

tiver Meßlatten hat der *market economy investor test* trotz seiner „konzeptionellen Willkürlichkeiten“¹⁰⁴⁸ weiterhin einen Platz im Prüfungsschema der Beihilfenkontrolle.

Die Analyse hat jedoch gezeigt, daß der Staaten und private Rechtssubjekte egalisierende *market economy investor test* im Fall der Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interessen keine Anwendung finden darf¹⁰⁴⁹. Auch das Gewohnheitsargument, nach dem man nicht mit der mittlerweile jahrzehntelangen Auslegungstradition des *market economy investor test* brechen könne¹⁰⁵⁰, ändert an diesem Ergebnis nichts. Der *market economy investor test* ist kein Selbstzweck. Es ist zu bedauern, daß der EuGH die Urteile *Ferring*, *Altmark* und *Enirisorse* nicht zum Anlaß genommen hat, im Hinblick auf den Status des *market economy investor test* im allgemeinen und speziell im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dogmatische Klarheit zu schaffen. Von „mangelnder dogmatischer Präzision“¹⁰⁵¹ ist daher zu Recht die Rede.

II. Funktionalität der Legalausnahmen von Art. 87 Abs. 1 EG

1. Vorwurf der Marginalisierung der Legalausnahmen

Die Tatbestandslösung à la *Ferring* sah sich dem Einwand ausgesetzt, daß der EuGH mit dieser Entscheidung die Qualifikation als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EG mit der Frage ihrer Rechtfertigung gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG, Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG untunlich miteinander vermischt habe¹⁰⁵². Dies zeige insbesondere die insoweit symptomatische Zweischritt-Begründung des EuGH¹⁰⁵³. Die im EG-Vertrag normierten speziellen Rechtfertigungstatbestände würden ihrer Anwendungsbereiche beraubt¹⁰⁵⁴ und damit im Endeffekt überflüssig gemacht¹⁰⁵⁵. Seien die mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen nämlich geringer als die Kosten der Gemeinwohlverpflichtungen, sei Art. 86 Abs. 2 EG nicht anwendbar, weil die staatliche Maßnahme erst gar nicht unter den Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG fällt. Seien sie dagegen höher, sei Art. 86 Abs. 2 EG nicht anwendbar, da derjenige Teil der Zuwendungen, der die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigt, mangels Notwendigkeit nicht mehr von der Bereichsausnahme gedeckt¹⁰⁵⁶. Wären die

1048 *Parish*, ELR 2003, 70 (88).

1049 Vgl. *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (575).

1050 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 472.

1051 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (294).

1052 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 76; *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, Rdnr. 42 ff; vgl. *Jennert*, ZFK 2002, 266 (266); *Nicolaidis*, *Intereconomics* 2002, 190 (192); *Rizza*, *Columbia Journal of European Law*, 2003, 429 (435).

1053 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 78.

1054 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 79, 82, 83, 86, Fn. 78; *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 46; *Jennert*, ZFK 2002, 266 (266); *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (33); *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 176, Rdnr. 460; *Nicolaidis*, *Intereconomics* 2002, 190 (192); *idem*, ECLR 2002, 313 (318); *Rizza*, *Columbia Journal of European Law*, 2003, 429 (435); *Winter*, CMLR 2004, 475 (498, 499, 503).

1055 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 85; vgl. *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (*GEMO*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116; vgl. *Gas/Rücker*, DÖV 2004, 56 (62); *Ruge*, EuZW 2002, 50 (50).

1056 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 82; *Rizza*, *Columbia Journal of European Law*, 2003, 429 (435).

Schöpfer des EG-Vertrages jedoch der Ansicht gewesen, daß die zur Kompensation der Gemeinwohlverpflichtungen bestimmten Zuwendungen bereits keine Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG seien, so hätten sie keine Norm formuliert wie beispielsweise Art. 73 EG, welche diese ausnahmsweise für mit dem Gemeinsamen Markt kompatibel deklariert¹⁰⁵⁷. Die Existenz von Ausnahmebestimmungen sei ein starkes Indiz dafür, daß derartige Finanzierungsmaßnahmen prinzipiell als eine staatliche Beihilfe anzusehen sind.

