
Was ist ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“? Zum Urteil des EuGH in der Rs. „Altmark Trans“

Eileen Fuchs*

Inhalt

I.	Einleitung	562
II.	Die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen auf dem Prüfstand – Rechtsprechung der Europäischen Gerichte	566
	1. Entwicklung	566
	2. Die Entscheidung in der Rs. „Altmark Trans“	567
	3. Bewertung	572
III.	Nach „Altmark“ – Lösungsansätze der Entscheidungsträger	577
	1. Europäische Kommission	577
	2. Rechtsprechung	582
	a) Rechtsprechung des EuGH	582
	b) Nationale (deutsche) Gerichte	583
	3. Bewertung	585
IV.	Alternative Lösungsmöglichkeiten	586
	1. Nationale (deutsche) Vorschriften	586
	2. „Benchmarking“	587
	a) Klassisches „Benchmarking“ – direkter Unternehmensvergleich	588
	b) „Cost-Benchmarking“ unter simulierten Wettbewerbsbedingungen	591
	c) „Benchmarking“ und „DEA-based Yardstick Competition“	592
	3. Bewertung	593

* Ass. iur. Eileen Fuchs LL.M. ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Torsten Stein, Europarecht und Europäisches Öffentliches Recht, Universität des Saarlandes. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudienganges „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, Anfang 2007 angefertigt hat.

V.	Beihilfeverfahren und Beweisproblematik	594
1.	Das Beihilfenaufsichtsverfahren	594
2.	Gerichtliche Verfahren	597
a)	Verfahren vor dem EuG	597
b)	Verfahren vor nationalen (deutschen) Gerichten	600
aa)	Verfahren vor den Verwaltungsgerichten	601
bb)	Verfahren vor den Zivilgerichten	601
3.	Zusammenfassung	604
VI.	Fazit und Ausblick: Marktorientierte Direktvergabe oder Ausschreibung?	605

I. Einleitung

Seit etwa 15 Jahren wird vor dem Hintergrund des EU-Binnenmarktes und fortschreitender Globalisierung in den meisten kontinentaleuropäischen Staaten verstärkt die Liberalisierung bestimmter Wirtschaftssektoren betrieben. In diesem Kontext stellt sich der Bereich der öffentlichen Dienstleistungen oder der Daseinsvorsorge¹, wie er in Deutschland oftmals genannt wird, als besonders sensibel dar. Auf der einen Seite erwartet die Bevölkerung eine qualitativ möglichst hochwertige und kostengünstige Versorgung mit Infrastrukturdienstleistungen, wie z.B. öffentlichen Verkehrsmitteln, auf der anderen Seite ist dies nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen meist nicht rentabel. Aus diesem Grunde wurden viele Dienstleistungen dieser Art ursprünglich durch staatliche Eigenbetriebe erbracht, was aber nicht zuletzt wegen des EU-Ziels einer freien, von fairem Wettbewerb geprägten Marktwirtschaft immer weniger gewollt ist. Als Folge der auch deswegen verstärkt betriebenen Liberalisierung wurden viele Versorgungsdienstleistungen dem Wettbewerb – wenn auch meist nur in regulierter Form – ausgesetzt.² Dies zieht die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EGV nach sich, wobei insbesondere die Frage, inwieweit staatliche Hilfen an Erbringer derartiger Dienstleistungen dem Beihilfenregime des EGV unterworfen werden müssen, lange ungeklärt blieb. Der vorliegende Beitrag wird sich im Folgenden mit dieser Problematik und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH befassen.

¹ Für die Zwecke dieser Bearbeitung wird im Folgenden zwischen den Begriffen „Daseinsvorsorge“, „öffentliche Dienstleistungen“ und „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nicht unterschieden.

² *Werner/Quante*, Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?, ZEuS 2004, S. 84.

Bei der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen tritt der Konflikt zwischen wettbewerbs- und sozialpolitischen Zielsetzungen der Mitgliedstaaten und der Wettbewerbspolitik der EG³ offen zutage. Nicht zuletzt um diesen Konflikt zu entschärfen, wurde durch die Amsterdamer Vertragsrevision Art. 16 in den EGV eingefügt, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so ausgestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Auch wenn damit der Eindruck erweckt werden könnte, dass die Erbringung von Diensten dieser Art auch außerhalb der Marktordnung der EG möglich ist,⁴ so steht Art. 16 EGV doch unter dem Vorbehalt der Art. 73, 86 und 87 EGV,⁵ was zur Folge hat, dass die Kompetenz der Mitgliedstaaten so gehandhabt werden muss, dass sie den beihilferechtlichen Vorschriften der EG nicht zuwider läuft und angesichts der programmatischen Formulierung vielmehr als Interpretations- und Auslegungsmaßstab anzusehen ist.⁶ Obwohl diese Einschätzung dem angeblich grundsätzlichen Widerspruch zwischen öffentlicher Daseinsvorsorge und marktwirtschaftlicher Wettbewerbsordnung⁷ das Wort zu reden scheint, so ist doch die grundlegende Bedeutung der Daseinsvorsorge in Europa – sei es nun die im ForsthoFFschen Sinne⁸ oder die im Sinne des französischen „service public“⁹ – nicht nur von den Mitgliedstaaten und den Interessenvertretern der Erbringer von Daseinsvorsorgeleistungen, sondern auch von der Europäischen Kommission als Wettbewerbshüterin der Gemeinschaft wiederholt gewürdigt worden,¹⁰ zuletzt im

³ Anschaulich erläutert bei *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: HrbeK/Nettesheim, Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 39 ff.

⁴ So *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 ff.

⁵ Art. 16 EGV: „Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 [...]“ [Hervorhebung durch Verf.].

⁶ So die überwiegende Meinung in der Literatur, siehe *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 16 EGV, Rdnr. 13; *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: HrbeK/Nettesheim, Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 51.; anschaulich zum Verständnis von Art. 16 EGV: *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, S. 93 ff.

⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 31, Rdnr. 41 ff.

⁸ *ForsthoFF*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 368, 370 f.

⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 31, Rdnr. 3; *ForsthoFF*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 369.

¹⁰ Mitteilung zur Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4. Dort wird in Rdnr. 58 allerdings auch betont, dass ein Ausgleich mit der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft hergestellt werden muss: „Das gemeinsame Ziel ist die Entwicklung eines wettbewerbsfähigen einheitlichen Marktes zum Nutzen der europäischen Bürger“. Siehe auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.11.2001 zu letzterer Kommissionsmitteilung (ABl. Nr. C 140 E v. 13.6.2002, S. 153), in der ein hoher Standard für Daseinsvorsorgeleistungen unter strikter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips gefordert wird.

Weißbuch über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹¹. Die große Bedeutung, welche die Mitgliedstaaten Daseinsvorsorgeleistungen trotz und vielleicht gerade angesichts zunehmender Liberalisierungstendenzen beimessen, lässt sich auch am sogenannten „Reformvertrag“ von Lissabon ersehen, welcher in Art. 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AUV) die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betont und sowohl Mitgliedstaaten als auch Union die Aufgabe überträgt, die Funktionsfähigkeit dieser Dienstleistungen sicherzustellen. Die Tragweite dieser Bestimmung ist beträchtlich, da sie eine allgemein anwendbare Bestimmung (Titel II AUV) darstellt, womit ihr sozusagen der Charakter einer Querschnittsklausel zukommt. Darüber hinaus achtet und anerkennt die Union gemäß Art. 36 der EU-Grundrechtecharta den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.¹²

Die dargestellte Betonung der sozial – und auch wirtschaftspolitischen Bedeutung öffentlicher Dienstleistungen kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich in der Praxis für die Konzeption im EGV, wonach die Zuständigkeit für die Wirtschaftspolitik bei den Mitgliedstaaten verbleibt (Art. 98 ff. EGV), während die Gemeinschaft für die Wettbewerbspolitik zuständig ist (Art. 81 ff. EGV), nur schwer ein gemeinsamer Nenner finden lässt. Zwar besagt Art. 295 EGV, dass der EGV die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt, die Mitgliedstaaten also weiterhin darüber entscheiden können, ob sie öffentliche Dienstleistungen durch öffentliche oder private Unternehmen erbringen.¹³ Andererseits besagt wiederum Art. 86 Abs. 2 EGV, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Vorschriften des Vertrags grundsätzlich anwendbar bleiben, unabhängig von ihrer Einordnung als private oder öffentliche Unternehmen. Bei wörtlichem Verständnis von Art. 86 Abs. 2 EGV ist eine Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse außerhalb der Marktordnung der EG daher nicht möglich, es sei denn, die Anwendung der relevanten Vertragsvorschriften verhindert

¹¹ KOM (2004) 374 endg., abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>. Unter Rdnr. 3.2 wird hierin wieder die Vereinbarkeit eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes mit hochwertigen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betont.

¹² Damit sind die entsprechenden Bestimmungen des Verfassungsvertrages (Art. II-36 und Art. III-6 VVE) erhalten geblieben, wenngleich die Tragweite von Art. 36 Grundrechtecharta im Vergleich zu Art. II-36 VVE in der Praxis geringer sein dürfte.

¹³ Der Regelungsumfang des Art. 295 EGV ist im einzelnen umstritten, siehe *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 295, Rdnr. 5 ff. EGV, und kann hier aus Platzgründen nicht näher dargestellt werden. Als Konsens kann jedoch festgestellt werden, dass der Staat in jedem Fall über das Ob der Erbringung öffentlicher Leistungen durch öffentliche oder private Unternehmen im Rahmen seiner Entscheidung über das Eigentum an Produktionsmitteln bestimmen kann, siehe *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 295 EGV, Rdnr. 11 ff., nach dessen Ansicht Art. 295 EGV so gelesen werden muss, dass der „[E-G-]Vertrag durch die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt [bleiben muss]“.

die Erfüllung der übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich.¹⁴ Dabei darf aber die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Art. 86 Abs. 2 Satz 3 EGV).

Die soeben geschilderte Problemkonstellation tritt bei der Frage der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen verstärkt zutage. Die meisten Dienste der Daseinsvorsorge oder Infrastruktur – oftmals als Universaldienstleistungen¹⁵ angeboten – würden aufgrund des dem Begriff der öffentlichen Dienstleistung¹⁶ innewohnenden Gedankens der Gemeinwohlverpflichtung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen defizitär arbeiten.¹⁷ Vor diesem Hintergrund stellte sich in den im Zuge der Liberalisierung dieser Dienstleistungen angestregten Beihilfenaufsichtsverfahren der EU-Kommission schon relativ früh die Frage, ob staatliche Ausgleichsleistungen für deren Erbringung überhaupt einen finanziellen Vorteil im Sinne einer „Begünstigung“, wie sie der Beihilfegriff in Art. 87 Abs. 1 EGV erfordert, darstellen. Die verschiedenen wichtigen Urteile des EuGH, welcher während der letzten 13 Jahre wiederholt mit dieser Frage befasst war, und die im Folgenden erörtert werden sollen, haben angesichts des gewichtigen Marktanteils der öffentlichen Wirtschaft in der EG¹⁸ ganz erheblichen Einfluss nicht nur auf die Finanzierungspraxis, sondern möglicherweise auch auf die rechtliche und organisatorische Struktur der öffentlichen Dienstleistungen als solche.

¹⁴ Also Theorie der Bereichsausnahme siehe *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 86, Rdnr. 34; *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 86, Rdnr. 52 ff.; es gibt allerdings auch Gegentheorien, siehe *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, Art. 86, Rdnr. 53.

¹⁵ Laut Mitteilung der KOM über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (Fn. 11) ist ein Universaldienst charakterisiert „[d]urch die Festlegung und Garantie des Universaldienstes [welche sicherstellen], dass der ständige Zugang zu etablierten Dienstleistungen und deren Qualität während des Übergangs vom Monopolangebot zum vollen Wettbewerb mehrerer Anbieter für alle Nutzer und Verbraucher gewährleistet ist“.

¹⁶ *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, S. 52: „[...] solche Dienstleistungen, die im Allgemeininteresse dem Wohl einer übergeordneten Gesamtheit erbracht werden.“

¹⁷ Dies ist jedenfalls die derzeit von einer Vielzahl von Faktoren geprägte vorherrschende Meinung in Politik und Gesellschaft, siehe *Andersen/Reichard*, Kommunale Dienstleistungen im Wettbewerb, Schriftenreihe der GfW, Heft 52, S. 13 ff.

¹⁸ *Gärtner*, Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung, ZEuS 2005, S. 241, geht von einem Anteil von 30 Prozent an der gemeinschaftlichen Wirtschaftsleistung aus.

II. Die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen auf dem Prüfstand – Rechtsprechung der Europäischen Gerichte

1. Entwicklung

Der EuGH war erstmals in den 1980er Jahren mit der Frage der beihilfenrechtlichen Qualifikation von Ausgleichsleistungen zur Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen befasst. In seinem Urteil in der Rechtssache *ADBHU*¹⁹ urteilte der EuGH feststellungsartig, dass Zuschüsse an vom französischen Umweltminister mit dem Abholen und Beseitigen von Altöl beauftragte Unternehmen begriffsmäßig keine gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV verbotenen Beihilfen darstellten, sondern vielmehr lediglich als *Gegenleistung* für die auferlegten Abhol- und Beseitigungsverpflichtungen anzusehen seien.

In der Folge dieser Entscheidung entschied jedoch das für Nichtigkeitsklagen gegen beihilfenrechtliche Entscheidungen der Kommission zuständige EuG²⁰ entgegengesetzt: In der Rechtssache *FFSA*²¹ bejahte das Gericht das Vorliegen einer Beihilfe in Form einer Steuervergünstigung an die französische Post und damit also grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 EGV. Dennoch wurde die Beihilfe in der Folge aufgrund von Art. 86 Abs. 2 EGV, der in Form einer Ausnahmevorschrift angewendet wurde, welche die Wirkung der Wettbewerbsregeln beschränken kann,²² für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt. Zur Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen eine solche Ausnahme von den Wettbewerbsregeln und damit auch vom Beihilfenrecht der EG möglich sei, wurde die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EGV bei Verstößen gegen Art. 81 und 82 EGV herangezogen.²³ Ebenso urteilte das Gericht in der Rechtssache *SIC*²⁴. Demgemäß ging das EuG davon aus, dass solche staatlichen Mittel, wie sie dem portugiesischen öffentlich-rechtlichen Fernsehsender RTP zugute kamen, entgegen der Meinung des EuGH nicht vom Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV ausgenommen waren, gleichwohl aber aufgrund von Art. 86 Abs. 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden konnten, da die Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV die Erfüllung der dem Sender übertragenen besonderen Aufgabe verhindert hätte.

¹⁹ EuGH, Rs. 240/83, *Procureur de la République/ADBHU*, Slg. 1985, 531, Rdnr. 16 ff.

²⁰ Zur Zeit des Urteils folgte diese Zuständigkeit aus Art. 225 Abs. 2 EGV i.V.m. Art. 3 lit. c des Ratsbeschlusses 88/591/EGKS/EWG/Euratom, ABl. Nr. L 319 v. 25.11.1988, S. 1. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Nizza ist dies in Art. 225 Abs. 1 i.V.m. Art. 230 Abs. 4 EGV geregelt.

²¹ EuG, Rs. T-106/95, *FFSA u.a./Kommission*, Slg. 1997, II-233.

²² *Ibid.*, Rdnr. 172.

²³ *Ibid.*, Rdnr. 174, mit Verweis auf die EuGH, Rs. C-393/92, *Gemeente Almelo and others/Energiebedrijf IJsselmij*, Slg. 1994, I-1477.

²⁴ EuG, Rs. T-46/97, *SIC/Kommission*, Slg. 2000, II-2125.

Trotz der unterschiedlichen rechtlichen Einordnung seitens des EuG blieb der EuGH bei seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *ADBU*²⁵ und baute sie in der Rechtssache *Ferring*²⁶ weiter aus. In der Sache ging es um die Befreiung französischer Arzneimittelgroßhändler von einer Direktverkaufsabgabe, welche Pharmahersteller für den Direktverkauf von Arzneimitteln an die französische ACOSS (*Agence centrale des organismes de sécurité sociale*) zu entrichten hatten. Die Intention des französischen Gesetzgebers für die Befreiung war es, Wettbewerbsnachteile der Arzneimittelgroßhändler im Vergleich zu den Pharmaherstellern auszugleichen, da ersteren die Verpflichtung auferlegt worden war, ein umfangreiches Sortiment an Medikamenten vorzuhalten, um die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu garantieren. Nach Ansicht des EuGH war die Befreiung von der Direktverkaufsabgabe geeignet, zwischen Pharmaherstellern und Großhändlern gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und stellte keine gemäß Art. 87 EGV verbotene Beihilfe dar, soweit der Vorteil, den letztere daraus zogen, dass sie der Direktverkaufsabgabe nicht unterlagen, nicht die zusätzlichen Kosten überstieg, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten, der Allgemeinheit zugute kommenden Pflichten entstanden.²⁷ Diese als „Ausgleichsansatz“ oder „Tatbestandslösung“ bezeichnete beihilfenrechtliche Qualifikation von Ausgleichszahlungen an Erbringer öffentlicher Dienstleistungen entsprach auch dem Schlussantrag des Generalanwalts *Tizziano* in dieser Sache.²⁸

2. Die Entscheidung in der Rs. „Altmark Trans“

Der EuGH hielt an diesem „Ausgleichsansatz“ fest und baute ihn in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Altmark Trans*²⁹ sogar noch aus, indem er bestimmte Parameter für die Höhe des zulässigen Ausgleichs festlegte. Inhaltlich ging es um ein Ersuchen um Vorabentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, das als Revisionsgericht in einem Verfahren zu entscheiden hatte, welches ein deutsches Nahverkehrsunternehmen (Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH) gegen eine Wettbewerberin (die Altmark Trans GmbH) auf der Grundlage des deutschen Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) angestrengt hatte.

²⁵ Teilweise wird die Entscheidung in der Rs. EuGH, C-387/92, *Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia*, Slg. 1994, I-877 ff., im Sinne eines Abweichens von der Tatbestandslösung verstanden, siehe *Nettesheim*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 259.

²⁶ EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067.

²⁷ Ibid., Rdnr. 29.

²⁸ Schlussantrag GA *Tizziano* zu EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067, Nrn. 61-63.

