

anvisiert hatten⁸³⁶. Der GA befürchtete daher, daß das *Ferring*-Urteil die Bemühungen der zuständigen Stellen um die zukünftige Ausrichtung der Gemeinschaftspolitik zu diesem Problem zunichte gemacht habe⁸³⁷. Auch in der Literatur regten sich Zweifel an dieser richterlichen Rechtsschöpfung⁸³⁸. Auf diese Kritik meldete sich GA Stix-Hackl mit ihren Schlußanträgen zur Rechtssache *Enirisorse* zu Wort und leistete GA Jacobs Schützenhilfe. Die Spannung erreicht ihren Höhepunkt – schließlich ging es um nicht weniger als die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa⁸³⁹, deren Ausgestaltung wiederum ein zentrales Thema der Debatte über das europäische Gesellschaftsmodell ist⁸⁴⁰ –, als die Kommission die Arbeiten an ihrem in Aussicht gestellten⁸⁴¹ gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bis zum Erlaß des *Altmark*-Urteils aussetzte⁸⁴². Daraufhin erließ der EuGH nacheinander die Urteile in den Rechtssachen *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse*.

VIII. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark*

1. Sachverhalt

Am 27. Oktober 1994 hatte das Regierungspräsidium Magdeburg der Altmark Trans die Genehmigung erteilt, Personen auf den regionalen Überlandlinien im Landkreis Stendal mit Omnibussen zu befördern. Durch die Genehmigung wird der Beförderer verpflichtet, nur die zugelassenen Fahrpreise zu erheben, den genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen. Als Gegenleistung erhält der Beförderer eine Rechtsstellung, die einem Ausschließlichkeitsrecht nahe kommt, da während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung kein Verkehr auf derselben Linie genehmigt wird. Als dem Konkurrenzunternehmen NVG Altmark die Genehmigung verweigert wurde, beschritt diese den Instanzenweg. Daraufhin beehrte das BVerwG vom EuGH gemäß Art. 234 EG unter anderem zu wissen, ob mitgliedstaatliche Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG unterliegen⁸⁴³.

836 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 72.

837 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 97.

838 Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (33).

839 Franzius, NJW 2003, 3029 (3029).

840 Kommission, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 1.

841 Kommission, Bericht vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 28 f.; *eadem*, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002), 462 endg., Rdnr. 493; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf.

842 Kommission, Bericht vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg., Rdnrn. 10, 16; *eadem*, Bericht der Kommission vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 636 endg., Rdnr. 3.

843 EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31; GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 15, 21, 22, 23, 27.

2. Position des EuGH

Der EuGH bekannte sich erneut zur *Ferring*-Entscheidung⁸⁴⁴, stellte jedoch zur Konkretisierung der Tatbestandslösung einen Kriterienkatalog auf⁸⁴⁵:

Erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssten klar definiert sein⁸⁴⁶. Das nationale Gericht habe jeweils zu prüfen, ob sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eindeutig aus den nationalen Rechtsvorschriften ergeben⁸⁴⁷. Zweitens müssten objektiv und transparent diejenigen Parameter aufgestellt werden, anhand derer die Kompensation berechnet wird, um zu verhindern, daß eine Überkompensation das Empfängerunternehmen gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt⁸⁴⁸. Gleiche daher ein Mitgliedstaat, ohne zuvor die Parameter dafür aufgestellt zu haben, die Verluste eines Unternehmens aus, so stellt diese ein Intervention eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar⁸⁴⁹. Drittens dürfe die Kompensation nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, 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 decken⁸⁵⁰. Wenn viertens die Wahl des Unternehmens im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, so sei die Höhe der erforderlichen Kompensation – unter Berücksichtigung von erzielten Einnahmen und einem angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen – auf Grundlage einer Analyse derjenigen Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte⁸⁵¹.

Im Umkehrschluß betonte der EuGH, daß eine staatliche Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfülle, automatisch eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Norm darstelle⁸⁵².

3. Analyse und Bewertung

a. Bekenntnis des EuGH zum Transparenzansatz

Die mehrheitlich positiv aufgenommene⁸⁵³ *Altmark*-Entscheidung konsolidiert den in *Ferring* eingeleiteten Auslegungswechsel (*fine-tuned variant of Ferring*⁸⁵⁴)⁸⁵⁵. Es wäre allerdings zu kurz gegriffen zu sagen, die Tatbestandslösung triumphiere über die Rechtferti-

844 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86.

845 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88.

846 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

847 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

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

849 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 91.

850 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 92.

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

852 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 94.