2. Analyse und Bewertung

Zwar werden dank der modifizierten Auslegung des Tatbestandmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 EG eine Reihe von Fällen aus dem Anwendungsgebiet der im EG-Vertrag normierten Legalausnahmen bereits vorab herausgefiltert. Dadurch werden diese Normen aber nicht gänzlich ihrer Funktion beraubt¹⁰⁵⁸. Denn die neue Auslegung beschränkt sich auf die Sphäre des Beihilfenrechts. Sie tangiert nicht die Bedeutung dieser Normen bei der Anwendung des übrigen Wettbewerbsrechts, i.e. der Art. 28 ff. EG und der Art. 81 ff. EG¹⁰⁵⁹. Daß dieser Bedeutungsverlust lediglich relativer Art ist, gilt speziell für die von den Gegnern des Transparenzansatzes bemühte Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG: Schließlich war der Anwendungsbereich dieser Norm über die Art. 81 ff. EG hinaus erst kürzlich mit dem Urteil des EuG in der Rechtssache *FFSA* auf das Beihilfenrecht erweitert worden¹⁰⁶⁰. Was den potentiellen Einwand angeht, der Auslegungswechsel riskiere die Parallelität in Interpretation und Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG innerhalb der beiden Zweige des Wettbewerbsrechts, so ist zu berücksichtigen, daß diese Parallelität angesichts der Charakteristika des jeweiligen Rechtsgebietes – in einem Fall sind die Mitgliedstaaten, im anderen die Privatwirtschaft, Adressaten der jeweiligen Verbotsnormen – ohnehin nicht strikt durchgehalten wird¹⁰⁶¹. Verbleiben derartige Abweichungen von den Art. 81 ff. EG im Rahmen, dann ist dies für das gemeinschaftliche Wettbewerbsrechtssystem insgesamt gut verkraftbar¹⁰⁶².

Abgesehen von diesen generellen Erwägungen, geht der Vorwurf insbesondere gegen den differenzierenden Transparenzansatz ins Leere: In den Fällen, in denen es die öffentliche Hand versäumt, gemäß den Kriterien des *Altmark*-Urteils für Transparenz, Publizität und Leistungsadäquanz zu sorgen, hängt die Frage der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Maßnahme nämlich weiterhin von der Frage ab, ob sich die öffentliche Hand nach Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG exkulpieren kann¹⁰⁶³. Für mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen existieren daher zwei Maßstäbe, der strikere des *Altmark*-Katalogs und der weniger strenge auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EG¹⁰⁶⁴.

1057 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84, Fn. 75.

1058 Vgl. *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (260).

1059 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 159; vgl. *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (260); *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (482).

1060 *EuG*, Rs. T-106/95 (*FFSA/Kommission*), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 178.

1061 Vgl. *EuGH*, Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 59.

1062 Vgl. *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 159.

1063 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3591).

1064 Vgl. *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (359).

Die Entscheidung der Kommission in der Rechtssache *RAI*¹⁰⁶⁵ beweist, daß der Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG ungeachtet der Parallelen zum *Altmark*-Katalog nach wie vor eigenständige Bedeutung zukommt¹⁰⁶⁶. In *RAI* war die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, daß die Parameter, auf deren Grundlage die staatlichen Zuwendungen errechnet wurden, zuvor nicht objektiv und transparent ermittelt wurden¹⁰⁶⁷. Die *RAI* wurde nicht über ein offenes Ausschreibungsverfahren ausgewählt, und auch der Umfang des erforderlichen Ausgleichs wurde nicht auf der Basis einer Kostenanalyse festgelegt¹⁰⁶⁸. Folgerichtig verneinte die Kommission das Vorliegen des zweiten (konkreter Kompensationsvoranschlag)¹⁰⁶⁹ und des vierten Kriteriums (Vermutung für Einhaltung des Transparenzgebots durch Vergabeverfahren bzw. äquivalente Kostenanalyse)¹⁰⁷⁰ des *Altmark*-Katalogs und prüfte sodann Art. 86 Abs. 2 EG. Hierbei verschärfte die Kommission im Hinblick auf das Verbot der Überkompensation ihren Prüfungsmaßstab, indem sie verlangte, daß die Durchführung von unabhängigen Aufsichtsbehörden überwacht wird¹⁰⁷¹. Allein ein unabhängiger Aufsichtsmechanismus biete hinreichende und stichhaltige Hinweise darauf, daß die öffentliche Dienstleistung tatsächlich dem Auftrag entsprechend erbracht wurde¹⁰⁷².

III. Effizienz der Beihilfenkontrolle

1. Vorwurf der Verschlechterung der Beihilfenkontrolle

Die Argumente, die bislang gegen die Tatbestandslösung und den differenzierenden Transparenzansatz in Stellung gebracht wurden, eröffnen jedoch lediglich Nebenscharmützel und lenken von der eigentlichen Arena ab. Im Zentrum der Skepsis gegen die neue Interpretation des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils steht in Wirklichkeit die kompetenzrechtliche Komponente von Tatbestandslösung und Transparenzansatz¹⁰⁷³, die zu einer Machtverlagerung von der Kommission hin zu den Mitgliedstaaten führt: Gemeint sind der Wegfall der Notifikationspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG und des Durchführungsverbots gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, die im Fall ihrer Verletzung die formelle Illegalität der staatli-

1065 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von *RAI SpA* durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 95.

1066 *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 (123); *Nicolaidis*, *Intereconomics* 2002, 190 (197).

1067 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von *RAI SpA* durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1068 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von *RAI SpA* durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1069 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1070 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1071 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von *RAI SpA* durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1072 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von *RAI SpA* durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1073 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (*GEMO*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 111; *Jennert*, WRP 2003, 459 (459); *Quardt*, *EuZW* 2002, 424 (427).