²⁹ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg*, Slg. 2003, I-7747.

Das Regierungspräsidium Magdeburg hatte der Altmark Trans GmbH Genehmigungen zur Personenbeförderung gemäß § 13 PBefG erteilt, welche die Gewährung von Hilfen in Gestalt von Verlustübernahmen seitens des Landkreises Stendal beinhalteten. Diese Genehmigungen focht eine Wettbewerberin, die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, vor dem VG Magdeburg an. Die Klägerin brachte vor, die Altmark Trans sei nicht „leistungsfähig“ im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG, weil sie aufgrund der staatlichen Zuschüsse nicht als „eigenwirtschaftlich“ im Sinne von § 8 Abs. 4 PBefG zu beurteilen sei. Das VG war hingegen davon überzeugt, dass die Verlustübernahme seitens des Landkreises Stendal nach deutschem Recht die „Eigenwirtschaftlichkeit“ der Verkehrsleistung nicht ausschließe und wies die Klage ab. Die Klägerin legte Berufung vor dem OVG Magdeburg ein, welches der Klage mit der Begründung stattgab,³⁰ dass das Kriterium der „Eigenwirtschaftlichkeit“ in § 8 Abs. 4 PBefG europarechtskonform auszulegen sei und damit nicht im Widerspruch zu den beihilfenrechtlichen Vorschriften des EG-Rechts, insbesondere zur EG-Verordnung 1191/69³¹, stehen dürfe.

Die – in Kürze auslaufende – VO 1191/69 „über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs“ ordnet grundsätzlich in Art. 1 Abs. 3 zu Liberalisierungszwecken die Aufhebung der mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes auferlegten Verpflichtungen im Bereich des Eisenbahn-, Straßen-, und Binnenschiffsverkehrs an. Allerdings wird es den Mitgliedstaaten ermöglicht, diejenigen Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich der VO auszunehmen (Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO). Sofern dies nicht der Fall ist, können gemäß Art. 1 Abs. 5 der VO Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes unter gewissen Voraussetzungen beibehalten oder auferlegt werden. Hierfür legt die VO Bedingungen und Einzelheiten auch bezüglich etwaiger Ausgleichszahlungen und deren Berechnung fest. Zudem ist in diesem Fall unter den verschiedenen Möglichkeiten der Erbringung der Verkehrsleistung diejenige Lösung zu wählen, welche die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt (Art. 3 Abs. 1 VO). Dies macht regelmäßig eine Ausschreibung erforderlich, die meist in Form eines Vergabeverfahrens erfolgt.³²

Der deutsche Gesetzgeber hatte sich bei der Anwendung der VO 1191/69 dafür entschieden, zwischen „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsleistungen zu unterscheiden und erstere gemäß Art. 1 Abs. 2 VO 1191/69 ab dem 1. Januar 1996 vom Anwendungsbereich der VO auszunehmen.³³ Hinter-

³⁰ OVG Magdeburg, A1/4 S 221/97, Transportrecht 1-99, S. 27 ff.

³¹ ABl. Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1.

³² Einen guten Überblick über die gesetzliche Lage in Deutschland gibt *Sterzenbach*, Lohnkutscher in Hessen, F.A.Z. v. 18.3.2006, S. 13.

grund für diese Differenzierung ist die Regelung in Art. 2 Abs. 1 VO, wonach Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes als solche definiert sind, die das Verkehrsunternehmen *im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde*. Ziel des deutschen Gesetzgebers war es somit, durch Qualifizierung von Verkehrsdienstleistungen als „eigenwirtschaftlich“ die Anwendung der VO 1191/69 und damit kosten- und zeitintensive Ausschreibungen vermeiden zu können. Allerdings war nicht klar, was unter „eigenwirtschaftlich“ in diesem Sinne zu verstehen sei.

Das OVG Magdeburg sah das Kriterium der „Eigenwirtschaftlichkeit“ in § 8 Abs. 4 PBefG aufgrund der Tatsache, dass Ausgleichszahlungen in Form von Verlustübernahmen an Altmark Trans unter Missachtung der in VO 1191/69 genannten Voraussetzungen vorgesehen waren, nicht als erfüllt an. Die VO, welche auf der Rechtsgrundlage von Art. 71 und 89 EGV (Ex-Art. 75 und 94 EGV) erlassen worden ist, konkretisierte nach Ansicht des OVG abschließend, in welchen Fällen Zuschüsse und Subventionen der öffentlichen Hand in den genannten Verkehrsbereichen zulässig seien.³⁴ Das OVG ging also davon aus, dass sonstige Ausgleichszahlungen für Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes nach dem Grundsatz des Art. 87 Abs. 1 EGV verbotene Beihilfen darstellen.

Auf die Revision der Altmark Trans GmbH ersuchte das BVerwG den EuGH sodann um eine Vorabentscheidung, mit der es eine Klärung der Frage beabsichtigte, ob die beihilfenrechtlichen Vorschriften des EGV, insbesondere Art. 73 und 87 i.V.m. der VO 1191/69, die Vergabe von bezuschussten Linienverkehrsgenehmigungen im öffentlichen Personennahverkehr ohne Beachtung wesentlicher Bestimmungen der VO 1191/69 hinderten. Generalanwalt Léger sprach sich in seinen Schlussanträgen³⁵ dahingehend aus, dem Urteil die Grundsätze der Urteile des EuG in den Rechtssachen *HFS* und *SIC* zugrunde zu legen, wonach Ausgleichszahlungen für die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen begrifflich Beihilfen darstellen und damit unter den beihilfenrechtlichen Verbotstatbestand von Art. 87 Abs. 1 EGV fallen, jedoch insbesondere gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV als Ausnahmebestimmung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein können.³⁶

³³ Bis zum 31.12.1995 war der ÖPNV insgesamt von der VO ausgenommen gewesen, BGBl 1992 I, S. 1442, abrufbar unter http://www.jura.uni-sb.de/BGBl/199237_1.HTML (letzter Aufruf: 3.12.2007).

³⁴ OVG Magdeburg, A1/4 S 221/97, Transportrecht 1-99, S. 27, 31.

³⁵ In der Sache erfolgten zwei Schlussanträge, da die mündliche Verhandlung unterbrochen wurde, um den Beteiligten die Möglichkeit zu geben, auf das Urteil in der Rs. *Ferring* (Fn. 26) einzugehen, welches ergangen war, nachdem die mündlichen Stellungnahmen erfolgt waren; siehe Schlussanträge GA Léger vom 19.3.2002, Slg. 2003, I-7751, sowie vom 14.1.2003, Slg. 2003, I-7788.

³⁶ Siehe Schlussantrag vom 19.3.2001, *ibid.*, Rdnr. 98.

Der EuGH folgte dieser Empfehlung jedoch nicht.³⁷ Der Gerichtshof befand zum einen, dass fraglich sei, ob das Kriterium der „Eigenwirtschaftlichkeit“ nach § 8 Abs. 4 PBefG dem Erfordernis der Rechtssicherheit genüge, wenn nicht eindeutig feststehe, ob staatliche Zuschüsse an Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, die Eigenwirtschaftlichkeit nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers unberührt lassen.³⁸ Sofern diesem Erfordernis aber Genüge getan sei, habe der deutsche Gesetzgeber, indem er eigenwirtschaftliche Unternehmen gemäß Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO 1191/69 vom Anwendungsbereich selbiger Verordnung ausgenommen habe, rechtmäßig von dieser Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht. In diesem Fall seien öffentliche Zuschüsse an die fraglichen Unternehmen jedoch nach den beihilferechtlichen Vorschriften des EGV, insbesondere nach Art. 87 ff. EGV, zu beurteilen.³⁹

Weiter führte der EuGH aus, dass rein begrifflich eine nach Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich verbotene Beihilfe jedoch dann nicht vorliege, wenn die hierfür tatbestandlich erforderliche Begünstigung in Gestalt einer Ausgleichszahlung des Staates für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung vier Kriterien erfülle:⁴⁰ Erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssten klar definiert sein. Zweitens seien 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. Drittens dürfe 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. Und viertens sei die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grund-

³⁷ Siehe Fn. 29.

³⁸ Siehe Fn. 29, Rdnr. 60 f.; nach Ansicht der Verf. wird hierdurch implizit ausgedrückt, dass der deutsche Gesetzgeber, indem er dergestalt verstandene „eigenwirtschaftliche“ Unternehmen des ÖPNV gemäß Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 vom Anwendungsbereich der VO 1191/69 ausnahm, die selbige VO umgangen und damit gegen EG-Recht verstoßen hat. Diese verklausulierte Andeutung liegt freilich darin begründet, dass im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV nicht über Vertragsverletzungen seitens der Mitgliedstaaten entschieden wird. Da sich an der Interpretation des Kriteriums der „Eigenwirtschaftlichkeit“ durch die deutsche Rechtsprechung seitdem im Ergebnis nichts geändert hat, behielt sich die Kommission die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV gegen die Bundesrepublik Deutschland vor, siehe Kommissionsentscheidung Staatliche Beihilfen „N 604/2005 – Landkreis Wittenberg“, dort Fn. 7, abrufbar unter http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2005/n604-05.pdf (3.12.2007).

³⁹ Siehe Fn. 29, Rdnr. 66.

⁴⁰ Siehe Fn. 29, Rdnrn. 87-93.

lage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, *die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen zuzüglich eines angemessenen Gewinns hätte, sofern die Wahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, der die fraglichen Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann.*

Falls eine oder mehrere dieser vier Voraussetzungen nicht erfüllt seien, läge eine Begünstigung und begrifflich eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV vor.

Für den Verkehrsbereich gelte nach Ansicht des EuGH zusätzlich, dass sich die Mitgliedstaaten außerhalb der im sekundären Gemeinschaftsrecht genannten Fälle nicht mehr auf Art. 73 EGV berufen dürften. Nach dieser Bestimmung sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit dem EGV vereinbar. In diesem Zusammenhang lege nach Ansicht des EuGH jedoch die ebenfalls in Kürze auslaufende VO Nr. 1107/70⁴¹ über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr abschließend fest, unter welchen Voraussetzungen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen im Sinne von Art. 73 EGV gewähren können.⁴²

Das Urteil gibt den momentanen Stand der Rechtsprechung des EuGH wieder und lässt sich in rechtlicher Hinsicht auf die folgenden Aussagen herunterbrechen: Staatliche Ausgleichsleistungen im Bereich des ÖPNV sind am Maßstab des Art. 87 Abs. 1 EGV zu überprüfen, sofern keine Ausschreibung der Dienstleistungserbringung in einem Vergabeverfahren erfolgt. Allerdings gilt es dabei zu berücksichtigen, dass der Begriff der Beihilfe in Art. 87 Abs. 1 EGV dann nicht erfüllt ist, wenn keine Begünstigung von staatlicher Seite vorliegt. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die fragliche Ausgleichsleistung eine Kompensation für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher (öffentlicher) Dienstleistungen darstellt. Gleichzeitig ist aber eine Überkompensation zu vermeiden. Zu diesem Zweck hat der EuGH vier Kriterien aufgestellt, bei deren Erfüllung keine Überkompensation vorliegen soll. Falls diese Kriterien nicht erfüllt werden, können Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr jedenfalls nicht unter Berufung auf eine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß der primärrechtlichen Vorschrift des Art. 73 EGV gewährt werden, sondern allenfalls unter Berufung auf das aufgrund dieser Vorschrift erlassene Sekundärrecht, insbesondere auf VO 1107/70.

⁴¹ ABl. Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1.

⁴² Siehe Fn. 29, Rdnr. 108.

3. Bewertung

Entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts setzte der EuGH mit diesem Urteil seine Rechtsprechung in den Rechtssachen *ADBHU*⁴³ und *Ferring*⁴⁴ fort und entschied sich bewusst – im Gegensatz zu den vorigen Entscheidungen des Gerichts 1. Instanz⁴⁵ – für den „Ausgleichsansatz“. Die Grundsätze der „Ferring“-Entscheidung wurden bestätigt und verfeinert, indem der Gerichtshof durch das 4. Kriterium ein vielfach als „Effizienztest“ oder „*market-economy-test*“ bezeichnetes objektives Erfordernis einführte,⁴⁶ welches eine Überkompensation für die erbrachte Dienstleistung vermeiden soll. Dies diene der Gewährleistung einer wettbewerbsgerechten Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, was zum einen die Allgemeinheit kostentechnisch so gering wie möglich belaste und zum anderen einen unverfälschten Wettbewerb in der Gemeinschaft sicherstelle. Gleichwohl ist die von GA Léger geäußerte Kritik an diesem Ansatz, die in der Literatur schon zuvor vielfach vertreten wurde,⁴⁷ rechtsdogmatisch nicht von der Hand zu weisen. So argumentierte GA Léger, dass Art. 86 Abs. 2 EGV seine Bedeutung verlöre, wenn Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen den Beihilfiebegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erfüllten.⁴⁸ Dieser Begriff sei im Interesse der Wettbewerbsgerechtigkeit objektiv zu verstehen⁴⁹ und nur im Hinblick auf die Wirkungen, nicht aber auf die Gründe der Vorteilsgewährung zu beurteilen.⁵⁰ Des Weiteren

⁴³ Siehe Fn. 19.

⁴⁴ Siehe Fn. 26.

⁴⁵ Siehe Entscheidungen in den Rs. *FFA* (Fn. 21) und *SIC* (Fn. 24).

⁴⁶ *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 10.

⁴⁷ *Wallenberg*, Die Vereinbarkeit der staatlichen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten mit Art. 92 EGV, Gs. Grabitz, S. 867, 871; *Magiera*, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht?, Fs. Rauschning, S. 280 f. (allerdings in der Annahme, dass die Rspr. des EuGH in der Sache *ADBHU* durch die Rspr. des EuG überholt sei); *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 II EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, S. 222, 225; *Nicolaidis*, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement, ECLR 2002, S. 319.

⁴⁸ Siehe Schlussantrag vom 19.3.2002, (Fn. 35), Nr. 79 – die damit angefachte und teilweise sehr tiefeschürfende Diskussion in Literatur und Praxis über das Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 EGV und Art. 86 Abs. 2 EGV im Bereich öffentlicher Dienstleistungen ist immer noch im Gange, siehe umfassend *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, S. 138 ff.

⁴⁹ Siehe Schlussantrag vom 19.3.2002, (Fn. 35), Nr. 77; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 87 Rdnr. 7; dies entspricht im Übrigen gefestigter Rechtsprechung des EuGH, siehe Rs. C-320/91, *Strafverfahren gegen Paul Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 14; Rs. C-393/92, *Gemeente Almelo and others / Energiebedrijf IJsselmij*, (Fn. 23), Rdnr. 49; Rs. T-67/94, *Ladbroke Racing/Kommission*, Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52: Der objektive Beihilfiebegriff orientiert sich lediglich an der wettbewerbsverzerrenden Wirkung der Beihilfe, nicht an der Intention, aufgrund derer die Beihilfe gewährt wird.

nehme der Ausgleichsansatz Art. 86 Abs. 2 EGV im Bereich der staatlichen Beihilfen einen großen Teil seiner Nützlichkeit.⁵¹ Eine Ausgleichszahlung, die den Erbringer einer öffentlichen Dienstleistung überkompensiere und damit gemäß dem Ausgleichsansatz nach Art. 87 Abs. 1 EGV verboten sei, könne auch nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV erforderlich sein, um die dem Unternehmen übertragene besondere Aufgabe – eben die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung – zu ermöglichen, und könne daher auch nicht aufgrund von Art. 86 Abs. 2 EGV für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Aus den gleichen Gründen würde die Anwendung von Art. 73 EGV und des auf der Grundlage dieses Artikels erlassenen Sekundärrechts unnötig.⁵² Schließlich würden Maßnahmen zur Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen durch den Ausgleichsansatz der Beihilfenaufsicht der Kommission nach Art. 88 EGV entzogen, da für Ausgleichszahlungen, die den Beihilfegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erfüllen, keine Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV bestehe.⁵³ Daher sei der vom EuG vertretene „Rechtfertigungs-“ oder „Beihilfenansatz“, wonach jegliche staatliche Vorteilsgewährung zunächst eine Beihilfe darstelle, die sodann aber über Art. 86 Abs. 2 EGV oder über Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV und die hierzu erlassenen Sekundärrechtsakte genehmigt oder „gerechtfertigt“ werden könne, im Ergebnis vorzuzugswürdig.

Wenngleich der Gerichtshof sich in seinem Urteil mit diesen Argumenten nicht auseinander setzte, sehen die Befürworter des Ausgleichsansatzes hierin keinen Widerspruch zu Systematik und teleologischer Auslegung der Art. 87 ff. EGV. Zum einen gehe es gerade nicht darum, Ziele oder Gründe staatlicher Ausgleichsleistungen in die Bewertung nach Art. 87 Abs. 1 EGV einzubeziehen, sondern vielmehr ein wirtschaftliches Gleichgewicht zwischen Leistung (also Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung, welche unter normalen Marktbedingungen nicht rentabel wäre) und Gegenleistung (die staatliche Ausgleichszahlung) herzustellen.⁵⁴ Es werde also durchaus auf die Wirkungen des Ausgleichs und nicht auf die Gründe für dessen Gewährung abgestellt.⁵⁵ Während dieses Argument aufgrund der Tatsache, dass der Inhalt der Leistung nicht durch die marktwirtschaftlichen Grund-

⁵⁰ Ebenso *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 69 f.

⁵¹ *Ibid.*, Rdnr. 79 ff.

⁵² *Ibid.*, Rdnr. 83 ff.

⁵³ *Ibid.*, Rdnr. 91 ff.

⁵⁴ Dies ist dem „Gegenleistungsansatz“ (auch *Quid-pro-quo*-Ansatz genannt) von GA *Jacobs* in EuGH, Rs. C-126/01, *Gemo*, Slg. 2003, I-13769, entlehnt, wonach Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dann vom Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV ausgenommen sind, wenn ein vorab definierter, unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang zwischen der Ausgleichszahlung und der Verpflichtung zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen besteht, siehe Nr. 119 des Schlussantrags.