853 Vgl. *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 31; *Hetzel*, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 214 ff.; *Koenig/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (379); *Knauff*, VR 2004, 296 (301); *Thouvenin/Lorieux*, Revue du Marché Commun et de l'Union européenne 2003, 633 (633).

854 *Rizza*, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (439).

855 *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (300); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3030); *Gas/Rücker*, DÖV 2004, 56 (60); *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503 (503); *Winter*, CMLR 2004, 475 (501).

gungslösung⁸⁵⁶. Als Sieger aus dem Streit um die Zulässigkeit von staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geht vielmehr der von GA Jacobs in der Rechtssache *GEMO* vorgeschlagene *new deal* des Transparenzansatzes hervor⁸⁵⁷.

In *GEMO* hatte GA Jacobs argumentiert, daß es keine Wettbewerbsverfälschung gibt, soweit die staatliche Zuwendung und die Gemeinwohlverpflichtungen ein *Saldo von Null* ergeben⁸⁵⁸. Wenn der Staat Waren oder Dienstleistungen einkauft, so liegt eine staatliche Beihilfe nur dann vor, wenn der hierfür gezahlte Preis den Marktpreis übersteige. Es sei nicht ersichtlich, warum etwas anderes in Fällen gelten sollte, in denen der Staat Dienstleistungen gegen Entgelt in Anspruch nimmt, die der Allgemeinheit gegenüber zu erbringen seien⁸⁵⁹.

Sodann hatte GA Jacobs vorgeschlagen, danach zu differenzieren, wie der Zusammenhang zwischen der gewährten Kompensation und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen ausgestaltet ist⁸⁶⁰: Die erste Kategorie umfasse diejenigen Fälle, in denen die Kompensation eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellt⁸⁶¹ bzw. in denen der *Zusammenhang* zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Zuwendung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung *unmittelbar und offensichtlich* ist⁸⁶². *Paradebeispiel* für einen derartigen unmittelbaren, offensichtlichen Zusammenhang sei ein öffentlicher Auftrag, welcher nach *Durchführung eines vergaberechtlichen Verfahrens* vergeben wurde: Hier würden ein und derselbe Vertrag die Verpflichtungen der Unternehmen und die Vergütung, die sie als Gegenleistung erhalten, festgelegt werden⁸⁶³. Von dieser Kategorie erfaßte Fälle sollten nach Ansicht des GA nach der Tatbestandslösung beurteilt werden⁸⁶⁴. Demgegenüber sollten staatliche Maßnahmen dem Beihilfenansatz unterfallen, bei denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Kompensation und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich ist⁸⁶⁵.

Der *Altmark*-Katalog bedeutet insgesamt eine nachhaltige Verschärfung der beihilferechtlichen Anforderungen⁸⁶⁶. Sowohl der erste Parameter (Betrachtung mit einem konkret definierten Gemeinwohlauftrag)⁸⁶⁷ als auch der dritte Parameter (Leistungsäquivalenz)⁸⁶⁸ waren bereits im *Ferring*-Urteil als notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit von staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anerkannt worden. Neu hinzugekommen sind jedoch der zweite (konkreter Kompensationsvoranschlags) und der vierte Parameter (Vermutung für Einhaltung des Transparenzgebots durch ein Ausschreibungsverfahren bzw. eine äquivalente Kostenanalyse) anzusehen. In

856 Alexis, RDUE 2002, 63 (106).

857 Vgl. Franzius, NJW 2003, 3029 (3030); Gas/Rücker, DÖV 2004, 56 (61); v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (718).

858 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115; vgl. Quardt, EuZW 2002, 424 (427).

859 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115.

860 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 118.

861 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

862 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

863 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527 Rdnr. 119.

864 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 11

865 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 120.

866 v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (718).

867 Vgl. Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 14.

868 Vgl. Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 23.

struktureller Hinsicht ist hierbei das Verhältnis des zweiten und vierten Parameters zu dem dritten Parameter (Leistungsäquivalenz) hervorzuheben. Denn trotz der paritätischen Aufzählung der Parameter durch den EuGH logieren die Kriterien nicht sämtlich auf der gleichen Ebene. Vielmehr ist eine logische Hierarchie unter den einzelnen Kriterien auszumachen. Sie stehen zueinander in einer Beziehung der Finalität.

