche Erwägungen im Anschluss an die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Landesbanken, NVwZ 2000, 721
- Kruse*, Privatisierungszwang für notleidende öffentliche Unternehmen? EWS 2005, 66
- Kube*, Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts – zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen, EuR 2004, 230
- Kühling/Wachinger*, Das Altmark Trans-Urteil des EuGH - Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV? NVwZ 2003, 1202

Lecheler/Gundel, Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH-Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft, RdE 1998, 92

Leibenath, Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, EuR 2003, 1052

Leibenath, Anmerkung zu Chronopost, EuZW 2003, 509

Litpher, Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 23.10.1997 zu Im- und Exportmonopolen, RdE 1998, 72

Lübbig, Anmerkung zu BAI, EuZW 1999, 672

Lüder, Calculating Public Service Compensation, EStAL 3/2004, 385

Meyer, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht der Mitgliedstaaten und EU-Beihilfenkontrolle, EWS 2005, 193

Mortensen, Altmark, Article 86(2) and Public Service Broadcasting, EStAL 2/2008, 239

Möschel, Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren, WuW 1999, 832

Möschel, Service public und europäischer Binnenmarkt, JZ 2003, 1021

Müller-Graff, Die Erscheinungsformen der Wirtschaftssubventionen aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 1988, 403

Napolitano, Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest, European Public Law 2005, 565

Nettesheim, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253

Neukirchen, Transparenz-Richtlinie und Transparenzrichtlinien-Gesetz: Ein Leitfaden für die Praxis, EuR 2005, 112

Nicolaides, Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid? ECLR 2003, 561

Nicolaides, Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law, EStAL 2/2003, 183

Nicolaides, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures – A Note on the Economics of the Ferring Judgment, ECLR 2002, 313

Oberndorfer, Altmark Trans, Monti und andere Nebenwirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf Dienste von allgemeinem Interesse, juridikum 2005, 143

Papier, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl 2003, 686

Parish, On the private investor principle, ELRev 2003, 70

Pampel, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11

Paulweber/Weinand, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, 232

Pesaresi/Pilley, Retail banking, social inclusion and public service, CPN 1/2003, 14

Pielow, Anmerkung zu Altmark, RdE 2004, 44

- Pielow*, Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, JuS 2006, 692
- Pöcker*, Der EuGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung, EuZW 2007, 167
- Prosser*, Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights? European Public Law 2005, 543
- Pünder*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter den Vorgaben des europäischen Beihilferechts, NZBau 2003, 530
- Rapp-Jung*, State Financing of Public Services – The Commission’s New Approach, EStAL 2/2004, 205
- Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung, ZÖR 2009, 53
- Raschauer*, „Daseinsvorsorge“ als Rechtsbegriff? ÖZW 1980, 72ff
- Rodrigues*, Les services publics et le Traité d’Amsterdam, RMC 1998, 37
- Rodrigues*, Services publics et CIG 96, Revue des Affaires Européennes 1996, 25
- Ronellenfitch*, Das Altmark-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, VerwArch 2004, 425
- Ruge*, Abgabenvergünstigung für Arzneimittelgroßhändler, EuZW 2002, 48
- Ruge*, Das Grünbuch der EG-Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge, ZRP 2003, 353
- Santamato/Pesaresi*, Compensation of Services of General Economic Interest: some thoughts on the Altmark ruling, CPN 1/2004, 17
- Santamato/Westerhof*, Is funding of infrastructure State aid? EuZW 2003, 645
- Scharpf*, Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmebestimmung von den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages für kommunale Unternehmen, EuR 2005, 605
- Schebstadt*, Der Kostenausgleich für Daseinsvorsorgeverpflichtungen in der europäischen Beihilfeaufsicht, DVBl 2004, 737
- Schink*, Kommunale Daseinsvorsorge in Europa, DVBl 2005, 861
- Schnelle*, Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans, EStAL 3/2003, 411
- Schnelle*, Umfang und Grenzen des EG-wettbewerbsrechtlichen Verbots der Quersubventionierung, EWS 2001, 411
- Schnelle*, Verwendung von Monopoleinkünften zur Übernahme der gemeinschaftlichen Kontrolle an einem nicht auf dem vorbehaltenen Markt tätigen Unternehmen, EWS 2002, 271
- Schwarze*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2004, 135
- Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, 334
- Schwarze*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2000, 613
- Sühnel*, Der „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EWS 2007, 115

Sinnaeve, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 3/2003, 351

Storr, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, 357

Sumrada/Nohlen, Control of State Aid for Public Service Broadcasting: Analysis of the European Commission's Recent Policy, EStAL 4/2005, 609

Szysczak, Financing Services of General Economic Interest, MLR 2004, 982

Tettinger, Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, RdE 1999, 45

Thyri, Der Kommissionsvorschlag zur Behandlung von Ausgleichsbeihilfen in der Daseinsvorsorge, EWS 2004, 444

Thyri, Gemeinwirtschaftliche Dienstleistungsaufträge zwischen Beihilfenanmeldung und Vergabeverfahren – Zur Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH, ÖZW 2003, 126

Travers, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark? EStAL 3/2003, 387

Van Ysendyck/Zühlke, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, EWS 2004, 16

Wachsmann/Berrod, Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau, Revue trimestrielle de droit européen 1994, 39