⁵⁵ So *Nettesheim*, Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 260.

sätze von Angebot und Nachfrage, sondern durch politische Zielsetzungen bestimmt wird, wohl weniger stichhaltig ist, so existieren durchaus Erwägungen, die den Ausgleichsansatz als vorzugswürdig erscheinen lassen. Zum Einen stehe diese Lösung der traditionellen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen nicht entgegen.⁵⁶ Zum Anderen werde durch den staatlichen Ausgleich für eine unter unverfälschten Wettbewerbsbedingungen unrentable Dienstleistungserbringung lediglich der Maßstab der gleichen Wettbewerbsfreiheit hergestellt.⁵⁷ Auch führe die Anwendung des Ausgleichsansatzes nicht dazu, dass Art. 86 Abs. 2 EGV seine Bedeutung verlöre; vielmehr bleibe der Artikel für die Fälle anwendbar, in denen die gewährte Ausgleichsleistung über das hinausgehe, was zum Ausgleich der mit der Dienstleistungspflicht verbundenen Last erforderlich ist.⁵⁸ Auch das Argument der verringerten Kontrolle durch die Kommission greife nicht, da sie sich durch diese Lösung allein auf die problematischen Fällen konzentrieren könne.⁵⁹ Darüber hinaus drohten die bei Anwendung des Beihilfenansatzes entstehenden Notifikationspflichten nach Art. 88 Abs. 3 EGV den öffentlichen Dienstleistungssektor zu lähmen.⁶⁰

Neben letzteren Argumenten, die eher praktischer Natur sind, mag in dogmatischer Hinsicht für den Ausgleichsansatz wohl lediglich das Argument streiten, dass durch die Gewährung eines staatlichen Ausgleichs bei Vermeidung einer Überkompensation ein unverfälschter Wettbewerb erst ermöglicht werde und daher gerade keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV vorliege. Auch wenn der EuGH mit seinen Urteilen in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark Trans* in im Grunde konsequenter Rechtsprechung seit seinem Urteil in der Rechtssache *ADBHU*⁶¹

⁵⁶ Unter Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip, das Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Art. 16 EGV, *Woblmann*, Neue europäische Weichenstellungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der kommunalen Daseinsvorsorge, Der Landkreis 2003, S. 748; unter Hinweis auf die dogmatischen Probleme ebenso: *Heiß*, EuGHE *Altmark Trans*, C-280/00 oder: Die Revolution findet nicht statt, VBIBW 2003, S. 433.

⁵⁷ So *Kube*, Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts, EuR 2004, S. 230, 236 f.

⁵⁸ Siehe *Nettesheim*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 261; darüber hinaus verblieben für Art. 86 Abs. 2 EGV immer noch genügend andere Anwendungsfelder, so im Wettbewerbsbereich und im Bereich der Grundfreiheiten; ebenso *Leibenath*, Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, EuR 2003, S. 1060.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., ebenso *Gärtner*, Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung, ZEuS 2005, S. 243; *Woblmann*, Neue europäische Weichenstellungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der kommunalen Daseinsvorsorge, Der Landkreis 2003, S. 750; *Leibenath*, Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, EuR 2003, S. 1060, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Ausgleichsansatz nicht von den materiellen Maßstäben des Beihilfenrechts befreie und die Kommission bei Verstoß gegen selbige jederzeit ein Prüfverfahren einleiten könne.

⁶¹ Siehe Fn. 19.

den Streit um Beihilfen- und Ausgleichsansatz zugunsten des letzteren entschieden hat, so bleiben zahlreiche Probleme bislang ungelöst. So stellt sich berechtigterweise die Frage, bei welchem Tatbestandsmerkmal des Begriffs der Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV die Prüfung der vier „Altmark-Kriterien“ ansetzen soll.⁶² Auch ist noch nicht abschließend geklärt, wie Art. 86 Abs. 2 EGV – sofern er bei Anwendung des Ausgleichsansatzes noch Anwendung findet⁶³ – neben den Rechtfertigungsgründen der Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EGV zur Geltung kommen soll bzw. welche Bestimmung Vorrang genießt.⁶⁴ Generell wurde kritisiert, dass der EuGH zwar Vorgaben dahingehend gemacht habe, wann im Bereich öffentlicher Dienstleistungen eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV vorliegt, nicht hingegen aber, wann eine Beihilfe in diesem Bereich mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.⁶⁵

Neben diesen systematischen Problemstellungen, die das Bestehen einer Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV voraussetzen, ist vorrangig auf die Frage einzugehen, wann überhaupt eine Beihilfe in diesem Sinne vorliegt bzw. nicht vorliegt, wie also die vier vom EuGH aufgestellten Kriterien in der Rechtssache *Altmark Trans* zu interpretieren sind. Während das erste und zweite Kriterium recht unmissverständlich formuliert sind,⁶⁶ bereitet vor allem die Auslegung des vierten

⁶² Nach wohl zutreffender Ansicht lässt eine angemessene Kompensation das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung (Empfang einer Leistung – geldwerter Vorteil – ohne angemessene Gegenleistung) entfallen, weshalb keine Beihilfe vorliegt, siehe *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 67.

⁶³ Erhellend hierzu *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 9 f., wonach Art. 86 Abs. 2 EGV für den Bereich staatlicher Ausgleichsleistungen neben Art. 87 Abs. 1 EGV nur noch zur Anwendung kommen kann, wenn das sogenannte „4. Altmark-Kriterium“ nicht erfüllt ist.

⁶⁴ Im Verkehrsbereich wird diese Problematik zusätzlich dadurch verschärft, als der EuGH Art. 73 EGV und die auf dieser Rechtsgrundlage ergangenen Sekundärrechtsakte als abschließende Regelungen dahingehend versteht, welche Beihilfen im Verkehrssektor ausnahmsweise zulässig sind, siehe Rs. *Altmark*, (Fn. 29), Rdnr. 108. Diese Erwägung findet sich auch im sogenannten „Monti-Paket“ der Kommission zur beihilfenrechtlichen Einordnung von staatlichen Ausgleichsleistungen, die die Altmark-Kriterien nicht erfüllen (insbesondere Entscheidung 2005/842/EG, ABl. Nr. L 312 v. 19.11.2005, S. 67 sowie der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. Nr. C 297 v. 29.11.2005, S. 4).

⁶⁵ *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 358; *Jennert*, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans, NVwZ 2004, S. 428.

⁶⁶ Nach *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 86 ff., setzt dies zum einen die Transparenz des Betrauungsaktes in Gestalt eines publizierten Rechtsaktes voraus, aus dem deutlich hervorgeht, dass einem bestimmten Unternehmen die Wahrnehmung von bestimmten, vorab definierten Gemeinwohlaufgaben übertragen wird (1. Kriterium); zum anderen sind Transparenz und Objektivität der Ausgleichsparameter insoweit erforderlich, als sie von einer unabhängigen Instanz im Vorhinein anhand anerkannten Methoden festzusetzen und offenzulegen sind (2. Kriterium). Näheres zur Definition dieser Kriterien (wenn auch in der Subsumtion auf Rund-

Kriteriums, welches in Zusammenhang mit dem dritten zu lesen ist, erhebliche Schwierigkeiten. Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass der EuGH von dem noch in der Rechtssache *Ferring* formulierten Grundsatz abgewichen ist, wonach der staatliche Ausgleich anhand der Mehrkosten zu bemessen sei, welche dem Erbringer einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse tatsächlich entstanden sind.⁶⁷ Dieser Berechnungsmethode lag die Annahme zugrunde, dass die für die Erbringung der auferlegten Dienstleistung entstandenen Mehrkosten unabhängig von der Effizienz des betrauten Unternehmens im Ganzen auszugleichen seien. Dabei wurde jedoch außer Acht gelassen, dass ein solcher Kostenausgleich ineffizient wirtschaftenden Unternehmen gegenüber Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann,⁶⁸ weshalb die Einführung eines objektivierenden Vergleichsmaßstabs vonnöten war. Ein solcher sollte durch das 4. Altmark-Kriterium, nämlich durch den Vergleich mit den Mehrkosten eines „guten, durchschnittlich geführten Unternehmens“ (der sogenannte Effizienztest oder *market-economy-test*), oder aber im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zur Ermittlung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit, geschaffen werden.

Unter praktischen Gesichtspunkten interessiert insbesondere der Effizienztest oder *market-economy-test*. Durch Ermittlung gewisser grundlegender Parameter für die Durchführung dieses Tests könnten öffentlichen Auftraggebern Anhaltspunkte dafür gegeben werden, wie Unternehmen bei Vermeidung zeit- und kostenintensiver Vergabe- und/oder Notifikationsverfahren und gleichzeitiger Wahrung der Wettbewerbsvorschriften des EGV für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen kompensiert werden können. Aufgrund der teils sehr unterschiedlichen Kostenstruktur der verschiedenen Dienstleistungssektoren und des begrenzten Umfangs dieses Beitrags ist es allerdings zusätzlich vonnöten, die Untersuchung auf einen bestimmten Sektor hin einzuschränken. Nicht zuletzt im Hinblick auf den Ausgangsrechtsstreit bietet es sich an, die Auswirkungen des 4. Altmark-Kriteriums auf den ÖPNV zu untersuchen, zumal in diesem Bereich zumindest in Deutschland traditionell und aufgrund der im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits erläuterten gesetzlichen Lage erhebliche Ausgleichsleistungen gewährt wurden, ohne dass

funkgebühren bezogen) auch bei *Koenig/Haratsch*, Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, S. 805 f., sowie bei *Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, BB 2003, S. 2185 f.

⁶⁷ Siehe Fn. 26, Rdnr. 27: „[...] the tax on direct sales imposed on pharmaceutical laboratories *corresponds to the additional costs actually incurred* by wholesale distributors in discharging their public service obligations, not assessing wholesale distributors to the tax may be regarded as compensation for the services they provide and hence not State aid within the meaning of Article 92 of the Treaty.“ [Hervorhebungen durch Verf.].

⁶⁸ Siehe hierzu die durchweg überzeugenden Argumente von *Nicolaidis*, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the *Ferring* Judgement, ECLR 2002, S. 316 f.

eine Beihilfenanmeldung gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV erfolgte, weshalb die Kommission jederzeit ein Beihilfenaufsichtsverfahren einleiten kann.⁶⁹

Im Folgenden soll daher zunächst gezeigt werden, ob und wie die verschiedenen Beteiligten der Beihilfenaufsicht – also Europäische Kommission sowie europäische und nationale Rechtsprechung – den im 4. Altmark-Kriterium vorgegebenen Effizienztest im Bereich des ÖPNV interpretieren und umsetzen.

III. Nach „Altmark“ – Lösungsansätze der Entscheidungsträger

1. Europäische Kommission

Die Kommission als Beihilfenaufsicht im Sinne der ihr im Rahmen des EGV zugedachten Funktion als „Wettbewerbshüterin“ der Gemeinschaft folgte in ihrer Beurteilung der Beihilfenqualität von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zunächst der „ADBHU“- oder „Altöl“-Rechtsprechung⁷⁰ des EuGH.⁷¹ Im Zuge der Rechtsprechung des EuG⁷² zu dieser Frage erfolgte eine Änderung der Entscheidungspraxis hin zum Beihilfenansatz.⁷³ Auch wenn dies eine höhere Kontrolldichte und damit Belastung für die Behörde bedeutete, so war doch über Art. 87 Abs. 2 und 3 sowie Art. 86 Abs. 2 EGV ein weiterer Spielraum für die Rechtfertigung einer tatbestandlich zu bejahenden Beihilfe gegeben als im Falle einer tatbestandlichen Einschränkung des Art. 87 Abs. 1 EGV – so genau oder ungenau diese auch sein möge. Nachvollziehbarerweise muss das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ferring*⁷⁴ die Kommission sodann vollkommen über-

⁶⁹ Die KOM kann gemäß Art. 15 der VO 659/1999 (ABl. Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1 – sogenannte Verfahrensverordnung) bis zu 10 Jahre zurückliegende von den Mitgliedstaaten gewährte finanzielle Vorteile untersuchen. Da Vorabentscheidungen des EuGH zur Auslegung des EG-Rechts *ex tunc* wirken (siehe EuGH, verb. Rs. 66, 127 und 128/79, *Amministrazione delle finanze dello stato/ Salumi*, Slg. 1980, 1237, Rdnr. 9), können die in der Rs. *Altmark* aufgestellten Kriterien für die (Nicht)erfüllung des Beihilfebegriffs auch auf staatliche Vorteile angewendet werden, die bis zu 10 Jahre vor Veröffentlichung der Vorabentscheidung in der Rs. *Altmark* gewährt wurden.

⁷⁰ EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU* (Fn. 19).

⁷¹ Fall Staatliche Beihilfe „NN 135/92 – Frankreich (La Poste)“, ABl. Nr. C 262 v. 7.10.1995, S. 11; Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. Nr. C 205 v. 5.7.1997, S. 5.

⁷² EuG, Rs. T-106/95, *FFSA u.a./Kommission* (Fn. 21) und T-46/97, *SIC/Kommission* (Fn. 24).

⁷³ Diese Auffassung gibt die Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4, Rdnr. 26, unmissverständlich wieder.

⁷⁴ Siehe Fn. 26.

rascht haben,⁷⁵ bewirkte es doch eine komplette Umstellung ihrer Vorgehensweise, was durch das „Altmark“-Urteil noch bestätigt wurde.

In Reaktion auf diese Rechtsprechung wählte die Brüsseler Wettbewerbsbehörde einen geteilten Ansatz. Zum Einen fand die Rechtsprechung ihren Niederschlag in der Entscheidungspraxis in Beihilfefällen, zum anderen brachte die Kommission im legislativen Bereich Vorhaben auf den Weg, welche die Altmark-Kriterien handhabbar machen sollten.

Was die beihilfenrechtlichen Entscheidungen der Kommission zur Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen nach „Altmark“ angeht, so ist eine gewisse Systematik erkennbar. Zwar werden bei der Prüfung des Beihilfebegriffs in Art. 87 Abs. 1 EGV die Altmark-Kriterien geprüft, jedoch wird das Vorliegen zumindest eines, oftmals aber jedoch mehrerer dieser Kriterien verneint,⁷⁶ was angesichts der hohen Anforderungen und deren interpretationsbedürftiger Formulierung, insbesondere was das 4. Kriterium angeht, nicht verwundern mag, andererseits aber auch dadurch bedingt ist, dass die betreffenden Beihilfen sämtlich vor den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark* gewährt wurden. Trotz des neben der Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale damit bejahten Beihilfetatbestands des Art. 87 Abs. 1 EGV prüfte und bejahte die Kommission sodann eine Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EGV.

Unabhängig davon, dass es für Praxis und Lehre von großem Wert wäre zu erfahren, wie die Kommission vor allem das 4. Altmark-Kriterium anwendet, ist diese Vorgehensweise nicht unproblematisch. Wie GA Léger in der Rechtssache *Altmark* bereits hervorgehoben hatte, ist es dogmatisch angreifbar, unter Verneinung der Angemessenheit der Ausgleichsleistung im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 EGV selbige Angemessenheit im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV wieder zu bejahen.⁷⁷

⁷⁵ *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 358.

⁷⁶ So im Fall Staatliche Beihilfe „N 37/2003 – United Kingdom (BBC Digital Curriculum)“, C (2003)3371fin, 1.10.2003, abrufbar unter http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n037-03.pdf (3.12.2007), in dem es um die Finanzierung eines für Schulen und private Haushalte kostenlosen virtuellen Lernnetzes der BBC ging, welches bis zu einem gewissen Betrag aus Rundfunkgebühren für die BBC finanziert werden sollte. Das 4. Altmark-Kriterium wurde als nicht erfüllt angesehen, jedoch wurde die sodann festgestellte Beihilfe auf Grund von Art. 86 Abs. 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar beurteilt, wobei hierfür implizit auf die Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenregeln auf den öffentlichen Rundfunk (ABl. Nr. C 320 v. 15.11.2001, S. 5) Bezug genommen wurde. Ebenso entschied die Kommission in den Fällen Staatliche Beihilfe „C 85/2001 – Portugal (RTP)“ vom 15.10.2003, ABl. Nr. L 142 v. 6.6.2005, S. 1; Staatliche Beihilfe „C 62/99 – Italien (RAI)“ vom 15.10.2003, ABl. Nr. L 119 v. 23.4.2004, S. 1; Staatliche Beihilfe „C 60/99 – Frankreich (France 2 und France 3)“ vom 10.12.2003, ABl. Nr. L 361 v. 8.12.2004, S. 21.

Zugespißt formuliert würde eine Verfestigung dieser Praxis die Altmark-Kriterien obsolet machen. Dies könnte wiederum zur Folge haben, dass auch Unternehmen, die der Ansicht sind, die Altmark-Kriterien zu erfüllen, im Zweifel eine Beihilfe gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV anmelden, welche dann unter Umständen über Art. 86 Abs. 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.⁷⁸

Die Kommissionspraxis spiegelt sich auch in dem in Reaktion auf die Altmark-Rechtsprechung erlassenen Legislativpaket⁷⁹ (sogenanntes „Monti-Paket“) der Kommission wieder. Während die Entscheidung 2005/842/EG⁸⁰ bestimmte Beihilfen von der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV freistellt, nennt der „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“⁸¹, die Voraussetzungen, unter welchen diese anmeldepflichtigen Beihilfen gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können.⁸² Dabei fällt auf, dass die ersten drei Altmark-Kriterien sich mit den ersten drei Voraussetzungen des Gemeinschaftsrahmens⁸³ im Grunde decken. Die vierte Voraussetzung des Gemeinschaftsrahmens weicht jedoch insoweit vom 4. Altmark-Kriterium ab, als festgestellt wird, dass Überkompensationen des Dienstleistungserbringers zu vermeiden sind, jedoch nicht dargelegt wird, anhand welcher Parameter dies zu berechnen ist.⁸⁴ Der Kommission wurde in der Folge der Vorwurf gemacht, dass der im 4. Altmark-Kriterium angelegte Effizienztest in der praktischen Anwendung aufgeweicht werde.⁸⁵

⁷⁷ So auch *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, S. 300.

⁷⁸ *Jennert*, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans, NVwZ 2004, S. 428 ff., wendet sich mit dogmatisch durchaus überzeugenden Argumenten gegen eine Qualifizierung des Art. 86 Abs. 2 EGV als „Vereinbarkeitsbestimmung“, sondern sieht darin eine Legalausnahme, die Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV entfallen lassen.