Dabei greifen die Elemente dieser Kriterienkette folgendermaßen ineinander: Um das dritte Kriterium der Leistungsäquivalenz zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und mitgliedstaatlicher Kompensation zu gewährleisten, hat der Mitgliedstaat zuallererst für die Einhaltung des zweiten Kriteriums, i.e. Transparenz und Publizität, zu sorgen. Diese wiederum läßt sich realisieren, so die Vermutung des vierten Kriteriums, wenn ein Ausschreibungsverfahren oder eine äquivalente Kostenanalyse durchgeführt wird. Eine Überkompensation ist per se ausgeschlossen, wenn die Betrauung mit einer Gemeinwohlverpflichtung samt mitgliedstaatlicher Kompensation im Wege eines Ausschreibungsverfahrens vergeben wurde. Mithin wird das Ausschreibungsverfahren instrumentalisiert, um unmittelbar Transparenz und mittelbar Leistungsäquivalenz zu erreichen. Zum Maßstab für das materielle Merkmal des wirtschaftlichen Vorteils wird das verfahrensrechtliche Kriterium eines Ausschreibungsverfahrens⁸⁶⁹.

Dem *Altmark*-Urteil sowie dem von GA Jacobs vorgeschlagenen Transparenzansatz ist gemeinsam, daß die beihilfenrechtlich relevante Spreu vom Weizen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mithilfe von Publizität und Transparenz getrennt wird. Der zweite und der vierte Parameter des *Altmark*-Urteils konkretisieren die von GA Jacobs favorisierte Zweiteilung gemäß dem Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs. Über die von GA Jacobs⁸⁷⁰ postulierten klar definierten Gemeinwohlverpflichtungen hinaus fordert der EuGH nun von den Mitgliedstaaten eine genaue Prognose und Bezifferung der konkreten Kostenfaktoren⁸⁷¹. Damit dürfte auch die These entkräftet sein, das *Altmark*-Urteil folge keiner der drei Theorien, die von den GAen vorgeschlagen wurden⁸⁷². Gleiches gilt für die Position⁸⁷³, zwischen der Tatbestandslösung des EuGH in *Ferring* und dem von GA Jacobs vorgeschlagenen und in *Altmark* adoptierten Transparenzansatz bestehe kein substantieller Unterschied. Tatsächlich geht der Transparenzansatz über die im *Ferring*-Urteil postulierten Kriterien (Betrauung mit einer Gemeinwohlaufgabe und Verbot der Überkompensation) weit hinaus. Schließlich war der Tatbestandslösung bereits genüge getan, wenn die Unternehmen nachweisen konnten, daß die zu kompensierenden Kosten auch tatsächlich angefallen und für die konkrete Bereitstellung der Dienstleistungen auch erforderlich waren. Die Nettomehrkosten der Großhändler im Fall *Ferring* waren nicht vor Erlaß der Direktverkaufsabgabe ermittelt worden⁸⁷⁴.

Obwohl das *Altmark*-Urteil die Schlußanträge von GA Léger nicht ausdrücklich erwähnt, ist der Kriterienkatalog als eine Reaktion des EuGH auf die dort vorgebrachten materiellen Bedenken gegen die Tatbestandslösung zu werten. Dieser hatte kritisiert, daß die Tatbestandslösung des *Ferring*-Urteils im direkten Vergleich mit den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG eine inhaltlich laschere Beihilfenkontrolle zur Konsequenz habe⁸⁷⁵: Nach

869 Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (33).

870 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

871 v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (718).

872 Sinnaeve, EStAL 2003, 351 (362).

873 Bartosch, NJW 2002, 3588 (3590).

874 v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (718).

875 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 87, 90.

dem *Ferring*-Ansatz, der lediglich auf die Mehrkosten-Kompensation-Äquivalenz abstellt, sei nicht zu überprüfen, wie sonst vom EuGH gefordert⁸⁷⁶, ob die Gemeinwohlverpflichtungen für das betroffene Unternehmen hinreichend spezifisch und konkret sind⁸⁷⁷ und ob sie mit dem Ziel der Dienstleistung von allgemeinem Interesse hinreichend in Zusammenhang stünden und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen⁸⁷⁸. Außerdem sahen GA Léger⁸⁷⁹, GA Jacobs⁸⁸⁰ und Teile der Literatur⁸⁸¹ nicht gewährleistet, daß die im *Ferring*-Urteil postulierte Äquivalenz mit der in Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG verankerten Verhältnismäßigkeitsprüfung identisch ist. Im übrigen enthalte das Urteil *Ferring* keine Bedingungen in Bezug auf die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten⁸⁸².