Weiß, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165

Werner/Köster, Anmerkung zu Altmark Trans GmbH, EuZW 2003, 503

Wernicke, Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft zwischen gemeinwirtschaftlichen Diensten und Wettbewerb, oder: Wer hat Angst vor Art. 86 II EG? EuZW 2003, 481

Wiedemann, Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law, EStAL 4/2004, 595

Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Gutachten Daseinsvorsorge 2002

Ysendyck/Zühlke, Kommentar zu Altmark, RIW 2003, 717

Anhang

Abstract

In der Daseinsvorsorge werden Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut, die dem marktwirtschaftlichen Prinzip der Profitmaximierung widersprechen und im Regelfall nicht rentabel sind, weshalb die dienstleistenden Unternehmen im gemeinwirtschaftlichen Geschäftsbereich oft in der Verlustzone arbeiten. Gegenstand dieser Arbeit ist die beihilfenrechtliche Beurteilung solcher Ausgleichszahlungen, die zur Verlustabdeckung für die Kosten von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gewährt werden.

Hierfür wird als Vorfrage der Grenze des Anwendungsbereichs der europäischen Beihilfevorschriften der Art 87ff EG nachgegangen, zumal nur innerhalb dessen ein Konflikt zwischen dem Beihilfenverbot des Art 87 Abs 1 EG und den Ausgleichszahlungen entstehen kann. Grundsätzlich sind bis auf wenige, von den europäischen Gerichten kasuistisch herausgebildete nichtwirtschaftliche Ausnahmekategorien die Beihilfevorschriften voll anwendbar.

Sind die Beihilfevorschriften auf die Ausgleichszahlung anwendbar, dann ist zu prüfen, ob diese als Beihilfe iSv Art 87 Abs 1 EG zu qualifizieren ist. Nach einer wechselvollen Entwicklung der Rechtsprechung hat der EuGH im Leiturteil *Altmark* vier Voraussetzungen formuliert, anhand derer die Beihilfeneigenschaft der Ausgleichszahlung beurteilt wird. Sind die Voraussetzungen kumulativ erfüllt, entfällt die Beihilfeneigenschaft der Ausgleichszahlung. Ist dies nicht der Fall, so liegt eine Beihilfe iSv Art 87 Abs 1 EG vor, deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt allenfalls nach der Ausnahmebestimmung des Art 86 Abs 2 EG beurteilt wird. Die Europäische Kommission erklärt die Ausgleichsbeihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, sofern alle Voraussetzung des Art 86 Abs 2 EG erfüllt sind.

Dieses Zweiebenensystem – Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit der Ausgleichszahlung anhand der *Altmark*-Voraussetzungen und der Rechtfertigung nach Art 86 Abs 2 EG – hat in der Entscheidungspraxis der Kommission jedoch keine Umsetzung erfahren, weil letztere in restriktiver Auslegung der vierten *Altmark*-Voraussetzung im Regelfall das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe bejaht und somit diese der Kommission notifiziert werden muss.

Andererseits kommt die Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte und der Kommission den Mitgliedsstaaten auf Rechtfertigungsebene des Art 86 Abs 2 EG entgegen. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Art 86 Abs 2 EG werfen im Einzelnen zwar diffizile Fragestellungen auf. In einer Gesamtbetrachtung werden die Rechtmäßigkeitsbedingungen des Art 86 Abs 2 EG dennoch nicht restriktiv ausgelegt, weshalb den Mitgliedsstaaten Freiräume für ihre Daseinsvorsorgepolitiken erhalten bleiben.

Lebenslauf

Geboren am: 27.4.1982 in Wien

Akademische Ausbildung:

College of Europe, Brügge (Belgien)

Sept. 07 – Juni 08

Postgradualer LL.M.-Lehrgang - European Legal Studies

Abschluss mit Auszeichnung (Top 25% des Jahrgangs)

Master Thesis: “Discrimination by Association”; eine der 5 besten Diplomarbeiten des Jahrgangs

Universität Wien - Doktoratsstudium

seit 2005

Dissertationsfach: Europarecht

European Law Moot Court Competition 2005/2006 (Team der Universität Wien)

Universität Wien - Diplomstudium der Rechtswissenschaften

2000 – 2004

Abschluss am: 27.11.2004

Erasmus-Austauschprogramm, Université Paris II Panthéon-Assas (2004)

Bundesgymnasium Stubenbastei, Wien I

1992 – 2000

Berufserfahrung:

FMA - Finanzmarktaufsichtsbehörde

seit Mai 09

Abteilung IV/3 - Rechts- und Verfahrensangelegenheiten, Team Legistik

Europäische Kommission – DG Competition

Okt. 08 – Feb. 09

Traineeship in Unit D.3 – Financial and Health Services: Analyse beihilfenrechtlicher Sachverhalte zu Finanzdienstleistungen

**Institut für österreichisches und europäisches
öffentliches Recht (Wirtschaftsuniversität Wien)**

Okt. 06 – Sept. 07

Wissenschaftlicher Mitarbeiter – Abteilung Prof. DDr. Christoph Grabenwarter

Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte

2003 – 4 Monate

Praktikant (teilzeit)

Binder Grösswang Rechtsanwälte

2003 – 1 Monat

Praktikant