⁷⁹ Entscheidung der Kommission 2005/842/EG vom 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 67), Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl. Nr. C 297 v. 29.11.2005, S. 4), sowie Änderung der Transparenzrichtlinie 80/723/EG (ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 47).

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Siehe Rdnr. 2 des Gemeinschaftsrahmens, *ibid.*

⁸³ Siehe Punkte 2.2, 2.3 und 2.4 des Gemeinschaftsrahmens, *ibid.*

⁸⁴ Siehe Rdnr. 20 ff. des Gemeinschaftsrahmens, *ibid.*

⁸⁵ *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 10.

Aber auch unabhängig von der Anwendbarkeit der genannten Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens⁸⁶ scheint die Kommission die Frage der Überkompensation für öffentliche Dienstleistungen auf die Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Art. 86 Abs. 2 EGV zu verlagern.⁸⁷ Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang die Entscheidung der Kommission im Fall „Staatliche Beihilfe N 604/2005 – BRD (Staatliche Unterstützung für die Busbetreiber im Landkreis Wittenberg)“⁸⁸. Wie die Fallbezeichnung schon nahe legt, ging es in diesem Fall um eine Ausgleichszahlung für verschiedene Busbetreiber. Dabei handelte es sich um die erste Beihilfenentscheidung im Bereich des ÖPNV seit dem „Altmark“-Urteil, weshalb nicht nur die Aussagen des EuGH zu Art. 87 Abs. 1 EGV, sondern auch zu den übrigen beihilfenrechtlichen Vorschriften, die in der Rechtsache *Altmark* von Relevanz waren, erstmals zur Anwendung gelangen konnten. In der Sache wurde der Beihilfebegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV mangels Erfüllung des dritten Altmark-Kriteriums bejaht. Sodann lehnte die Kommission eine Anwendbarkeit der VO 1191/69⁸⁹ ab und legte dar, weshalb die Beihilfe auf Grundlage der VO 1107/70⁹⁰ nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei. Da der EuGH im Urteil *Altmark Trans* betont hatte, dass die VO 1107/70 abschließend festlege, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten Beihilfen im Verkehrsbereich (Art. 73 EGV) gewähren können,⁹¹ wäre nach von der Kommission anderweitig vertretener Ansicht die Beihilfe nach keiner anderen Vorschrift des EGV mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gewesen.⁹² Dennoch bejahte die Kommission aber in der Folge eben diese Vereinbarkeit aufgrund von Art. 87 Abs. 3 c) EGV zwecks Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige, im vorliegenden Fall der Förderung

⁸⁶ Für den ÖPNV und im Rundfunkbereich ist der Gemeinschaftsrahmen explizit nicht anwendbar, siehe Rdnr. 3 des Gemeinschaftsrahmens (Fn. 79); die Entscheidung nennt keine der beiden Sektoren als Anwendungsgebiet, (Fn. 79), Art. 2.

⁸⁷ Siehe Staatliche Beihilfe „C 62/99 – Italien (RAI)“ vom 15.10.2003, ABl. Nr. L 119 v. 23.4.2004, S. 1, 18, Rdnr. 125.

⁸⁸ Staatliche Beihilfe „N 604/2005 – BRD (Staatliche Unterstützung für die Busbetreiber im Landkreis Wittenberg)“, Rdnr. 108.

⁸⁹ ABl. Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1.

⁹⁰ ABl. Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1.

⁹¹ Staatliche Beihilfe „N 604/2005 – BRD (Staatliche Unterstützung für die Busbetreiber im Landkreis Wittenberg)“, (Fn. 88), Rdnr. 108.

⁹² Entscheidung der Kommission 2005/842/E, (Fn. 79), Erwägungsgrund Nr. 17: „Nach dem Altmark-Urteil können Ausgleichszahlungen, die im Widerspruch zu Artikel 73 EG-Vertrag stehen, weder auf Grundlage des Artikels 86 Absatz 2 noch einer sonstigen Bestimmung für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden.“ Die Verf. ist diesbezüglich anderer Ansicht: Der oben genannten Urteilspassage ist lediglich zu entnehmen, dass die VO 1107/70 eine abschließende Konkretisierung der primärrechtlichen Vorschrift des Art. 73 EGV, nicht hingegen eine abschließende Regelung für sämtliche Vorschriften ist, aufgrund derer verkehrsspezifische Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können.

eines qualitativ hochwertigen öffentlichen Nahverkehrs.⁹³ Bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Beihilfe im Rahmen des Art. 87 Abs. 3 c) EGV wurde dann analog auf die Wertungen des zuvor genannten Gemeinschaftsrahmens⁹⁴ zurückgegriffen, obwohl dieser auf den Verkehrsbereich eigentlich keine Anwendung finden soll.⁹⁵ Dadurch wurde Art. 86 Abs. 2 EGV sozusagen „durch die Hintertür“ angewendet, da der Gemeinschaftsrahmen ja zwecks Konkretisierung dieser Vorschrift für den Bereich staatlicher Ausgleichsleistungen für öffentliche Dienstleistungen erlassen wurde.

Sowohl die erörterten Entscheidungen als auch das „Monti-Paket“ zeigen deutlich, dass die Kommission bislang noch keine handhabbaren Leitlinien für die Erfüllung aller Altmark-Kriterien, vor allem für den im 4. Kriterium enthaltenen Effizienztest, aufgestellt hat. Sofern keine Ausschreibung erfolgt ist, scheitert die Prüfung der Ausnahme vom Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV im Zweifel, jedoch wird die Frage der Angemessenheit der Gegenleistung sodann im Ergebnis über Art. 86 Abs. 2 EGV gelöst, bezüglich dessen Interpretation die Kommission sich offensichtlich freier und sicherer wähnt. So stellt sie – in den genannten Entscheidungen wie im Gemeinschaftsrahmen des „Monti-Pakets“ – lediglich darauf ab, ob die staatliche Ausgleichsleistung die durch die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung bedingten Nettomehrkosten deckt, wobei im Einzelfall noch geprüft wurde, ob der Dienstleistungserbringer seine Kosten absichtlich aufbläht.⁹⁶ Streng genommen kann daher von einer „Verwässerung“ des 4. Altmark-Kriteriums gesprochen werden.⁹⁷ Dies geht zu Lasten der öffentlichen Hand und im Ergebnis zu Lasten der Erbringer öffentlicher Dienstleistungen, da diese die durch das „Altmark“-Urteil eröffnete Möglichkeit, sowohl auf Beihilfenanmeldung als auch Ausschreibungsverfahren zu verzichten, in der Praxis nicht nutzen können.⁹⁸ Darüber hinaus ist fraglich, ob die Kommission durch Sekundärrechtsakte – wobei die Verbindlichkeit vom Gemeinschaftsrahmen als sogenanntem „soft law“ ohnehin zweifelhaft ist – von der Auslegung des Primärrechts durch den EuGH abweichen kann.

⁹³ Staatliche Beihilfe „N 604/2005 – BRD (Staatliche Unterstützung für die Busbetreiber im Landkreis Wittenberg)“, (Fn. 88), Rdnr. 78 ff.

⁹⁴ Siehe Fn. 79.

⁹⁵ Siehe Fn. 86.

⁹⁶ Siehe Fn. 87; hierzu aufschlussreich *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 10.

⁹⁷ So *Bauer*, *ibid.*

⁹⁸ Schon unmittelbar nach dem Urteil in der Rs. *Altmark* wurde empfohlen, zur Erfüllung des 4. Altmark-Kriteriums eine Ausschreibung durchzuführen, siehe *Werner/Köster*, Anmerkung zu EuGH C-280/00, EuZW 2003, S. 504; *Werner/Quante*, Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?, ZEuS 2004, S. 106; *Gärtner*, Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung, ZEuS 2005, S. 248/249.

Die Kommissionspraxis zeigt sowohl die Schwierigkeiten der Vereinbarkeit der Tatbestandslösung mit der gesetzlichen Regelung als auch die Schwierigkeiten der Handhabung vor allem des im 4. Altmark-Kriterium enthaltenen Effizienztests auf. Mangels festgestellter und anwendbarer Parameter für die Ermittlung eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ in den jeweiligen wirtschaftlichen Sektoren wird auf andere beihilfenrechtliche Vorschriften zurückgegriffen, was für die Beteiligten jedoch meist nicht von Nutzen ist. Dies gilt im besonderen für den Verkehrssektor, auf den nach Ansicht der Kommission Art. 86 Abs. 2 EGV jedoch keine Anwendung findet.⁹⁹

2. Rechtsprechung

a) Rechtsprechung des EuGH

In den der Rechtssache *Altmark* folgenden Entscheidungen bestätigte der EuGH zwar im Prinzip den von ihm vertretenen Ausgleichsansatz, verfeinerte die oben genannten „Altmark-Kriterien“ jedoch nicht. Im Gegenteil, in der zunächst zu beurteilenden Rechtssache *Gemo*¹⁰⁰, in der es um die beihilfenrechtliche Beurteilung einer französischen Abgabe zur Beseitigung von Tierkörpern ging, welche Einzelhandelsbetriebe im Fleischgewerbe zu entrichten haben, und welche hauptsächlich Schlachthöfen zugute kommt, verwies der EuGH zwar auf seine vorherige Rechtsprechung, wendete die Altmark-Kriterien jedoch im Ergebnis nicht an. Auf das Vorbringen der französischen Regierung, wonach die Abgabe gesundheitspolitischen Zwecken diene und die Tierkörperbeseitigung damit eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sei, entgegnete der Gerichtshof lediglich, dass für die Zwecke des Art. 87 Abs. 1 EGV staatliche Maßnahmen nur nach ihren Wirkungen, nicht nach ihren Zielen zu beurteilen seien.¹⁰¹ In der Rechtssache *Enirisorse*¹⁰², in der es um die Beihilfenqualität einer Hafenabgabe zugunsten gewisser öffentlicher Einrichtungen (Azienden) ging, wendete der EuGH hingegen die Altmark-Kriterien an, verneinte jedoch aufgrund mangelnder klarer Definition der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben der Azienden bereits das 1. Altmark-Kriterium.¹⁰³ Wenngleich der EuGH im Ergebnis daher keinen Aufschluss darüber gegeben hat, wie entsprechend dem 4. Altmark-Kriterium der Vergleich mit einem

⁹⁹ Siehe Fn. 90. Wohl nicht zuletzt aus diesem Grund beabsichtigte die Kommission mit dem Verordnungsentwurf KOM 2005 (319) endg. vom 20.7.2005 (abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0319de01.pdf (3.12.2007)), eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht für ÖPNV-Dienstleistungen einzuführen.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-126/01, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie/Gemo*, Slg. 2003, I-3769.

¹⁰¹ *Ibid.*, Rdnr. 34.

¹⁰² EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse/Ministero delle Finanze*, Slg. 2003, I-4243.

¹⁰³ *Ibid.*, Rdnr. 32 ff.

„durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ auszugestalten ist, so ist dennoch zu berücksichtigen, dass dies in allgemeiner Form angesichts der Vielzahl der von dieser Rechtsprechung betroffenen Arten öffentlicher Dienstleistungen ein Ding schierer Unmöglichkeit ist. Die Aufstellung von Vergleichsparametern für den Effizienztest kann daher nur von den an der jeweiligen Beihilfenentscheidung Beteiligten vorgenommen werden, also von der Kommission oder im Falle einer Konkurrentenklage von den nationalen Gerichten.

b) Nationale (deutsche) Gerichte

Aus Gründen des begrenzten Umfangs dieses Beitrags ist es nicht möglich, die nach dem „Altmark“-Urteil ergangene Rechtsprechung sämtlicher EG-Mitgliedstaaten zur Beihilfenqualität staatlicher Ausgleichszahlungen zu analysieren. Aus Gründen der Anschaulichkeit und Verständlichkeit soll deshalb nur die deutsche Rechtsprechung im zum Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache *Altmark* Anlass gebenden Bereich des ÖPNV in die Betrachtung einfließen.

Während das Gericht, welches den Richterspruch des EuGH in der Rechtssache *Altmark* als erstes hätte berücksichtigen können und müssen (das vorliegende BVerwG), die Hauptsache wegen Zeitablaufs der erteilten Genehmigung und Wegfall der Klägerin (die Altmark Trans GmbH beantragte Insolvenz) für erledigt erklärte,¹⁰⁴ hatten mehrere Verwaltungsgerichte in der Folge über ähnliche Fälle zu befinden. So hatte das VG Stade über eine Konkurrentenklage bezüglich der Vergabe eines Stadtbusverkehrs zu entscheiden,¹⁰⁵ die sich unter anderem auf die angebliche Europarechtswidrigkeit der nach dem deutschen PBefG erteilten Genehmigung stützte. Aufgrund der Gewährung öffentlicher Zuschüsse sei der Betrieb des Busverkehrs nicht eigenwirtschaftlich nach § 13 PBefG, die Genehmigungsvoraussetzungen für einen gemeinwirtschaftlichen Betrieb gemäß § 13 a PBefG, welcher die Anwendung der VO 1191/69 nach sich zieht, seien ihrerseits aber nicht erfüllt. Wie im Ausgangsverfahren der Rechtssache *Altmark* hatte das VG über die Europarechtskonformität des Begriffs der „Eigenwirtschaftlichkeit“ im PBefG zu entscheiden. Obwohl der EuGH in seinem Urteil deutliche Anhaltspunkte dafür gegeben hatte, dass er den Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ für mit dem Gebot der Rechtssicherheit unvereinbar halte,¹⁰⁶ befand das VG, dass die öffentliche Zuschussbedürftigkeit die Eigenwirtschaftlichkeit nach dem PBefG nicht ausschließe, und dass damit das Gebot der Rechtssicherheit gewahrt sei.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Otte, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 34, Rdnr. 77.

¹⁰⁵ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2005, S. 140-143.

¹⁰⁶ Siehe Fn. 38.

¹⁰⁷ Die Frage, wie sich der „eigenwirtschaftliche“ vom „gemeinwirtschaftlichen“ Betrieb sonst abgrenzen ließe, stellte sich das VG zumindest vordergründig nicht. Vielmehr kam es dem Gericht

Die streitgegenständlichen staatlichen Unterstützungsleistungen stellen daher keine Beihilfen im gemeinschaftsrechtlichen Sinne dar.¹⁰⁸ Ebenso entschied das OVG Lüneburg in einem gleichgelagerten Fall¹⁰⁹ und betonte, dass die Frage der Finanzierung nicht Gegenstand des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens sei,¹¹⁰ obgleich der EuGH in seinem „Altmark“-Urteil gerade für die Frage, nach welchen Vorschriften eine Genehmigung nach dem deutschen PBefG zu erteilen sei, maßgeblich auf die Finanzierung der öffentlichen Dienstleistung verwiesen hatte.¹¹¹

Diametral im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung steht der Beschluss des OVG Koblenz vom 4. November 2005¹¹². In dem Beschwerdeverfahren im Rahmen eines Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ging es ebenfalls um eine Anfechtung einer Personenbeförderungsgenehmigung durch einen Konkurrenten. Im Gegensatz zu den zuvor genannten Entscheidungen interpretierte das OVG Koblenz den Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ aufgrund des „Altmark“-Urteils des EuGH in europarechtskonformer Auslegung dahingehend, dass Zuschüsse der öffentlichen Hand¹¹³ eine öffentliche Verkehrsleistung zu einer gemeinwirtschaftlichen machen und damit § 13 a PBefG und die VO 1191/69 für das Genehmigungsverfahren maßgeblich sind.

Nach neuester höchstgerichtlicher Rechtsprechung des BVerwG¹¹⁴ steht nun allerdings fest, dass der Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ im deutschen PBefG dem Erfordernis der Rechtssicherheit genügt, so dass die Betrauung mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen weiterhin ohne eine Ausschreibung nach § 13 a PBefG i.V.m. VO 1191/69 erfolgen kann. Gleichzeitig stellt sich dadurch die – auch in diesem Urteil offen gebliebene – Frage der Interpretation des 4. Altmark-Kriteriums gerade für den deutschen ÖPNV umso dringlicher.

darauf an, dass das im PBefG angelegte Wahlrecht des Unternehmers zwischen gemein- und eigenwirtschaftlicher Erbringung der Dienstleistung erhalten bleibt, siehe Fn. 105.

¹⁰⁸ Siehe Rdnr. 54 f. des Urteils (Fn. 105). Das VG erkennt hierbei, dass der EuGH in der Rs. *Altmark* zwischen der Zulässigkeit der Ausnahme von „eigenwirtschaftlich“ erbrachten Diensten von der Anwendbarkeit der VO 1191/69 und der im Anschluss daran vorzunehmenden beihilfenrechtlichen Beurteilung solcher „eigenwirtschaftlichen“ Dienste trennt.

¹⁰⁹ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2005, S. 105-110, wobei das OVG aber den Hintergrund der Trennung in „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehr im deutschen PBefG recht deutlich darzustellen vermag.

¹¹⁰ Ibid., Rdnr. 49.

¹¹¹ Siehe Fn. 29, Rdnr. 62.

¹¹² Landeskommunalverwaltung (LKV) 2006, S. 276-278.

¹¹³ Im vorliegenden Fall eine Quersubventionierung.

¹¹⁴ BVerwG, 3 C 33.05, Rdnr. 33 ff., Urteil vom 19.10.2006, welches als Revisionsinstanz über die eben genannte Entscheidung des OVG Lüneburg, (Fn. 109), zu befinden hatte, abrufbar unter www.bverwg.de.

Die Untersuchung der Rechtsprechung seit der Entscheidung in der Rechtssache *Altmark* deutet also auf mangelnde Übereinstimmung und Unsicherheit im Umgang mit den Vorgaben des EuGH hin. In Umgehung der beihilfenrechtlichen Problematik wird nur auf die Frage des nach nationalem Recht richtigen Genehmigungsverfahrens abgestellt, wofür zwar auch die in der Rechtssache *Altmark* vom EuGH aufgestellten europarechtlichen Erwägungen maßgeblich sind, was aber bislang nur von einem Gericht¹¹⁵ angemessen berücksichtigt wurde.

3. Bewertung

Die Analyse der seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark Trans* seitens der Kommission und der Gerichte ergangenen Entscheidungen zur Beihilfenqualität der von staatlicher Seite gewährten finanziellen Vorteile für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zeigt deutlich die Schwierigkeiten im Umgang mit den vom EuGH aufgestellten Kriterien auf.