Der zweite und der vierte Parameter des *Altmark*-Katalogs, insbesondere das Erfordernis eines Ausschreibungsverfahrens, machen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG jedoch obsolet. Denn die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens garantiert, daß die staatliche Zuwendung den Marktpreis für die jeweilige Dienstleistung reflektiert⁸⁸³. Unter Bedingungen unvollständiger Information ist der einzige Weg für öffentliche Auftraggeber, eine Überkompensation und damit wettbewerbsverzerrende Quersubventionen zu verhindern, die Auktionierung der Gemeinwohlverpflichtung⁸⁸⁴. Mitgliedstaatliche Maßnahmen, die eine Kompensation für Gemeinwohlverpflichtungen in Aussicht stellen nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, sind keine Beihilfe⁸⁸⁵.

Außerdem war moniert worden, daß der Transparenzansatz nicht in hinreichendem Maße Rechtssicherheit gewährleiste, da das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs zu vage sei⁸⁸⁶. Das Kriterium müsse erst im Wege einer *case-by-case*-Lösung vom EuGH präzisiert und konkretisiert werden⁸⁸⁷. Hierauf ist jedoch zu erwidern, daß die Gefahr differierender Interpretationen in den Mitgliedstaaten nicht die Einführung einer materiell richtigen Auslegung von Gemeinschaftsrecht zu verhindern vermag. Dies gilt um so mehr für den vorliegenden Fall, da es sich hierbei um ein *objektives Kriterium* handelt, bei dessen Auslegung keinerlei Rückgriff auf subjektive Elemente genommen werden muß. Zwar ist das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs ein unbestimmter Rechtsbegriff und als solches ausfüllungsbedürftig. Aber zum einen ist es die Aufgabe der Gemeinschaftsgerichte, die wegen ihrer Flexibilität regelungstechnisch wünschenswerten unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren. Zum anderen bedurfte es mit der *Altmark*-Entscheidung lediglich eines Urteils, um das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs zu konkretisieren. Selbst wenn man die Definitionen des *Altmark*-Katalogs für nicht ausreichend hält, so ist nicht an der Entschlossenheit des EuGH zu zwei-

876 *EuGH*, Rs. C-157/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 69 f.

877 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

878 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

879 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

880 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116.

881 *Rizza*, *Columbia Journal of European Law*, 2003, 429 (436).

882 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.

883 *Alexis*, *RDUE* 2002, 63 (106).

884 *Koenig*, *BB* 2003, 2185 (2185); *Nicolaides*, *Intereconomics* 2002, 190 (195); *Travers*, *EStAL* 2003, 387 (391).

885 *Gas/Rücker*, *DÖV* 2004, 56 (62); *Nicolaides*, *Intereconomics* 2002, 190 (195).

886 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86; *Michaels/Kühschelm*, *EuZW* 2003, 520 (520); *Reuter*, *ZIP* 2002, 737 (743); *Rizza*, *Columbia Journal of European Law*, 2003, 429 (442).

887 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

feln, diesen im Bedarfsfall noch weiter zu präzisieren⁸⁸⁸. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß der *status quo ante* keine zufriedenstellenden Ergebnisse gebracht hat. Schließlich hatte die expansive Auslegungspraxis der Kommission („metastasenhafter Ausdehnung des Beihilfentatbestandes“⁸⁸⁹) den Ruf nach mehr Vorausschbarkeit des Beihilfenbanns laut werden lassen. Das *Altmark*-Urteil kann daher ein deutliches Plus an Rechtssicherheit für die beihilfrechtlichen Bewertung staatlicher Kompensationsmaßnahmen für Gemeinwohlverpflichtungen verbuchen⁸⁹⁰.

Das *Altmark*-Urteil bietet Kommission und Wettbewerbern in vielerlei Hinsicht die Möglichkeit, gegen potentiell unzulässige mitgliedstaatliche Zuwendungen vorzugehen. Gerügt werden kann die Nichtdurchführung eines Ausschreibungsverfahrens, der Gemeinwohlcharakter der übertragenen Ausgabe, die mangelhafte Durchführung des Ausschreibungsverfahrens sowie die Korrektheit des mitgliedstaatlichen Kompensationsvoranschlags.

b. Regel-/Ausnahmeverhältnis von Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse

Es ist allerdings zu bedauern, daß sich der EuGH nicht absoluter und uneingeschränkter für das Ausschreibungsverfahren ausgesprochen hat. Zwar ist bei umfangreichen und komplexen öffentlichen Aufträgen ein Bedürfnis nach mehr Flexibilität des Vergabeverfahrens spürbar⁸⁹¹. Anstatt jedoch die Kostenanalyse klar als eine Unterausnahme zum Grundsatz des Ausschreibungsverfahrens zu formulieren, die durch Besonderheiten der jeweiligen Branche bzw. Transaktion gerechtfertigt werden muß, erweckt das *Altmark*-Urteil den Eindruck, als sei die Kostenanalyse gleichermaßen geeignet, die Ziele Transparenz und Leistungsäquivalenz zu erreichen. Zwar deuten Formulierungen auf eine Präferenz des EuGH für das Ausschreibungsverfahren als Kompensationsmethode hin⁸⁹². Trotzdem erscheinen Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse im Kriterienkatalog, als zwei gleichberechtigte Alternativen⁸⁹³. Dies geht auf die Schlußanträge von GA Jacobs zurück, der es für unverhältnismäßig gehalten hatte, stets ein öffentliches Auftragsverhältnis zwischen Staat und Leistungserbringer zu verlangen⁸⁹⁴. Obwohl teilweise darauf hingewiesen wird, daß im Einzelfall durchaus auch andere Methoden der Betrauung eine adäquate Vergütung garantieren könnten⁸⁹⁵, gewährleistet die Kostenanalyse jedoch nicht in gleichem Maße Marktangemessenheit wie das offene Ausschreibungsverfahren⁸⁹⁶. Die „Simulation von Wettbewerbsbedingungen“⁸⁹⁷ ist eben nur ein schlechter Ersatz für echten Wettbewerb. Insoweit ist mehr als bezeichnend, daß GA Léger als Beispiel für einen unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang nur die Durchführung eines Vergabeverfahrens eingefallen war⁸⁹⁸.

888 v. *Ysendyck/Zühlke*, RIW 2003, 717 (719).

889 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 12.

890 *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (300).

891 Vgl. *Kommission*, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203, S. 210 ff., zu Abänderungen 137, 138.

892 *Bremer/Wünschmann*, WiVerw 2004, 51 (63); *Travers*, EStAL 2003, 387 (390).

893 Vgl. *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1202 (1203); *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (357).

894 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 129.

895 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (484).

896 *Zeiss*, EWS 2003, 114 (117).

897 *Koenig*, BB 2003, 2185 (2187).

898 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86.

Bei Zugrundelegung *durchschnittlicher* Belastungen sind Subventionen ineffizienter Strukturen nun einmal nicht zu vermeiden⁸⁹⁹. Außerdem sind Schwierigkeiten bei der Anwendung des Begriffs eines „durchschnittlich gut geführten Unternehmens“ gleichsam vorprogrammiert⁹⁰⁰. Schließlich können die Faktoren, welche für die vom EuGH geforderte „angemessene Ausstattung“ relevant sind, nicht nur von Branche zu Branche, sondern von Unternehmen zu Unternehmen variieren⁹⁰¹. Dazu kommt, daß es für eine Reihe von Gemeinwohlverpflichtungen kein Vorbild in der Privatwirtschaft gibt, so daß sich ein Blick auf die Kostenstruktur eines durchschnittlich gut geführten privaten Referenzunternehmens erübrigt⁹⁰². Es läßt sich also trefflich darüber streiten, ob als Vergleichsmaßstab öffentliche Unternehmen oder die Privatunternehmen heranzuziehen sind⁹⁰³. In jedem Fall ist die Kostenanalyse ein hochkomplexes Verfahren, da sämtliche Vorteile des begünstigten Unternehmens berücksichtigt werden, von materiellen Vorteilen wie Einsparungen durch ein erhöhtes Absatzvolumen bis zu immateriellen Vorteilen wie positiven *branding*-Effekten⁹⁰⁴. Es verwundert nicht, daß der EuGH es unterließ, den Vergleichsmaßstab „durchschnittliches geführtes Unternehmen“ näher zu konkretisieren⁹⁰⁵. Auch die in der Literatur vorgebrachten Konkretisierungsversuche wie „Median-Maßstab und *benchmarking*-Analyse“⁹⁰⁶ bleiben lediglich Worthülsen. Angesichts dieser Unwägbarkeiten sollte die Kostenanalyse den öffentlichen Auftraggeber lediglich im Ausnahmefall gestattet sein⁹⁰⁷. In jedem Fall muß sie sich im Hinblick auf Objektivität an dem Maßstab des Ausschreibungsverfahrens messen lassen. In diesem Zusammenhang verbleibt nach dem *Altmark*-Urteil unnötigerweise ein Stück weit Rechtsunsicherheit. Dies dürfte der Grund sein, warum die Kommission, die das *Altmark*-Urteil insgesamt begrüßt, noch partiell Klärungsbedarf sieht⁹⁰⁸.