Während der EuGH selbst im Hinblick auf die allgemeine Fragestellung in Vorabentscheidungsverfahren und angesichts der unüberschaubaren Vielfalt öffentlicher Dienstleistungen und ihrer Finanzierungspraxis wohl keine weitere Spezifizierung des in der Rechtssache *Altmark* aufgestellten 4. Kriteriums vornehmen konnte, ist doch die mangelnde Auseinandersetzung der im Einzelfall entscheidenden nationalen Gerichte und der Kommission mit diesem Kriterium überraschend. Auch das Vorgehen der für beihilfenrechtliche Einzel- und Gruppenmaßnahmen gemäß Art. 88 EGV zuständigen Kommission muss im Ergebnis enttäuschen, da die Prüfung des 4. *Altmark*-Kriteriums, welche gemäß dem „*Altmark*“-Urteil an sich unter Art. 87 Abs. 1 EGV vorzunehmen wäre, direkt oder indirekt und in abgeschwächter Form im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV durchgeführt wird. Im Zweifel sind die Besteller öffentlicher Dienstleistungen angehalten, gemäß dem 4. *Altmark*-Kriterium eine Ausschreibung durchzuführen oder aber eine Anmeldung der geplanten finanziellen Unterstützungsmaßnahme gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV vorzunehmen, letzteres auf die Gefahr hin, dass die Maßnahme von der Kommission als Beihilfe eingestuft und eventuell nicht genehmigt wird. Mangels näherer Anhaltspunkte dafür, was die Kosten eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ für die jeweiligen Sektoren sind, können aufgrund der bisherigen Praxis der maßgeblichen Entscheidungsträger weder Besteller noch Erbringer öffentlicher Dienstleistungen die vom EuGH durch das 4. *Altmark*-Kriterium eingeräumte Möglichkeit einer sogenannten „marktorientierten Direktvergabe“ öffentlicher Dienstleistungsaufträge nutzen.¹¹⁶

¹¹⁵ OVG Koblenz, siehe Fn. 112.

¹¹⁶ Wenn man einmal von der Entscheidung 2005/842/EG des „Monti-Pakets“ (Fn. 79) absieht, wonach Beihilfen für bestimmte öffentliche Dienstleistungen von der Anmelde-/Notifikationspflicht freigestellt sind, was aber nichts an ihrem Beihilfecharakter ändert, siehe Erwägungsgrund Nr. (5) der Entscheidung.

IV. Alternative Lösungsmöglichkeiten

Im Folgenden sollen daher die Interpretationsansätze, wie eine solche Direktvergabe dennoch ermöglicht werden kann, dargestellt und einer Bewertung zugeführt werden. Dem sei als einleitende Bemerkung vorausgeschickt, dass es für das, was landläufig als „Wettbewerbsgerechtigkeit“ bezeichnet wird, keine endgültigen Wahrheiten gibt. Dem Wettbewerbsrecht der EG liegt ein bestimmtes Systemverständnis zugrunde,¹¹⁷ welches – wie sämtliche andere Wettbewerbstheorien auch – von Ökonomen durchaus kritisiert wurde und wird. Daher soll im Nachfolgenden das Hauptaugenmerk auf die Praktikabilität der vom EuGH aufgestellten Altmark-Kriterien gerichtet werden. Insbesondere soll ermittelt werden, inwieweit die Kostenanalyse anhand eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ im Vergleich zu der im Urteil des EuGH (genauer: im 4. Altmark-Kriterium) genannten Alternative einer Ausschreibung lohnenswert ist. Da die Kompensationsfähigkeit der im Unterschied zum „Ferring“-Urteil des EuGH¹¹⁸ objektivierten Nettomehrkosten (3. Altmark-Kriterium) von dem Vergleichsmaßstab des „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ (4. Altmark-Kriterium) abhängt, ist zunächst zu untersuchen, ob und wie ein solcher Maßstab aufgestellt werden kann. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei eben nicht um ein „Idealunternehmen“ handelt.

1. Nationale (deutsche) Vorschriften

Nach Ansicht des Bund-Länder-Fachausschusses Straßenpersonenverkehr¹¹⁹ findet sich der im 4. Altmark-Kriterium formulierte Vergleichsmaßstab als Grundgedanke auch im nationalen Recht. So schreibe das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) für den Bund und die Länder den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vor. Für alle finanzwirksamen Maßnahmen seien angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen und in geeigneten Bereichen solle eine Kosten- und Leistungsrechnung eingeführt werden. In den Gemeindeordnungen fänden sich analoge Regelungen.¹²⁰ Die genannten Grundsätze beziehen sich offensichtlich auf § 6 HGrG, der deren Einhaltung bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans fordert. Diese Argumentation, wonach Gebietskörper-

¹¹⁷ Welches entscheidend von den Gedanken der deutschen Ordnungspolitik geprägt ist, siehe *Hildebrand*, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, S. 185 ff.

¹¹⁸ Siehe Fn. 26, in dem der EuGH zumindest offen gelassen hatte, ob die tatsächlichen Mehrkosten des die Aufgabe erfüllenden Unternehmens ersatzfähig sind.

¹¹⁹ Bund-Länder-Fachausschuss Straßenpersonenverkehr, „Bericht zu den Konsequenzen der „Altmark“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis im ÖPNV/SPNV in Deutschland“, vom 18.2.2004.

¹²⁰ *Ibid.*, S. 30 f.

schaften als Aufgabenträger öffentlicher Dienstleistungen die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung zu überprüfen haben, verkennt jedoch, dass die betriebswirtschaftlich überprüfbare Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für die Beurteilung ist, ob dieses Unternehmen durchschnittlich oder gut geführt ist. Als weitere Orientierungshilfe dienen nach Ansicht des Fachausschusses die „Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten“ gemäß Anlage 1 zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen.¹²¹ Zwar sollten diese Leitsätze, da sie die Entlohnung öffentlicher Aufträge betreffen, richtigerweise nur mittelbar auf die Berechnung des Kompensationsmaßstabs bei einer marktorientierten Direktvergabe anwendbar sein. Allerdings sind Selbstkostenpreise – also Preise, die *per definitionem* eben keine Beurteilung der Effizienz eines Unternehmens erlauben – laut § 1 der Verordnung PR Nr. 30/53 subsidiär zu Marktpreisen. Dies entspricht im übrigen auch der Zielsetzung der Verordnung, marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchzusetzen.¹²² Die seitens des Fachausschusses angeführten nationalen Vorschriften bestätigen zwar damit im Endeffekt den Ansatz des EuGH, liefern aber keine Anhaltspunkte für dessen Umsetzung.

2. „Benchmarking“

Zur Ermittlung des Vergleichsmaßstabs wird in der Literatur zumeist auf die Methode des „Benchmarking“ verwiesen,¹²³ ein Vorgehen, das auch von Verkehrsverbänden auf nationaler¹²⁴ wie auf europäischer¹²⁵ Ebene befürwortet wird. Jedoch gehen die Auffassungen, wie ein solches „Benchmarking“ durchzuführen ist, erheblich auseinander, wie sogleich ansatzweise gezeigt werden soll. Dies resultiert aus dem sehr weiten Begriff des „Benchmarking“ und der zahlreichen Anwendungsfelder dieser Methode in der Praxis.

¹²¹ Bundesanzeiger 1953, Nr. 244 vom 21.11.1953, zuletzt geändert durch Art. 289 V vom 25.11.2003, BGBl. I, 2304; abrufbar unter http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/preisv_30_53/gesamt.pdf (3.12.2007)

¹²² Siehe Eingangsformel zur Verordnung Nr. 30/53, *ibid.*

¹²³ Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 89 ff., Koenig, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge, BB 2003, S. 2187; Koenig/Haratsch, Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, S. 811; Kühling/Wachinger, Das Altmark Trans-Urteil des EuGH, NVwZ 2003, S. 1203.

¹²⁴ Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV), Positionspapier „Umsetzung der vom EuGH in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 aufgestellten vier Prüfungskriterien“, www.vdv.de (11.12.2007).

¹²⁵ Plafmann, Ein Benchmarking-Konzept als Alternative zum Ausschreibungszwang, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, Heft 22 (2005), S. 203 ff.

Aus dem handwerklichen Bereich kommend¹²⁶ wurde der Begriff seit den 1980er Jahren für Managementzwecke nutzbar gemacht und bezeichnet im klassischen Sinne den Vergleich der Leistung des eigenen Unternehmens anhand vorab festgelegter Parameter mit einem oder mehreren anderen Unternehmen, welche den Vergleichsmaßstab (die „Benchmark“) bilden. Durch diese empirische Vorgehensweise werden Ineffizienzen eines Unternehmens deutlich, die anderenfalls verborgen geblieben wären. Wiederholtes Benchmarking kann somit Verbesserungen oder Verschlechterungen im Unternehmen aufzeigen. Auf diese Weise kristallisieren sich „best practices“ für die Industrie heraus, die Unternehmen als Richtungsbestimmung dienen.¹²⁷ Im klassischen Management-Sinne stellt Benchmarking demzufolge ein Mittel zur Selbstbewertung und Leistungssteigerung dar.¹²⁸ Diese Zielsetzung unterscheidet sich insofern von der hier maßgeblichen, bei der es nicht (zumindest nicht notwendigerweise) darum geht, die eigene Leistung zu steigern, sondern darum zu ermitteln, ob diese eigene Leistung der eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens entspricht. Gleichwohl ist es jedoch denkbar, dass Benchmarking-Methoden im Sinne einer Beurteilung der Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens hierfür nutzbar gemacht werden können.

a) Klassisches „Benchmarking“ – direkter Unternehmensvergleich

Die einfachste Variante bestünde in einem direkten Unternehmensvergleich öffentlicher wie privater Dienstleistungserbringer bezogen auf ein gewisses Dienstleistungsprodukt (das sogenannte Benchmarkingobjekt) – z.B. die Personenbeförderung im ÖPNV. Aufgrund der Ergebnisse eines solchen Benchmarkings oder Vergleichs wären sodann Durchschnittswerte abbildbar, die als Messlatte für ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ gelten könnten. Allerdings wirft eine solche Vorgehensweise mehrere Probleme auf: Zum Einen ist der Vergleich zwischen Dienstleistungsendprodukten extrem undifferenziert: Benchmarking setzt normalerweise bei einzelnen Geschäftsprozessen¹²⁹ an. Grundsätzlich sollte es aber zumindest theoretisch möglich sein, Dienstleistungsendprodukte durch Benchmarking zu vergleichen.¹³⁰ Darüber hinaus ist aber die Auswahl der Bench-

¹²⁶ Genauer kommt der Begriff „Benchmark“ ursprünglich aus der Holzverarbeitung / dem Tischlergewerbe, wo es üblich ist, auf der Werkbank (englisch „workbench“ oder „bench“) Markierungen („marks“) für den Zuschnitt zu setzen.

¹²⁷ Griebble/Scheer, Grundlagen des Benchmarkings öffentlicher Dienstleistungen, S. 4.

¹²⁸ Laut Camp, Benchmarking, S. X1, ist Benchmarking „[...] industrielle Forschung oder Informationsbeschaffung, die es dem Management erlaubt, die Leistung des eigenen Bereichs mit der Leistung der gleichen Funktion in anderen Unternehmen zu vergleichen. Benchmarking identifiziert die Praktiken, die zu Spitzenleistungen führen.“

¹²⁹ Camp, *ibid.*, S. 51: „Die Vorgehensweise besteht darin, den Gesamtprozeß der Organisation oder des Geschäftsbereichs logisch auf die Einzelprozesse runterzubrechen, deren Leistungen innerhalb der Gesamtprozesskette die Basis der Benchmarking-Untersuchungen bilden sollen.“

markingkriterien, also der Vergleichsparameter, die in das Benchmarking einfließen, bei einem breiten Benchmarkingobjekt eine zusätzliche Herausforderung. Im Rahmen einer Studie zum Benchmarking öffentlicher Dienstleistungen wurde allerdings bereits vor einigen Jahren versucht, einheitliche Kriterien zu entwickeln.¹³¹ Dabei wurden die bewährten Ansätze der „Balanced Scorecard“¹³² und das Modell für Exzellenz der *European Foundation for Quality Management* (EFQM)¹³³ gerade zum Zweck der Entwicklung einheitlicher Kriterien für die Bewertung öffentlicher Dienstleistungen kombiniert.¹³⁴ Demnach werden folgende Benchmarkingkriterien für sinnvoll erachtet: (1) Schlüssel-/Leistungsergebnisse mit (a) Wirtschaftlichkeit und (b) Auftragserfüllung, (2) Mitarbeiterzufriedenheit, (3) Kundenzufriedenheit, (4) Image, (5) Zukunftsfähigkeit.

Wenngleich bezüglich der Frage, „was“ einem Benchmarking zugrunde liegt, Anhaltspunkte bestehen – die freilich im einzelnen der Konkretisierung bedürfen –, gestaltet sich die Frage, „wer“ in das Benchmarking einbezogen wird – d.h., welche Unternehmen als Vergleichspartner in ein solches Benchmarking einbezogen werden können – in der Praxis oftmals als sehr schwierig. Gerade in dem der Rechtsache *Altmark* zugrundeliegenden Bereich des ÖPNV ist der Markt sehr heterogen und einer Vielzahl von Einflussfaktoren ausgesetzt.¹³⁵ So beeinflussen zahlreiche externe Faktoren wie Verkehrsregion, Verkehrsmittelarten und Tarifgegebenheiten bei den Personalkosten¹³⁶ die Unternehmensstruktur und die Qualität der Dienstleistungserbringung, weshalb ein Verkehrsunternehmen selten mit einem anderen vergleichbar ist.¹³⁷

Letztere Feststellung weist zudem bereits implizit auf einen anderen Umstand hin, der den Nutzen von klassischem Benchmarking in Frage stellt. Die empirische Auswertung von Daten zur Ermittlung der Wettbewerbsfähigkeit bestimmter Unternehmen ist dann nicht aussagekräftig, wenn ein Wettbewerb um den Markt nicht stattfindet, was in ehemals monopolistisch organisierten Sektoren öffentlicher Dienstleistungen noch oft der Fall ist. Bereits kurz nach Verkündung des „Altmark“-Urteils wurde auf diese Problematik und auf die angebliche Unvereinbarkeit mit dem „Chronopost“-Urteil des EuGH¹³⁸ in diesem Punkt hingewie-

¹³⁰ *Grieble/Scheer*, Grundlagen des Benchmarkings öffentlicher Dienstleistungen, S. 19 f.

¹³¹ *Ibid.*, S. 26 f.

¹³² Zum System der *Balanced Scorecard*, siehe *ibid.*, S. 21 f.

¹³³ Zum EFQM-Modell, siehe *ibid.*, S. 24 f.

¹³⁴ *Ibid.*, S. 27.

¹³⁵ *Verband Deutscher Verkehrsunternehmen* (VDV), Positionspapier „Umsetzung der vom EuGH in seinem Urteil vom 24.7.2003 aufgestellten vier Prüfungskriterien“, (Fn. 124), S. 19.

¹³⁶ *Ibid.*, S. 18.

¹³⁷ *Ibid.*, S. 19

¹³⁸ EuGH, verb. Rs. C-83/01, 93/01 und 94/01, *Chronopost/Ufex u.a.*, Slg. 2003, I-6993.

sen.¹³⁹ Nach diesem Urteil, in dem es im Wesentlichen um die Frage ging, ob die Gewährung von unter anderem logistischen Leistungen seitens des französischen Monopolisten La Poste an dessen Tochterunternehmen Chronopost verbotene Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV darstellten, entschied der EuGH, dass die Situation von La Poste nicht mit der eines im Wettbewerb um den Markt befindlichen privaten Unternehmens vergleichbar sei. Daher müssten für die Feststellung, ob die von La Poste gewährten Leistungen das marktübliche Maß dessen überstiegen, was im Verhältnis zu einer Tochterfirma angemessen sei, objektive und überprüfbare Kriterien herangezogen werden.¹⁴⁰ In diesem Fall stellten nach Ansicht des EuGH die La Poste tatsächlich entstandenen Kosten für die Erbringung der fraglichen Leistungen selbige objektive und nachprüfbare Kriterien dar.¹⁴¹

Für die Interpretation dessen, was ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ nach dem „Altmark“-Urteil sein soll, wird dieses (zeitlich noch vor dem Urteil in der Rechtssache *Altmark-Trans* ergangene) Urteil unterschiedlich interpretiert. Während teilweise vertreten wird, dass der Widerspruch zwischen beiden Urteilen praktisch nicht lösbar sei¹⁴² – was im Ergebnis dem Gebot der Rechtssicherheit zuwider liefe – sind nach anderer Ansicht beide Entscheidungen durchaus vereinbar. So habe der EuGH mit dem im 4. Altmark-Kriterium aufgestellten Vergleichsmaßstab eine generelle Regel formuliert, von der aber abgewichen werden könne, sofern für die fragliche öffentliche Dienstleistung kein Markt bestehe.¹⁴³ Letztere Ansicht verkennt jedoch, dass es bei der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Chronopost* nicht um die Frage der Marktangemessenheit einer Ausgleichsleistung für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen ging, sondern dass der EuGH vielmehr zu beurteilen hatte, ob die von La Poste gewährten Vorteile schon deswegen keine verbotene Beihilfe darstellten, weil sie sich, mit den Investitionen eines privaten Investors („private investor principle“¹⁴⁴) verglichen, als rentabel erwiesen hätten.¹⁴⁵ Ausschlaggebend war also die Einordnung der Leis-

¹³⁹ *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 358.

¹⁴⁰ Bund-Länder-Fachausschuss Straßenpersonenverkehr, „Bericht zu den Konsequenzen der „Altmark“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis im ÖPNV/SPNV in Deutschland“, (Fn. 119), Rdnr. 38.

¹⁴¹ *Ibid.*, Rdnr. 39.

¹⁴² *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 358.

¹⁴³ *Bartosch*, Clarification or Confusion? How to reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost, EStAL 2003, S. 384.

¹⁴⁴ Auch als „market economy investor principle“ bezeichnet, siehe *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 71 ff.

¹⁴⁵ Siehe Fn. 138, Rdnr. 34 ff.; der Nachweis dieser Rentabilität dient dem EuGH als Beurteilungskriterium, ob der für eine Begünstigung erforderliche „Vorteil“ nach Art. 87 Abs. 1 EGV und damit eine verbotene Beihilfe vorliegt, siehe *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, Rdnr. 75 ff.

tung, nicht der Gegenleistung, als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV; es ging im Kern also nicht um die Frage der Kompensation öffentlicher Dienstleistungen.

Auch wenn somit eine direkte Vergleichbarkeit mit der Rechtssache *Chronopost* verneint werden muss, so bleibt doch die rechtliche Problematik durchaus vergleichbar, wenn auch gleichsam spiegelverkehrt: Wie kann ermittelt werden, ob die Kostenstruktur eines Unternehmens marktangemessen ist, wenn für die fragliche Dienstleistung kein Wettbewerb um den Markt stattfindet und es daher an einem Vergleichsmaßstab fehlt? Ähnlich schwierig ist eine Situation zu beurteilen, in der nur öffentliche Unternehmen auf dem Markt vertreten sind, was z.B. im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks der Fall ist.¹⁴⁶

b) „Cost-Benchmarking“ unter simulierten Wettbewerbsbedingungen

Zur Lösung wird teilweise vorgeschlagen, dennoch einen Unternehmensvergleich auf Benchmarking-Grundlage durchzuführen, allerdings insofern unter simulierten Wettbewerbsbedingungen, als für gegebenenfalls bestehende Ineffizienzen von Monopolunternehmen Abschläge zu machen seien.¹⁴⁷ Während die Berechnung dieser Abschläge spezialisierten Wirtschaftsprüfern oder -beratern überlassen bleiben soll – und auch muss, da dies das juristische Können regelmäßig übersteigt – so ist doch fraglich, ob dieses Modell der richtige Ansatz ist. Wie das Wort „Abschlag“ schon indiziert, soll der Unternehmensvergleich auf Grundlage der für die Dienstleistungserbringung entstandenen Kosten als Benchmarking-Kriterien erfolgen.¹⁴⁸ Dies setzt jedoch die vom EuGH im 4. Altmark-Kriterium gemachte Vorgabe – die Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens – nicht korrekt um. Die Berechnung der im Einzelfall zulässigen Kompensation erfordert zunächst festzustellen, was ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ in dem jeweils zu untersuchenden Sektor öffentlicher Dienstleistungserbringung ist. Im zweiten Schritt ist sodann die ungefähre Kostenstruktur eines solchen – hypothetischen – Unternehmens zu analysieren und im dritten Schritt, ob die Kostenstruktur des zu untersuchenden Unternehmens der des hypothetischen Unternehmens in etwa entspricht. Hingegen ist es nicht zielführend, einen Vergleich der Kosten verschiedener Unternehmen (sogenanntes „Cost-Benchmarking“) durchzuführen, da dies nur wenig darüber auszusagen ver-

¹⁴⁶ In einem solchen Fall soll als Vergleichsmaßstab lediglich auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten abzustellen sein, so *Koenig/Haratsch*, Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, S. 811.

¹⁴⁷ *Kühling/Wachinger*, Das Altmark-Trans-Urteil des EuGH – Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?, NVwZ 2003, S. 1203.

¹⁴⁸ *Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, BB 2003, S. 2188.

mag, was ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen in dem betreffenden Dienstleistungssektor ausmacht.

c) „Benchmarking“ und „DEA-based Yardstick Competition“

Nach anderer Ansicht kann Benchmarking wiederum als Methode eingesetzt werden, um ein hypothetisches effizientes Unternehmen und dessen Kostenstruktur zu ermitteln, nämlich in Form eines „Wettbewerbssurrogats“, um das Funktionieren des Wettbewerbs in einer Gruppe öffentlicher Leistungserbringer zu simulieren.¹⁴⁹ Dabei wird zunächst auf dem Regulierungsansatz der „Yardstick Competition“ aufgebaut, bei dem einem „Schattenunternehmen“ Werte für Kostenstrukturen und -höhen unterstellt werden, die sich aus dem arithmetischen Mittel der Unternehmensdaten einer bestimmten Anzahl von Unternehmen ergeben.¹⁵⁰ Sodann wird aber aufgrund der Tatsache, dass diese auf reinen Kostendaten basierende Betrachtungsweise die Einbeziehung nicht-monetärer Daten als Qualitätsindikatoren nicht berücksichtigt und somit keine umfassende Abbildung der Unternehmen ermöglicht, die Orientierung am Kostendurchschnitt durch eine Orientierung am Effizienzwert der „Data Envelopment Analysis“ (DEA)¹⁵¹ ersetzt.¹⁵² Durch die Kombination von „DEA“ und „Yardstick Competition“ kann ökonometrisch auf Basis eines Benchmarking-Vergleichs ein Effizienzmaß berechnet werden, an dem sich die Effizienz einzelner Unternehmen messen lässt. Auf dieser Grundlage ließe sich ebenso der Umfang der erstattungsfähigen Kosten im Sinne des 4. Altmark-Kriteriums errechnen, was allerdings in der Umsetzung Ökonomen überlassen bleiben muss. Im Ergebnis bekommt danach ein Unternehmen seine Kosten erstattet zuzüglich eines Anteils der Differenz zwischen dem eigenen und dem per DEA ermittelten Best-Practice-Kostenniveau, sofern die eigenen Kosten unter diesem Niveau liegen.¹⁵³ Während dieses Modell in der Theorie wohl

¹⁴⁹ Baum/Przybilla, Benchmarking als Wettbewerbssurrogat: DEA-based Yardstick Competition in der Abfallwirtschaft, ZöGU 26 (2003), S. 219, 220.

¹⁵⁰ Ibid., S. 221.

¹⁵¹ Welche auch als „Effizienzfrontalanalyse“ bezeichnet wird. Laut Baum/Przybilla, Benchmarking als Wettbewerbssurrogat: DEA-based Yardstick Competition in der Abfallwirtschaft, ZöGU 26 (2003), S. 221, wird bei der DEA: „[...] mithilfe eines linearen Programms aus beobachteten Datenpunkten, die einen Produktionsprozess beschreiben, eine Produktionsfunktion geschätzt, indem eine äußere Umhüllende um die Punktwolke gelegt wird. Relativ zu dieser abschnittsweise linearen Produktionsfunktion wird für jede Beobachtung ein Effizienzmaß [...] berechnet. Dabei wird die relative Distanz zu einem Referenzpunkt auf der Produktionsfunktion („Frontier“) gemessen.“ Eine Einführung in die DEA gibt ebenfalls Przybilla, Benchmarking als Wettbewerbssurrogat in der öffentlichen Abfallwirtschaft, S. 105 ff.

¹⁵² Baum/Przybilla, Benchmarking als Wettbewerbssurrogat: DEA-based Yardstick Competition in der Abfallwirtschaft, ZöGU 26 (2003), S. 221.

¹⁵³ Ibid., S. 226.

durchaus als Ausgangspunkt für die Ermittlung der Kosteneffizienz eines hypothetischen Durchschnittsunternehmens dienen mag, so verbleiben auch hier in der Praxis nicht zu unterschätzende Hürden, u.a. die Vergleichbarkeit der Teilnehmer des Benchmarkings und die Gestaltung des Benchmarking-Vergleichs.¹⁵⁴

In Bezug auf die Vergleichbarkeit der Teilnehmer steht das Problem der Leistungsgerechtigkeit im Vordergrund, da das Modell der „DEA-based Yardstick Competition“ Effizienz entlohnt/sanktioniert und nicht jedes Unternehmen gleich gut in der Lage ist, sein Effizienzmaß durch eigene Anstrengungen zu verbessern.¹⁵⁵ Insofern müsste ein Weg gefunden werden, externe Faktoren in die ökonometrische Betrachtung mit einzubeziehen, was nach der dargestellten Theorie aber in gewissem Umfang möglich ist.¹⁵⁶ Aufgrund der komplexen wirtschaftswissenschaftlichen Berechnungen, die hierfür nötig sind, sei auf die angegebene Literatur verwiesen.

Was die Gestaltung des Benchmarking-Vergleichs angeht, der die Grundlage für die DEA bildet, so stellt sich auch bei diesem Modell die Frage, welche Benchmarking-Kriterien für die Qualitätsbewertung der in den Vergleich einzustellenden Unternehmen ausschlaggebend und aussagekräftig sind. In diesem Zusammenhang könnten allerdings die in der zuvor genannten Studie ermittelten einheitlichen Kriterien für die Bewertung öffentlicher Dienstleistungen¹⁵⁷ fruchtbar gemacht werden. Jedoch müsste bei der jeweiligen Anwendung der Effizienzbewertung anhand der „DEA-based Yardstick Competition“ überprüft werden, ob die dort genannten Kriterien praktikabel sind oder ob sie gegebenenfalls durch andere ergänzt/ersetzt werden müssen.

3. Bewertung

Bei der Suche nach Alternativen zu dem im 4. Altmark-Kriterium genannten Ausschreibungsverfahren und damit der Nutzung der Möglichkeit einer marktorientierten Direktvergabe steht der Aufgabenträger einer öffentlichen Dienstleistung vor der Problematik, wie der Kompensationsmaßstab eines „gut geführten, durchschnittlichen Unternehmens“ zu erfüllen ist. Obwohl theoretisch zumindest in der bundesdeutschen Gesetzgebung für den ÖPNV gewisse Wirtschaftlichkeitsgrundsätze für die Dienstleistungserbringung gelten, erleuchten diese die vom EuGH gemachten Vorgaben nicht näher, zumal sie im Hinblick auf die unterschiedliche

¹⁵⁴ Ibid., S. 226.

¹⁵⁵ Ibid., S. 228.

¹⁵⁶ Für die Einbeziehung externer Effekte im Bereich der Abfallwirtschaft, *ibid.*, S. 229 f.

¹⁵⁷ Die da sind (1) Schlüssel-/Leistungsergebnisse mit (a) Wirtschaftlichkeit und (b) Auftragserfüllung, (2) Mitarbeiterzufriedenheit, (3) Kundenzufriedenheit, (4) Image, (5) Zukunftsfähigkeit, siehe *Griebl/Scheer*, Grundlagen des Benchmarkings öffentlicher Dienstleistungen, S. 27.

Struktur und damit auch Wirtschaftlichkeit von öffentlichen und privaten Unternehmen in sehr diversifizierten Märkten wie dem ÖPNV nicht unterscheiden.

Während die Management-Methode des Benchmarking hingegen grundsätzlich geeignet ist, um den genannten Kompensationsmaßstab zu ermitteln, so muss zwischen klassischem Benchmarking im Sinne eines direkten Unternehmensvergleichs und Benchmarking als Mittel zur Wettbewerbssimulation innerhalb eines ehemals von Monopolunternehmen geprägten Marktes unterschieden werden. Während klassisches Benchmarking in liberalisierten Märkten transparente Ergebnisse zur Beurteilung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen bringen kann, ist dies in Märkten, in denen wie im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen öffentliche wie private Unternehmen konkurrieren, nicht der Fall. Hingegen kann Benchmarking auch in solchen Märkten nutzbar gemacht werden, wenn es als Grundlage für die Berechnung der Effizienz eines hypothetischen Unternehmens dient und neben der Produktivität auch externe Effekte, auf die die einzelnen Unternehmen keinen Einfluss haben, in die Berechnung einfließen. Hierbei scheint die „DEA-based Yardstick Competition“ eine geeignete Methode zu sein, die aber gerade im Hinblick auf die Berücksichtigung jener externen Effekte der Ausgestaltung in der Praxis bedarf.

V. Beihilfeverfahren und Beweisproblematik

Nachdem im Vorangegangenen gezeigt wurde, dass eine marktorientierte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags grundsätzlich möglich ist, schließt sich konsequenterweise die Frage an, welchen Einfluss dies auf ein potentielles Beihilfenaufsichtsverfahren hat und insbesondere, wer im Falle der Einleitung eines solchen Verfahrens die Beweislast für die Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Altmark-Kriterien trägt.

Dies hängt zunächst davon ab, ob und von welcher Seite ein Beihilfeverfahren eingeleitet wird, und welchen Voraussetzungen es unterliegt. Neben der Kommission als Beihilfenaufsichtsbehörde kann auch ein Wettbewerber eines angeblich durch eine Beihilfe begünstigten Erbringers einer öffentlicher Dienstleistung gegen diesen ein Verfahren vor einem nationalen Gericht oder dem EuG einleiten. Im Folgenden soll für diese Konstellationen die Beweisproblematik kurz umrissen werden.

1. Das Beihilfenaufsichtsverfahren

Das Beihilfenaufsichtsverfahren der Kommission richtet sich nach Art. 88 EGV sowie nach der aufgrund von Art. 89 EGV erlassenen Verordnung Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 [jetzt Art. 88] des EG-Vertrages¹⁵⁸ (im Folgenden: Verf-VO). Gemäß der Verf-VO hängt die Vorgehens-

weise der Kommission als Beihilfenaufsicht noch vor der Feststellung, ob es sich bei der zu untersuchenden Maßnahme um eine Beihilfe handelt, von der Art der möglichen Beihilfe ab. So wird u.a. zwischen bestehenden, neuen und rechtswidrigen Beihilfen unterschieden.¹⁵⁹ Bestehende Beihilfen sind im Wesentlichen entweder solche, die vor Inkrafttreten des EGV eingeführt worden sind, oder solche, die von der Kommission genehmigt wurden, gemäß Art. 15 der Verf-VO als bestehend gelten oder aufgrund der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden.¹⁶⁰ Alle übrigen Beihilfen, einschließlich der Änderung bestehender Beihilfen, sind neue Beihilfen¹⁶¹, die der Anmeldung gemäß Art. 2 Abs. 1 Verf-VO bedürfen. Hierunter fallen auch die rechtswidrigen Beihilfen, die sich dadurch definieren, dass sie unter Verletzung der in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV statuierten Anmeldepflicht durchgeführt wurden.¹⁶²

All den genannten Beihilfenarten ist gemein, dass die fraglichen Maßnahmen tatbestandlich den Begriff der „Beihilfe“ erfüllen müssen.¹⁶³ Aus rechtsdogmatischer Sicht dürften nach dem Vorangesagten daher Maßnahmen, welche die vier Altmark-Kriterien erfüllen, nicht von der Beihilfenaufsicht erfasst sein und vor allem nicht der Anmeldung bedürfen.¹⁶⁴ Nichtsdestotrotz obliegt der Kommission als Aufsichtsbehörde auch die Entscheidungsbefugnis darüber, ob es sich bei der von ihr zu untersuchenden Maßnahme begrifflich um eine Beihilfe handelt. Dies zeigt sich zum einen in Art. 2 Abs. 2 Verf-VO, wonach die Kommission nach vorläufiger Prüfung feststellen kann, dass es sich bei einer angemeldeten Maßnahme nicht um eine Beihilfe handelt. Zum anderen kann die Kommission jeglichen Informationen über angebliche rechtswidrige, also nicht angemeldete, Beihilfen nachgehen und ein Verfahren einleiten, Art. 10 Verf-VO.¹⁶⁵

In praktischer Hinsicht ist die eben genannte Verfahrensvariante für die hier interessierende Konstellation wohl die relevanteste, da die Kommission Hinweisen nachgehen kann, die sie beispielsweise von Wettbewerbern erhalten hat, welche

¹⁵⁸ ABl. EG Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1.

¹⁵⁹ VO 659/99, Art. 1 lit. b), *ibid.*

¹⁶⁰ Art. 1 lit. b) i)-v), *ibid.*

¹⁶¹ Art. 1 lit. c), *ibid.*

¹⁶² Art. 1 lit. f), *ibid.*

¹⁶³ Art. 1 lit. a), *ibid.*

¹⁶⁴ Gerade dies wird ja als Vorteil der marktorientierten Direktvergabe unter Erfüllung der Altmark-Kriterien gesehen: weder Ausschreibung noch Notifizierung und Beihilfeverfahren sind erforderlich.

¹⁶⁵ Nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 Verf-VO muss sich das Adjektiv „angebliche“ auch auf „Beihilfen“ beziehen, sonst müsste es „[...] angeblich rechtswidrige Beihilfen [...]“ heißen. Gleiches gilt für die englische Fassung, in der es heißt: „[...] *alleged unlawful aid* [...]“, nicht hingegen „[...] *allegedly unlawful* [...]“.

sich durch eine marktorientierte Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags übergangen fühlen. Zudem hat die Kommission gemäß Art. 15 Abs. 1 Verf-VO das Recht, rechtswidrige Beihilfen bis zu zehn Jahre nach deren Gewährung zurückzufordern. Somit sind Maßnahmen, die aus der Sicht der betreffenden Aufgabenträger (Gebietskörperschaften der Mitgliedstaaten oder die Mitgliedstaaten selbst) die Altmark-Kriterien erfüllen und daher in der Annahme, sie erfüllen den Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV nicht, nicht angemeldet werden, bei einer entgegengesetzten Beurteilung seitens der Kommission möglicherweise noch in zehn Jahren Rückforderungsansprüchen ausgesetzt. Diese Gefahr ergibt sich bei bestehenden Beihilfen nur dann, wenn eine bestehende Einzelbeihilfe¹⁶⁶ so geändert wird, dass sie als neue Beihilfe eingestuft wird,¹⁶⁷ und diese dann nicht angemeldet wird.

Sollte also unter diesen Prämissen von der Kommission ein Beihilfeverfahren gegen einen Mitgliedstaat eingeleitet werden, so stellt sich die Frage nach der Beweispflicht hinsichtlich der Erfüllung der Altmark-Kriterien und damit der Nichterfüllung des Beihilfebegriffs. Die Beurteilung muss sich zunächst danach richten, welche Seite generell die Erfüllung des Art. 87 Abs. 1 EGV nachzuweisen hat. Geht man nach dem oben Gesagten davon aus, dass die Kommission jedem Verdacht der Gewährung einer neuen Beihilfe nachgehen kann, so obliegt es nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ihr, beweisbedürftige Tatsachen nachzuweisen.¹⁶⁸ Die objektive Beweislast für die Erfüllung des Beihilfebegriffs obliegt daher der Kommission.¹⁶⁹

Eine andere Beweislastverteilung im Aufsichtsverfahren wäre nur dann anzunehmen, wenn ein Mitgliedstaat auch bei Zweifeln über die Erfüllung des Beihilfebegriffs verpflichtet wäre, die fragliche Maßnahme gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV bei der Kommission anzumelden. Während die Kommission in der Vergangenheit Äußerungen in Richtung auf eine uneingeschränkte Anmeldepflicht gemacht hat,¹⁷⁰ so macht der Wortlaut des Art. 88 Abs. 3 EGV das Anmeldeerfordernis eindeutig vom begrifflichen Bestehen einer Beihilfe abhängig.¹⁷¹ Darüber hinaus würde eine solch

¹⁶⁶ Dies sind gemäß VO 659/1999, (Fn. 162), Art. 1 lit. f) „[...] Beihilfen, die nicht aufgrund einer Beihilferegelung gewährt werden, und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegelung“.