Da ist es nur ein schwacher Trost, daß sich der EuGH in der *Altmark*-Entscheidung bezüglich der zu kompensierenden Kosten zu einem objektiven Maßstab bekannte⁹⁰⁹. Im *Ferring*-Urteil hatte die Formulierung „tatsächlich für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten“ Anlaß zur Befürchtung gegeben, der EuGH wolle die *subjektiven, tatsächlich angefallenen Kosten* des mit der Gemeinwohlaufgabe betrauten Unternehmens ersetzt wissen⁹¹⁰. Dann hätte das Unternehmen mit der höchsten internen Kostenstruktur die proportional höchste Zuwendung bekommen⁹¹¹. Nach dem *Altmark*-Urteil werden sich Bieterunternehmen, dessen subjektive tatsächliche Kosten höher sind als die sei-

899 Gündel, RIW 2002, 222, (228).

900 Gross, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162; Sinnave, EStAL 2003, 351 (358); Travers, EStAL 2003, 387 (392); v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (719).

901 v. Ysendyck/Zühlke, RIW 2003, 717 (719).

902 Bartosch, EuZW 2004, 295 (300); Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804 (811); Sinnave, EStAL 2003, 351 (358).

903 Werner/Köster, EuZW 2003, 503 (504).

904 Koenig, BB 2003, 2185 (2187); Kühling/Wachinger, NVwZ 2003, 1202 (1203).

905 Travers, EStAL 2003, 387 (390, 391); Werner/Köster, EuZW 2003, 503 (504).

906 Kühling/Wachinger, NVwZ 2003, 1202 (1203).

907 Vgl. Bremer/Wünschmann, WiVerw 2004, 51 (63).

908 Kommission, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Anhang 2, Rdnr. 8.

909 EuGH, Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 95; vgl. Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804 (811).

910 Koenig, BB 2003, 2185 (2187); idem/Haratsch, ZUM 2003, 804 (810); idem/Kühling, DVBl. 2003, 289 (293); idem/Wachinger, NVwZ 2003, 1202 (1203); Nettesheim, EWS 2002, 253 (262); Nicolaidis, Inter-economics 2002, 190 (197).

911 Rizza, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (437).

ner Wettbewerber und Konkurrenten, nicht im Ausschreibungsverfahren durchsetzen können. Dieser Vorzug des *Altmark*-Urteils kommt jedoch nur bei Durchführung des Ausschreibungsverfahrens zum Tragen, nicht jedoch bei der Kostenanalyse.

c. Problemzonen des *Altmark*-Urteils

Das *Altmark*-Urteil antwortet auch nicht auf die gegen Tatbestandslösung und Transparenzansatz vorgebrachten dogmatischen Einwände⁹¹². Nach Ansicht von GA Léger raubt nämlich die Interpretation *à la Ferring* den Ausnahmebestimmungen Art. 86 Abs. 2 EG und entsprechend auch Art. 87 Abs. 3 EG sowie Art. 73 EG ihrer Nützlichkeit⁹¹³ und macht sie im Endeffekt überflüssig⁹¹⁴. Auch die von GA Léger vorgetragenen praktischen Bedenken gegen die Tatbestandslösung und Transparenzansatz zerstreute der EuGH nicht. So hatte sich GA Léger das drohende Kontrolldefizit hingewiesen, wenn der Kommission die Kontrolle über die staatlichen Kompensationsmaßnahmen entzogen werden⁹¹⁵. In diesem Zusammenhang wird dem zu Recht EuGH vorgeworfen, er habe sich nicht wirklich mit den Gegenargumenten befaßt und sein Verdikt nicht ausreichend begründet⁹¹⁶. Die Validität dieses Vorwurfs soll im sich an die Darstellung der bisherigen Rechtsprechung anschließenden analytischen Teil untersucht werden⁹¹⁷. Ebenso wenig nahm der EuGH Hinweis von GA Jacobs auf, es gelte die Bedeutung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wie sie in Art. 16 EG und Art. 36 der GR-Charta⁹¹⁸ anerkannt sei, ein angemessenes Gewicht zu verleihen⁹¹⁹.

d. Ausschreibungsverfahren im Sinne der Vergaberichtlinien

Ebenso wie die Kommission⁹²⁰ lieferte der EuGH im *Altmark*-Urteil keine Definition des beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens⁹²¹. Allerdings verwies der EuGH im *Altmark*-Urteil auf „den Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge“⁹²². Es scheint, als habe er damit die Gleichschaltung der beihilfen- und vergaberechtlichen Verfahrens angeordnet. Denn mit diesem Rahmen können nur die in den Vergaberichtlinien niedergelegten Verfahrensvorschriften gemeint sein. Vorgemacht hatte dies GA Jacobs, der an zwei Stellen seiner Schlußanträge Rückgriffe auf die „Durchführung der Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge“ genommen hatte⁹²³. In ihrem XXXI. Wettbewerbsbericht hatte sich die Kommission auf folgenden Standpunkt gestellt: Entspricht ein Vertrag, mit dem eine nationale Behörde die Erbringung einer Leistung der Daseinsvorsorge einem Dritten über-

912 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 76.