¹⁶⁷ Dies ist gemäß Art. 4 Abs. 1 der Verordnung 794/2004 der Kommission zur Durchführung der Verordnung 659/1999 (ABl. EG Nr. L 140 v. 30.4.2004, S. 1) dann der Fall, wenn die Ausgangsmittel für diese Beihilfe um über 20 Prozent erhöht werden.

¹⁶⁸ EuGH, Rs. 323/82, *Intermills/Kommission*, Slg. 1984, 3809, 3832.

¹⁶⁹ *Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, S. 193.

¹⁷⁰ *Rosenfeld*, Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht, S. 39.

¹⁷¹ Siehe Art. 88 Abs. 3 EGV, 1. Satz: „Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung *von Beihilfen* so rechtzeitig unterrichtet...“ [Hervorhebungen durch Verf.]; ebenso *Koenig/Kühling*, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren, DVBl 2003, S. 289,

umfassende Anmeldepflicht die Kommission nachvollziehbarerweise überfordern.¹⁷² Grundsätzlich ist daher die Kommission hinsichtlich der Nichterfüllung der Altmark-Kriterien beweisbelastet.¹⁷³ Sie ist jedoch gemäß Art. 5 Verf-VO (für neue Beihilfen) und Art. 10 Verf-VO (für rechtswidrige Beihilfen) befugt, von dem betreffenden Mitgliedstaat Auskünfte über die fragliche Maßnahme einzuholen.

2. Gerichtliche Verfahren

Neben der Kommission können auch Wettbewerber eines Erbringers öffentlicher Dienstleistungen gegen eine angebliche Beihilfegewährung vorgehen. Dies ist sowohl vor dem EuG als auch vor nationalen Gerichten möglich.

a) Verfahren vor dem EuG

Je nach Entscheidung der Kommission im Beihilfenaufsichtsverfahren kommen für einen Wettbewerber verschiedene Möglichkeiten in Betracht, aufgrund derer er gemäß Art. 225 Abs. 1, 230 Abs. 4 EGV Nichtigkeitsklage vor dem EuG erheben kann.¹⁷⁴ Allerdings wird ein Wettbewerber gegen eine Kommissionsentscheidung nur dann vorgehen wollen, wenn diese das Unternehmen, auf welches sie sich bezieht, begünstigt. Hierbei ist für die vorliegenden Zwecke zwischen den zwei Stufen des Beihilfenaufsichtsverfahrens zu unterscheiden, an deren jeweiligem Ende Entscheidungen der Kommission stehen können. Auf der ersten Stufe stellt die Kommission im sogenannten Vorprüfungsverfahren fest, ob der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllt ist, siehe Art. 4 Verf-VO. Sofern die Kommission überzeugt ist, dass keine Beihilfe vorliegt oder diese mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, erlässt sie eine sogenannten Unbedenklichkeitsentscheidung, Art. 4 Abs. 2 Verf-VO. Hat die Kommission hingegen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit einer begrifflich gegebenen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt, erlässt sie eine Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens, s. Art. 4 Abs. 4 Verf-VO.

297; als Gegenargument kann jedoch Art. 4 Abs. 2 Verf-VO ins Feld geführt werden: „Gelangt die Kommission nach einer vorläufigen Prüfung zu dem Schluß, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstellt [...]“.

¹⁷² Rosenfeld, Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht, S. 40.

¹⁷³ Dies gilt auch für den Fall, dass Mitgliedstaat oder Beihilfeempfänger gegen eine negative Beihilfenentscheidung vor dem EuG Nichtigkeitsklage erheben, da im Rahmen dieser Klage die ordnungsgemäße Beihilfenaufsicht durch die Kommission überprüft wird und die objektive Beweislast für die Erfüllung des Beihilfenbegriffs weiter bei der Kommission liegt. Allerdings wird es regelmäßig so sein, dass im Laufe des Verfahrens die konkrete Beweisführungspflicht hinsichtlich der Nichterfüllung der Altmark-Kriterien dem Kläger obliegt.

¹⁷⁴ Umfassend hierzu: Lumma, Die Stellung Dritter in der Beihilfekontrolle, EuZW 2004, S. 457 ff.

Im Kontext der hier zu untersuchenden Beweislast interessiert als Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage die „Unbedenklichkeitsentscheidung“, da dieser Entscheidung die Einordnung der fraglichen Maßnahme als Beihilfe und damit auch eventuell die Würdigung der Erfüllung/Nichterfüllung (eines) der Altmark-Kriterien zugrunde liegen kann. Bei Erfolg einer solchen Nichtigkeitsklage wäre diese Entscheidung aufzuheben und die Kommission wäre verpflichtet, das förmliche Prüfverfahren, also die 2. Stufe der Überprüfung, einzuleiten.

Problematisch an der Erhebung einer Nichtigkeitsklage ist in diesem Fall, wie so oft, die im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu prüfende Klagebefugnis des Wettbewerbers als einem Dritten. Da im vorläufigen Prüfungsverfahren im Gegensatz zum förmlichen Prüfungsverfahren keine Beteiligungsrechte für Dritte bestehen, könnte der Wettbewerber seine Klagebefugnis nach Art. 230 Abs. 4 EGV im Sinne der „Plaumann-Formel“¹⁷⁵ mit der Verletzung der Beteiligungsrechte begründen, die ihm im förmlichen Prüfungsverfahren zugestanden hätten.¹⁷⁶ Ein Beteiligungsrecht eines Wettbewerbers ist dann begründet, wenn seine Wettbewerbsposition durch die Gewährung der Beihilfe beeinträchtigt wird.¹⁷⁷ Wann eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition gegeben ist, ist im einzelnen unklar.¹⁷⁸ Unabhängig davon ist es aber rein denklogisch erforderlich, dass der Kläger das Bestehen einer Beihilfe darlegt, denn wo keine Beihilfe, da keine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Fraglich ist jedoch, wie substantiiert der Kläger das begriffliche Vorliegen einer Beihilfe im Rahmen der Begründung seiner Klagebefugnis behaupten muss. Dies ist insofern für den Wettbewerber problematisch, als ihm oftmals die nötigen Informationen für die Beurteilung der Altmark-Kriterien, vor allem des 3. und 4. Kriteriums, fehlen dürften. Könnte der Wettbewerber andererseits in jedem behaupteten Fall des Vorliegens einer Beihilfe Nichtigkeitsklage erheben, wäre die Klagebefugnis nahezu uferlos. Der Gerichtshof hat daher bereits 1986 entschieden, dass die Klagebefugnis nach Art. 230 Abs. 4 EGV in diesen Fällen nur gegeben ist, wenn der Kläger am Vorprüfungsverfahren beteiligt war,¹⁷⁹

¹⁷⁵ EuGH, Rs. 25/62, *Plaumann/Kommission*, Slg. 1963, 211: Danach muss die fragliche Entscheidung den Kläger wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreise aller übrigen Personen heraushebender Umstände berühren und in ähnlicher Weise individualisieren wie den Adressaten.

¹⁷⁶ *Lumma*, Die Stellung Dritter in der Beihilfekontrolle, EuZW 2004, S. 459.

¹⁷⁷ EuG, Rs. T-188/95 *Waterleiding Maatschappij/Kommission*, Slg. 1998, II-3713, Rdnr. 60 ff.

¹⁷⁸ In EuG, Rs. T-69/96 *Hamburger Hafen- und Lagerhaus u.a./Kommission*, Slg. 2001, II-1039, Rdnr. 44 war hierfür erforderlich, dass zwischen dem von den Klägern vorgetragenen Umsatzrückgang und der umstrittenen Beihilfengewährung ein direkter Kausalzusammenhang besteht, während es in EuG, Rs. T-114/00, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Kommission*, Slg. 2002 II-5126, Rdnr. 60, ausreichte, dass der Kläger darlegen konnte, Wettbewerber zu sein; ebenso EuGH, Rs. C-174/02 *Streekgewest Westelijke Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën*, Slg. 2005 I-85, Rdnr. 19.

¹⁷⁹ EuGH, Rs. 169/84, *Compagnie française de l'azote u.a./Kommission*, Slg. 1986, S. 291, Rdnr. 24 f.

was zum Beispiel der Fall ist, wenn der Wettbewerber durch eine Beschwerde bei der Kommission Anlass zur Eröffnung des Vorprüfungsverfahrens gegeben hat. Da dies in der Mehrzahl der Fälle gegeben sein wird, werden Konkurrentenklagen gegen die Nichteinleitung des förmlichen Prüfverfahrens durch die Kommission daher im Ergebnis nur in geringem Umfang begrenzt. Dies ist aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten durchweg zu befürworten, da anderenfalls Wettbewerbern die Verfahrensgarantien des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EGV i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Verf-VO versagt würden.¹⁸⁰

Zumindest auf theoretischer Ebene stellt sich die Beweisproblematik des Beihilfiebegriffs allerdings erneut im Rahmen der Begründetheit der Nichtigkeitsklage. In der eben geschilderten Konstellation ist diese dann begründet, wenn ein Anspruch auf die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens besteht. Das EuG überprüft daher die Bewertungen der Kommission, auf die diese sich bei dem Erlass einer Unbedenklichkeitsentscheidung gestützt hat, einschließlich der Einschätzung, ob angesichts von Zweifeln hinsichtlich der Erfüllung des Tatbestands des Art. 87 Abs. 1 EGV objektiv ein förmliches Prüfverfahren einzuleiten gewesen wäre.¹⁸¹ Jedoch beschränkt das EuG die Überprüfung in Fällen, die komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordern, darauf, ob die Kommission den Sachverhalt zutreffend festgestellt hat und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen.¹⁸² In Fällen, bei denen die Erfüllung insbesondere des 4. Altmark-Kriteriums fraglich ist, wird, wie bereits dargestellt, regelmäßig eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung erforderlich sein. Sofern ein Wettbewerber also nicht bereits im Vorprüfungsverfahren Tatsachen dargelegt hat, welche die Nichterfüllung (eines) der Altmark-Kriterien und damit das Vorliegen einer Beihilfe indizieren, und der Kommission kein offenkundiger Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden kann, stellt sich die Frage der Behauptungslast bezüglich der Nichterfüllung der Altmark-Kriterien im Rahmen der Begründetheit einer Nichtigkeitsklage in der Praxis wohl kaum. Aus Rechtsschutzgesichtspunkten ist dies nicht unproblematisch, da ein Wettbewerber im Vorprüfungsverfahren gemäß Art. 4 Verf-VO rein rechtlich gesehen nicht beteiligt werden muss, so dass im Endeffekt von einer Rechtsschutzlücke für den Wettbewerber ausgegangen werden muss.

¹⁸⁰ *Schneider*, Konkurrentenklagen als Instrumente der europäischen Beihilfeaufsicht, DVBl 1996, S. 1303.

¹⁸¹ EuG, Rs. T-49/93, *Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)/Kommission*, Slg. 1995, II-2501, Rdnr. 60.

¹⁸² EuG, Rs. 471/93, *Tierce Ladbrooke/Kommission*, Slg. 1995, II-2537.

b) Verfahren vor nationalen (deutschen) Gerichten

Neben einer Klage vor dem EuG kann der Wettbewerber eines Beihilfeempfängers auch verschiedene Klagen vor nationalen Gerichten erheben, um die Rückforderung einer Beihilfe zu erreichen oder Schadensersatz für die rechtswidrige Gewährung einer Beihilfe einzufordern. Hierfür kann er sich auf die Verletzung des Durchführungsverbotes nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV i.V.m. Art. 3 Verf-VO berufen, wonach anmeldungspflichtige Beihilfen nicht eingeführt werden dürfen, bevor die Kommission sie genehmigt hat. Gemäß gefestigter Rechtsprechung entfaltet dieses Durchführungsverbot unmittelbare und drittschützende Wirkung.¹⁸³ Dies ist vor dem Hintergrund, dass eine zu verhindernde Wettbewerbsverzerrung potentiell schon mit der Auszahlung der Beihilfe entsteht,¹⁸⁴ zur Gewährleistung fairen Wettbewerbs auch erforderlich. Anderenfalls müsste stets die Kommission für die Einhaltung des Durchführungsverbots Sorge tragen, was aber angesichts der unüberschaubaren Vielfalt möglicher Beihilfen rein personaltechnisch ein Ding schierer Unmöglichkeit ist. Allerdings impliziert die unmittelbare Wirkung des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV nicht, dass nationale Gerichte auch eine Entscheidung über die Erfüllung des Tatbestands des Art. 87 EGV treffen dürfen. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt obliegt allein der Kommission als Beihilfenaufsichtsbehörde.¹⁸⁵ Dies ist auch schlüssig, da anderenfalls die Mitgliedstaaten über die EG-rechtliche Zulässigkeit der von ihnen selbst gewährten Beihilfen befinden könnten.

Somit hat ein nationales Gericht im Falle einer Konkurrentenklage lediglich zu prüfen, ob das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV verletzt wurde und ob dies den geltend gemachten Anspruch des klagenden Wettbewerbers erfüllt. Da das Durchführungsverbot, wie eben erwähnt, nur greift, wenn eine anmeldungspflichtige – also neue – Beihilfe unter Verletzung der Anmeldepflicht gewährt wurde, muss das nationale Gericht in jedem Verfahren implizit feststellen, ob der Beihilfebegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllt ist. Der Umfang der Beweislast für die Erfüllung des Beihilfebegriffs hängt dabei vom jeweiligen Klagebegehren des Wettbewerbers und damit vom beschrittenen Rechtsweg ab. Für die deutsche Gerichtsbarkeit – auf die sich die Untersuchung angesichts ihres begrenzten Umfangs beschränken muss – ist hierbei grundsätzlich zwischen der Zivil- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterscheiden.

¹⁸³ *Schwarze/Mederer*, in: von der Groeben, Art. 88 EGV, Rdnr. 44; st. Rspr., EuGH, Rs. C-225/91, *Matra/Kommission*, Slg. 1991, I-5823.

¹⁸⁴ *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 581.

¹⁸⁵ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 88 EGV, Rdnr. 1.

aa) Verfahren vor den Verwaltungsgerichten

Sofern der Konkurrent mit seinem Klagebegehren zum Zwecke der Wiederherstellung von Wettbewerbsgerechtigkeit die Rückforderung einer rechtswidrigen, also nicht angemeldeten Beihilfe erstrebt, ist der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH¹⁸⁶ ist eine rechtswidrige Beihilfe unabhängig von ihrer eventuellen Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 1 EGV nur aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsgebot (in der Literatur vielfach als „formell rechtswidrige“ Beihilfe bezeichnet) von dem beihilfegewährenden Mitgliedstaat (und dort von der beihilfegewährenden Behörde) zurückzufordern. Findet diese Rückforderung nicht statt, so steht dem Konkurrenten hiergegen der Verwaltungsrechtsweg offen, da das Durchführungsverbot nach allgemein anerkannter Ansicht drittschützenden Charakter hat.¹⁸⁷ Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt gemäß § 86 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) der Untersuchungsgrundsatz, d.h., den Kläger trifft keine Behauptungslast für die von ihm vorgetragene klagebegründenden Tatsachen, jedoch trifft ihn im Falle eines „non liquet“ die objektive Beweislast hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen seines behaupteten Anspruchs.¹⁸⁸ Bezogen auf die Erfüllung des Beihilfebegriffs aufgrund Nichterfüllung (eines) der Altmark-Kriterien bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht selbst aufklären kann und muss, ob diese erfüllt sind oder nicht.¹⁸⁹ Sofern sich dies nicht abschließend aufklären lässt, geht dies zu Lasten des klagenden Konkurrenten.

bb) Verfahren vor den Zivilgerichten

Neben dem Interesse an einer Rückforderung einer gewährten Beihilfe kommt für den Konkurrenten auch ein Schadensersatzanspruch in Betracht. Dieser ist vor den Zivilgerichten geltend zu machen und kann sich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen stützen. Zum einen ist ein Anspruch aus § 1 UWG denkbar, sofern der

¹⁸⁶ EuGH, Rs. C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz / Alcan Deutschland*, Slg. 1997, I-1591; EuGH, Rs. C-5/89, *Kommission / Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1990, I-3437.

¹⁸⁷ Statt vieler die Nachweise bei *Soltész*, Private Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilferecht, ZWeR 2006, S. 390.

¹⁸⁸ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 22 f.

¹⁸⁹ Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings insofern eingeschränkt, als für die Parteien gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO Mitwirkungspflichten an der Sachverhaltsaufklärung bestehen. Sofern die Parteien dieser Pflicht nicht nachkommen, obwohl ihnen dies möglich und zumutbar wäre, hat dies eine Verringerung der Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Gerichts und eine Minderung des Beweismaßes zur Folge, siehe *Kopp*, VwGO, § 86, Rdnr. 12. Vorliegend könnte eine Verweigerung der Mitwirkungspflicht auf Beklagtenseite sich daher für diese negativ auswirken, sofern die vom Kläger vorgetragene und vom Gericht untersuchten Tatsachen den geltend gemachten Anspruch begründen.