913 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 79, 82, 83, 86, Fn. 78.

914 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 85; Vgl. GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116.

915 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 91, 93.

916 Gas/Rücker, DÖV 2004, 56 (60); Stix-Hackl/Gardette, in: Une Communauté de droit, 473 (486).

917 Infra: S. 145 ff.

918 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

919 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124.

920 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 14. Oktober 1998 (SMC), ABl. 1999, L 198, S. 1 ff., Rdnrn. 5.2.1 u. 5.2.3; eadem, Entscheidung vom 20. Dezember 2001 (Georgsmarienhütte), ABl. 2002, L 105, S. 33 ff., Rdnr. 35ff.; eadem, Entscheidung vom 11. April 2000 (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15, Rdnr. 28ff.

921 Sinnave, EStAL 2003, 351 (357).

922 EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

923 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 119, 129.

trägt, den in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Bedingungen, so stellt er einen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinien dar, so daß die Normen der erwähnten Richtlinien beachtet werden müßten⁹²⁴. Das Diktum des EuGH indiziert daher, daß sich das beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren an den Vergaberichtlinien zu orientieren hat⁹²⁵.

Zwar wird in diesem Zusammenhang eingeworfen, daß eine generelle Ausschreibungspflicht dem Gemeinschaftsrecht fremd sei⁹²⁶. Es ist jedoch keineswegs unüblich, ein materielles Tatbestandsmerkmal, *in casu* Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils, durch ein formelles Kriterium, *in concreto* die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, zu konkretisieren. Des weiteren wurde auf die Diskrepanzen zwischen den beihilfe- und vergaberechtlichen Fristen hingewiesen⁹²⁷. Als Maßstab sollten jedoch die Fristen des Vergaberechts herangezogen werden. Denn diese sind gerade dazu konzipiert, einen reibungslosen Ablauf des Vergabeverfahrens zu gewährleisten⁹²⁸. Zweifel an der Parallelität der Verfahren könnten sich aus der Tatsache ergeben, daß das vergaberechtliche Normengerüst, erst ab dem Überschreiten gewisser Schwellenwerte zum Tragen kommt. Allerdings sind unterhalb der Schwellenwerte schwerlich Fälle denkbar, die alle Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen und damit beihilfenrechtlich relevant sein könnten. Bei diesen Auftragsvolumina wird sich kaum eine Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels festzustellen lassen.

Gleichwohl wäre es wünschenswert gewesen, hätte der EuGH explizit auf die Vergaberichtlinien verwiesen oder zumindest die Voraussetzungen definiert, unter denen von der Durchführung eines offenen Vergabeverfahrens abgesehen werden darf. Die Vergaberichtlinien erheben das offene Verfahren, bei dem alle interessierten Bieterunternehmen ein Angebot abgeben können⁹²⁹, zur Regel, während die übrigen Methoden⁹³⁰, Ausnahmen bilden, die nur in besonderen Bedürfnislagen zur Anwendung gelangen sollten⁹³¹. Im letzteren Fall stehen die öffentlichen Auftraggeber unter erhöhtem Rechtfertigungszwang.

e. *Altmark*-Katalog vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis

Das Erfordernis eines Ausschreibungsverfahrens steht in der Tradition der Kommissionspraxis in den Privatisierungsfällen⁹³². Indem der EuGH mit dem vierten Parameter des *Altmark*-Katalogs ein Ausschreibungsverfahren bzw. eine Kostenanalyse fordert, entzieht er der vereinzelt in der Literatur vertretenen Position⁹³³ den Nährboden, das *Ferring*-Urteil habe das Ende der Kommissionspraxis besiegelt, für die beihilferechtliche Unverfänglichkeit mitglied-

924 *Kommission*, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002), 462 endg., Rdnr. 496; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf.

925 Vgl. *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (357).

926 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; *Bartosch*, EStAL 2002, 43 (44).

927 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 19. Juli 2000 (*Spanische Seeverkehrsdienste*), ABl. 2001, L 57, S. 32 ff., Rdnrn. 54, 58.

928 Vgl. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (284).

929 Vgl. Art. 1 lit. e RL 93/37/EWG; Art. 1 lit. d RL 93/36/EWG; Art. 1 lit. d RL 92/50/EWG; Art. 1 Abs. 11 lit. a RL 2004/18/EG; Art. 1 Abs. 9 lit. a RL 2004/17/EG.

930 Art. 1 lit. f und g RL 93/37/EWG; Art. 1 lit. e und f RL 93/36/EWG; Art. 1 lit. e und f RL 92/50/EWG; Art. 1 Abs. 11 lit. b, lit. c, lit. d, lit. e; Art. 1 Abs. 4, 5, 6 und 9 lit. b, c, d und Abs. 10 RL 2004/17/EG.

931 Vgl. Art. 7 Abs. 2 – 4 RL 93/37/EWG; Art. 6 Abs. 2 – 4 RL 93/36/EWG; Art. 11 Abs. 2 – 4 RL 92/50/EWG; Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 31.

932 *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (357).

933 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (564).

staatlicher Investitionen indirekt die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungsverfahrens zu fordern⁹³⁴.

Der im *Altmark*-Urteil aufgestellte Kriterienkatalog knüpft allerdings mit einer für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien äußert signifikanten Einschränkung an die Kommissionspraxis an. Denn trotz der von der Kommission für die Privatisierungsfälle entwickelten Anforderungstrias eines offenen, nicht-diskriminierenden und bedingungslosen Ausschreibungsverfahrens⁹³⁵ verzichtet der *EuGH* im *Altmark*-Urteil auf das Kriterium der Bedingungslosigkeit. So forderte der *EuGH* zwar, daß die Parameter, anhand deren die Kompensation berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden⁹³⁶, das Kriterium der Bedingungslosigkeit bleibt unerwähnt. Stutzig macht zudem die Formulierung des *EuGH*⁹³⁷, wonach das Ausschreibungsverfahren die Wahl desjenigen Unternehmens ermöglichen soll, das diese Dienste zu den „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ erbringen kann⁹³⁸. Dies deutet darauf hin, daß sich die öffentlichen Auftraggeber nicht nur von rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern auch von sozialpolitischen Gesichtspunkten leiten lassen können. Es scheint daher, als wollte der *EuGH* seine beihilfenrechtliche Judikatur mit seiner Rechtsprechungsserie *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* in Einklang bringen. Schließlich ist es in höchstem Maße unwahrscheinlich, daß dem *EuGH* die Praxis der Kommission, die bei der Urbarmachung des Vergaberechts die Vorreiterrolle übernommen hatte, nicht bekannt war. Damit wandte sich der *EuGH* gegen den von der Kommission anlässlich ihres Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt vollzogenen Rückzieher, die beihilfenrechtliche Kontrolle unabhängig von der Frage der Einhaltung vergaberechtlicher Normen abzuhandeln, da es kein Gemeinschaftskonzept für derartige Ausschreibungsverfahren gebe⁹³⁹. Mit dem *Altmark*-Urteil setzt der *EuGH* dieser Sichtweise die geltenden Vergaberichtlinien entgegen: Diese sind besagtes Gemeinschaftskonzept.

IX. Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *GEMO*

1. Sachverhalt

Anlässlich der BSE-Krise waren in Frankreich das Gesetz über die Sammlung und Beseitigung von Tierkörpern und Schlachtabfällen⁹⁴⁰ sowie zwei Durchführungsdekrete erlassen worden⁹⁴¹. Art. 264 Code rural führte den öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienst ein, dessen Inanspruchnahme gemäß Art. 265 Abs. 1 Code rural für Viehhalter und Schlachthöfe obligatorisch und unentgeltlich ist. Zur Durchführung des öffentlichen Tierkörperbeseitigungs-

934 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (576).

935 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

936 *EuGH*, Rs. 280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 90, 95.

937 *EuGH*, Rs. 280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

938 *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (357).

939 *Kommission*, Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, ABl. 2000, C 365, S. 179, Rdnr. 44.

940 Loi n° 96-1139 relative à la collecte et à l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs et modifiant le code rural, vom 26. Dezember 1996, JORF 19184 vom 27. Dezember 1996.

941 Durchführungsdekret Nr. 96-1229 vom 27. Dezember 1996, JORF 1997 vom 31. Dezember 1996; Durchführungsdekret Nr. 97-1005 vom 30. Oktober 1997, JORF 15908 vom 1. November 1997.