Konkurrent behauptet, durch die Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe sei dem Beihilfeempfänger ein Wettbewerbsvorteil zugekommen und dadurch sei wiederum ihm selbst ein Schaden entstanden.¹⁹⁰ Des weiteren bietet sich an, einen Schadensersatzanspruch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV zu stützen, da das Durchführungsverbot in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden kann.¹⁹¹ Neben Schadensersatzansprüchen gegen den Beihilfeempfänger kann der Wettbewerber auch Ansprüche gegen den beihilfegewährenden Mitgliedstaat geltend machen. In Betracht kommt diesbezüglich ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, da der Verstoß gegen das Durchführungsverbot als ein Verstoß gegen eine gegenüber den Wettbewerbern bestehende Amtspflicht eingeordnet werden kann.¹⁹² Auch ist ein Schadensersatzanspruch gegen den beihilfegewährenden Mitgliedstaat aufgrund des durch EuGH-Rechtsprechung geschaffenen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs denkbar,¹⁹³ da das Durchführungsverbot eine unmittelbar wirksame Bestimmung des EG-Rechts ist, die ein subjektives Recht (für einen Dritten) begründet, gegen das der Mitgliedstaat durch Unterlassen der Beihilfenanmeldung hinreichend qualifiziert verstößt.¹⁹⁴

All die genannten möglichen Schadensersatzansprüche haben gemein, dass sie im Gegensatz zu einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren in einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime geltend gemacht werden müssen, in dem Tatsachenbehauptungen, die der Gegenpartei ungünstig, rechtserheblich oder bestritten sind, des Beweises bedürfen.¹⁹⁵ Der klagende Wettbewerber trägt also hinsichtlich aller Tatsachen, die seinen Anspruch begründen, die Behauptungs- und Darlegungslast und im Falle eines *non liquet* die objektive Beweislast.¹⁹⁶ Das heißt, dass die Klägerin nicht nur beweisen muss, dass begrifflich eine Beihilfe vorliegt, sondern auch, dass ihr durch die Beihilfe kausal ein Schaden entstanden ist und dass den Schädiger ein Verschulden trifft. Dies dürfte insbesondere hinsichtlich der genannten Schadensersatzansprüche aus § 1 UWG und § 823 Abs. 2 i.V.m. Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV problematisch sein, da die Klägerin darlegen muss, dass die Beklagte

¹⁹⁰ Dies ist nicht unumstritten, wird allerdings unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsbeschränkung durch Dritte – hier der öffentlichen Hand – durchaus vertreten, siehe *Beater*, Unlauterer Wettbewerb 2002, § 9, Rdnr. 3 ff.

¹⁹¹ So die Ansicht in der Literatur, siehe *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 583; *Soltész*, Private Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilferecht, ZWeR 2006, S. 397.

¹⁹² *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 584.

¹⁹³ EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-84/93, *Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 17.

¹⁹⁴ *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 584.

¹⁹⁵ *Thomas/Putzo*, ZPO-Kommentar, Vor § 284, Rdnr. 1.

¹⁹⁶ *Soltész*, Private Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilferecht, ZWeR 2006, S. 393.

schuldhaft unerlaubte Konkurrenzvereitelung betrieben hat, indem sie aufgrund der Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe Marktpreise unterbieten konnte.¹⁹⁷ Hierzu müsste die Klägerin die internen Kalkulationsgrundlagen des Beihilfempfangers kennen.¹⁹⁸ Aber auch im Falle der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG stellt sich die genannte Beweisproblematik, wenngleich der Verschuldensnachweis regelmäßig leichter zu führen sein wird, da ein Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV durch einen Beamten wohl immer als schuldhafter Amtspflichtverstoß zu werten ist.¹⁹⁹ Einfacher wäre es hingegen, einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu begründen, da es hierfür auf ein Verschulden nicht ankommt.²⁰⁰ Allerdings muss die Klägerin auch bei diesem Anspruch beweisen, dass begrifflich eine Beihilfe vorliegt, da anderenfalls kein Verstoß gegen die Anmeldepflicht gegeben ist, und einen kausal auf diesem Verstoß beruhenden Schaden darlegen.

Es zeigt sich also bei allen genannten Anspruchsmöglichkeiten, dass der konkurrierende Wettbewerber zumindest hinsichtlich der Erfüllung des Beihilfiebegriffs und damit für die Nichterfüllung der Altmark-Kriterien, beweispflichtig ist. Die nötigen Beweise sind aufgrund der Tatsache, dass sich der Großteil der diesbezüglich erforderlichen Informationen bei dem beihilf begünstigten Wettbewerber befinden, nur schwer zu führen. Im Übrigen kann dieses Informationsdefizit der Klägerin auch schon bei der Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Klage zum Verhängnis werden, da die Klagschrift alle klagebegründenden Tatsachen nennen muss.²⁰¹

Insgesamt hat ein klagender Wettbewerber daher einige Hürden zu überwinden, um Schadensersatz vor deutschen Gerichten erstreiten zu können. Um die Geltendmachung der genannten Ansprüche zu erleichtern, wird daher in der Literatur teilweise die Anwendbarkeit gewisser prozessualer Beweiserleichterungen vertreten. Begründet wird dies mit dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH etablierten gemeinschaftsrechtlichen Effet-utile-Grundsatz sowie mit Art. 10 EGV, wonach die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue dem Gemeinschaftsrecht die größtmögliche Wirksamkeit zu verschaffen haben.²⁰² Insbesondere könne sich der konkurrierende Wettbewerber auf die Institute des Beweis des ersten Anscheins und der sekundären Darlegungs- und Beweislast berufen sowie im Rahmen der Ermittlung der Schadenshöhe §§ 252 Satz 2 BGB, 287 ZPO für sich geltend machen, um die Berechnung des ihm entgangenen Gewinns zu

¹⁹⁷ *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 584.

¹⁹⁸ *Soltész*, Private Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilferecht, ZWeR 2006, S. 391.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Zu den Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs siehe Fn. 204, Rdnr. 51.

²⁰¹ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, § 253, Rdnr. 30 ff.

²⁰² *Kiethe*, Schadensersatzansprüche bei rechtswidrig ausgereichten Beihilfen, RIW 2004, S. 586 f.

vereinfachen.²⁰³ Bezüglich des Beweises der Nichterfüllung der Altmark-Kriterien käme dem klagenden Wettbewerber vor allem das Instrument der sekundären Behauptungslast zugute. Voraussetzung hierfür ist, dass von der klagenden Partei hinreichende Anhaltspunkte für einen Sachverhalt erbracht werden, die einen Anspruch begründen. Demnach hat die gegnerische Partei die sekundäre Behauptungslast zu tragen, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht näher kennt, während die Gegenpartei sie kennt und ihr nähere Angaben zuzumuten sind.²⁰⁴ Ihr obliegt dann insofern eine Mitwirkungspflicht, als sie substantiierten Gegenvortrag erbringen muss.²⁰⁵ Sofern also ein klagender Wettbewerber objektive Anhaltspunkte für die Nichterfüllung (eines) der Altmark-Kriterien darlegen kann, ist es durchaus möglich, dass das befassende Gericht von der Gegenpartei substantiierten Gegenvortrag fordert.

Wenngleich die Anwendbarkeit der genannten Beweiserleichterungen aufgrund der Gewährleistung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts bislang nur von der Literatur vertreten wurde, stützt nunmehr auch die jüngste Rechtsprechung des EuGH eindeutig diese Ansicht. In der Rechtssache *Laboratoires Boiron*²⁰⁶ hat der EuGH entschieden, dass ein nationales Gericht gemäß dem Effet-utile-Grundsatz alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen muss, um den Beweis der Erfüllung/Nichterfüllung (eines) der Altmark-Kriterien zu ermöglichen, sofern die Führung des Beweises aufgrund u.a. der Nichtverfügbarkeit der hierfür nötigen Informationen praktisch unmöglich ist oder übermäßig erschwert wird.²⁰⁷ Somit hat eine auf Schadensersatz gerichtete Klage eines Wettbewerbers gegen ein angeblich beihilfebegünstigtes Unternehmen, sofern sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, bei Anwendung gewisser Beweiserleichterungen durchaus Aussicht auf Erfolg.

3. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Beweispflicht bezüglich der Erfüllung des Beihilfebegriffs und der in diesem Zusammenhang bei öffentlichen Dienstleistungen relevanten Frage der Nichterfüllung der Altmark-Kriterien ist zunächst die Verfahrensart ausschlaggebend. Im Beihilfenaufsichtsverfahren gegen potentiell rechtswidrige Beihilfen ist grundsätzlich die Kommission beweispflichtig. Erhebt hingegen ein Wettbewerber

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ BGH, NJW 2000, S. 2272, unter II 2. b).

²⁰⁵ BGH, NJW 1999, S. 1404, unter II 2. b).

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-526/04, *Laboratoires Boiron / Urssaf de Lyon* (ABl. EG Nr. C 281 v. 18.11.2006, S. 12), Volltext des Urteils unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

²⁰⁷ Ibid.

Nichtigkeitsklage gegen eine sogenannte „Unbedenklichkeitsentscheidung“ vor dem EuG, so überprüft dieses die Entscheidung der Kommission auf der Grundlage der Informationen, die der Kommission zum Zeitpunkt der Entscheidung vorlagen. In Fällen jedoch, die komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordern, ist die Prüfung darauf beschränkt, ob die Kommission den Sachverhalt zutreffend festgestellt hat und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorlagen. Dies ändert jedoch nichts an dem Grundsatz, wonach die Kommission die Erfüllung des Beihilfebegriffs nachweisen muss.

Im Verfahren vor nationalen (deutschen) Gerichten ist zwischen der Verwaltungs- und der Zivilgerichtsbarkeit zu unterscheiden. Will ein Wettbewerber in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Rückforderung einer angeblich „formell“ rechtswidrigen Beihilfe erreichen, so untersucht das Gericht selbständig, ob der Beihilfebegriff erfüllt ist. Im Gegensatz hierzu ist ein Wettbewerber, der vor den Zivilgerichten aufgrund einer angeblichen Beihilfengewährung an einen Konkurrenten auf Schadensersatz klagt, hinsichtlich der Erfüllung des Beihilfebegriffs beweispflichtig. Allerdings dürften hierbei nach neuester EuGH-Rechtsprechung regelmäßig Beweiserleichterungen Anwendung finden, vor allem das Instrument der sekundären Beweis- und Darlegungslast.

VI. Fazit und Ausblick: Marktorientierte Direktvergabe oder Ausschreibung?

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der in diesem Beitrag untersuchten Problemstellungen lässt sich als Ergebnis zunächst festhalten, dass eine marktorientierte Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungen bei Erfüllung der vier Altmark-Kriterien ohne Verstoß gegen das in Art. 87 Abs. 1 EGV normierte Beihilfeverbot grundsätzlich möglich ist. Allerdings begegnet eine solche Direktvergabe (noch) zahlreichen Unwägbarkeiten: Zum einen sind die Voraussetzungen zur Erfüllung des 4. Altmark-Kriteriums, also des Effizienztests oder *market-economy-test*, noch immer unklar. Weder Kommission noch Gerichte haben hierfür bislang eine Methode entwickelt, wobei mit guten Gründen vertreten werden kann, dass eine solche Methode nicht entwickelt werden kann oder dass sie zumindest nicht praxistauglich ist. Nichtsdestotrotz existieren verschiedene ökonomische Ansätze, vor allem der einer Wettbewerbssimulation durch Benchmarking auf Grundlage der „DEA-based yardstick competition“, die als Berechnungsmodelle für die Erfüllung des 4. Altmark-Kriteriums dienen können. Dies mindert jedoch das Risiko einer gegenteiligen Einschätzung durch die Kommission oder durch Wettbewerber nicht, die jeweils Verfahren wegen Gewährung angeblich rechtswidriger Beihilfen anstrengen können, wobei dem Wettbewerber nach neuester EuGH-Rechtsprechung für die Behauptung, es läge begrifflich eine Beihilfe vor, sogar Beweiserleichterungen zugute kommen.

Nichtsdestotrotz dürften sowohl Aufgabenträger als auch Erbringer öffentlicher Dienstleistungen weiterhin an der Nutzung dieser durch den EuGH beschriebenen Möglichkeit der Direktvergabe interessiert sein, da sie regelmäßig im Vergleich zu einer Ausschreibung als zeit- und kostengünstiger gilt, sowie regionalen und strukturellen Besonderheiten besser Rechnung zu tragen in der Lage ist.²⁰⁸

Auch in näherer Zukunft dürfte diese Einschätzung nicht wesentlich anders ausfallen, auch wenn eine neue Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße verabschiedet worden ist, die die Verordnungen 1191/69 und 1107/70 ersetzt.²⁰⁹ Die neue Verordnung geht vom Grundsatz der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen durch Ausschreibung aus, wenngleich in begrenztem Umfang auch eine Direktvergabe möglich ist.²¹⁰ Allerdings ist für die Anwendung der Verordnung eine Übergangszeit von 10 Jahren ab Inkrafttreten (2 Jahre ab Veröffentlichung) vorgesehen.²¹¹ Somit stellt sich jedenfalls während der nächsten 12 Jahre angesichts der grundsätzlichen Möglichkeit einer marktorientierten Direktvergabe für Aufgabenträger und Erbringer öffentlicher Dienstleistungen die Frage nach der Vorzugswürdigkeit von Direktvergabe oder Ausschreibung.

Nicht nur die Kommission²¹², sondern auch viele Stimmen in der Literatur²¹³ gehen diesbezüglich von der Vorzugswürdigkeit einer Ausschreibung aus, weil dies

²⁰⁸ Bezüglich des Kostenarguments ist allerdings zu bedenken, dass die Berechnung der Ausgleichsleistung nach den Altmark-Kriterien zumindest in der hier befürworteten Art und Weise im Grunde nur von Wirtschaftsberatern oder -prüfern durchgeführt werden kann, was ebenso kostenintensiv zu Buche schlagen kann.

²⁰⁹ Siehe Kommissionsvorschlag KOM (2005) 319 endg., abrufbar unter http://ec.europa.eu/prelex/rech_simple.cfm?CL=de (4.12.2007), den der Rat der Justiz- und Innenminister in seiner Sitzung am 18.9.2007 mit den seitens des EP in 2. Lesung vorgeschlagenen Änderungen angenommen hat.

²¹⁰ Dies soll in vier Fällen möglich sein, siehe Art. 5 des geänderten Gemeinsamen Standpunkts, *ibid.*: (1) wenn die Auftragnehmer Dritte sind, über die die Behörden eine Kontrolle ausüben, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, (2) bei geringfügigen Aufträgen, (3) in Notfällen, (4) beim öffentlichen Personenverkehr auf der Schiene, mit Ausnahme von Stadt- und Vorortbahnen.

²¹¹ Siehe Art. 8 Abs. 2 des geänderten Gemeinsamen Standpunkts, *ibid.*, gemäß Art. 12 des geänderten Gemeinsamen Standpunkts tritt die Verordnung 24 Monate nach deren Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.

²¹² Siehe beispielhaft hierzu nur die „Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ v. 10.7.1997 (ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3), Grundsätze II. 1. „Der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren [...] und die darauf folgende Veräußerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter stellt grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert dar und *enthält damit keine staatliche Beihilfe*“. [Hervorhebungen durch Verf.].

dem der EG-Wettbewerbsordnung zugrunde liegenden Idealbild eines fairen Wettbewerbs am nächsten komme. Aufgrund dessen entfallt auch eine beihilfenrechtliche Überprüfung von Ausgleichleistungen, die einem Erbringer öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, nachdem diesem in einem Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt worden ist.²¹⁴ Wenngleich für diese Ansicht viele Argumente streiten,²¹⁵ so müssen sich die Aufgabenträger im Endeffekt entscheiden, ob sie die für sie praktischste Lösung (regelmäßig die – marktorientierte – Direktvergabe) oder die für sie und die Dienstleistungserbringer sicherste Variante (angesichts der herrschenden Ansicht in der Kommission als Beihilfenaufsichtsbehörde: die Ausschreibung) wählen.

Die nach der Altmark-Trans-Rechtsprechung bei Vorliegen der ökonomischen Bedingungen weiterhin mögliche Direktvergabe birgt sowohl für den Dienstleistungserbringer als auch für den Aufgabenträger nicht zu unterschätzende rechtliche Risiken. So wird der Dienstleistungserbringer im Fall der Beihilfenrückforderung nicht selten von der Insolvenz bedroht sein und ist potentiellen Schadensersatzansprüchen von Wettbewerbern ausgesetzt. Angesichts der mangelnden Rechtssicherheit in Bezug auf die Interpretation vor allem des 4. Altmark-Kriteriums darf auch nicht übersehen werden, dass das Risiko behördlicher Fehleinschätzungen bei der Frage, ob eine Ausgleichsleistung nach den Altmark-Kriterien eine anmeldepflichtige Beihilfe darstellt oder nicht, in einer Weise auf Unternehmen und Bürger abgewälzt wird, die im Hinblick auf die staatliche Verantwortung bei der Beihilfengewährung sehr bedenklich ist. Auf der anderen Seite ist aber auch der Aufgabenträger im Fall einer marktorientierten Direktvergabe nicht einfach „aus dem Schneider“: Er hat mögliche Schadensersatzansprüche aus Staatshaftung zu fürchten, insbesondere aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.

²¹³ Koenig/Kübling, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, S. 779, 780, leiten dies aus den „gemeinsamen wettbewerbsrechtlichen Wurzeln der beiden Rechtsmaterien“ ab; ähnliche Erwägungen liegen den Schlussfolgerungen bei Sinnaeve, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 359 zugrunde; Eilmansberger, Überlegungen zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilfenrecht, WuW 2004, S. 392 kommt zu dem Schluss „[...] dass bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens keine Beihilfengewährung erfolgen kann.“; Nicolaidis, The New Frontier in State Aid Control, Intereconomics 2002, S. 197 begründet ökonomisch, warum nur im Fall der Ausschreibung keine Beihilfe vorliegen kann.

²¹⁴ Eilmansberger, *ibid.*

²¹⁵ So argumentieren Koenig/Kübling, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbs-offenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, S. 786, überzeugend, dass bei Durchführung einer Ausschreibung in Form eines nichtoffenen Vergabeverfahrens die Beihilfenkonformität nicht gegeben ist; weitere Argumente finden sich bei Bullmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 139 ff.

In Anbetracht der Zielsetzung öffentlicher Dienstleistungen, die eine konstante Grundversorgung der Bevölkerung im Geiste der Daseinsvorsorge garantieren sollen, sind die Aufgabenträger zumindest derzeit gut beraten, wenn sie die „sichere“ Variante in Form der Ausschreibung wählen – auch wenn „sicher ist, das nichts sicher ist, selbst das nicht“²¹⁶.

²¹⁶ Joachim Ringelnat.