

lassen. Insofern erweist sich der Transparenzansatz in der Praxis als ausreichend strikter und gleichzeitig flexibler Maßstab⁹⁶¹.

Leider ging der EuGH nicht auf die Schlußanträge von GA Stix-Hackl ein, die auf den evolutionären Charakter der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abgestellt und daher die Notwendigkeit eines flexiblen Beurteilungsmaßstabs betont hatte⁹⁶². Dementsprechend hatte sie auch die nach dem Beihilfenansatz einschlägige Notifikationspflicht bemängelt, welche im Falle ihrer Verletzung die Rechtsfolge der formellen Rechtswidrigkeit ohne Wertungsmöglichkeit auslöst⁹⁶³. Das *Enirisorse*-Urteil ist ein weiteres Indiz dafür, daß der EuGH zwar durchaus bereit ist, Grundsatzentscheidungen zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu fällen, es aber vorzieht, sich generell-abstrakter Äußerungen zum Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge zu enthalten.

XI. Ergebnis der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Mit den Urteilen in den Rechtssachen *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse* hat sich der EuGH im Hinblick auf die beihilfenrechtliche Bewertung staatlicher Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für den Transparenzansatz entschieden. Diese Judikate verdichten sich insoweit zu einer gefestigten Rechtsprechung⁹⁶⁴. Um über die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit einer staatlichen Kompensationsmaßnahme zu entscheiden, bedient sich der Transparenzansatz des Ausschreibungsverfahrens in Form des offenen Vergabeverfahrens gemäß den Vergaberichtlinien. Die vielgestaltige Kasuistik der Vorlageverfahren verdeutlicht, daß die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der mitgliedstaatlichen Verantwortung für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen und den gemeinschaftlichen Anforderungen an deren Finanzierung aktuell eine der größten Herausforderungen für die Gemeinschaftsrechtsordnung ist⁹⁶⁵. Mit dem zu Recht als kopernikanische Wende⁹⁶⁶ gefeierten *Altmark*-Urteil gelingt es dem EuGH jedoch, Daseinsvorsorge und das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft miteinander zu versöhnen⁹⁶⁷.

D. Analyse und Bewertung des Transparenzansatzes

Im folgenden wird gezeigt, daß der von GA Jacobs propagierte und vom EuGH in seinem *Altmark*-Urteil konkretisierte Transparenzansatz für das Beihilfenrecht unter den bisher diskutierten Lösungen die angemessenste ist.

961 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; Koenig/Kühling, DVBl. 2003, 289 (295).

962 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

963 Stix-Hackl/Gardette, in: Une Communauté de droit, 473 (480, Fn. 25).

964 Vgl. Bartosch, EuZW 2004, 295 (299).

965 Vgl. Stix-Hackl/Gardette, in: Une Communauté de droit, 473 (485).

966 Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (31).

967 Vgl. GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (*GEMO*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124; vgl. Franzius, NJW 2003, 3029 (3030); Wernicke, EuZW 2003, 481 (481).

I. Objektivität des Beihilfenbegriffs

1. Vorwurf des Verlusts der Objektivität des Beihilfenbegriffs

Gegen den Transparenzansatz wird eingewandt, daß dieser die „Objektivität des Beihilfenbegriffs“⁹⁶⁸ aufs Spiel setze, wonach für die Qualifikation als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EG die Wirkung der staatlichen Maßnahme und nicht die Gründe oder Ziele entscheidend sind. Es widerspreche der von der Rechtsprechung⁹⁶⁹ entwickelten Doktrin der wirkungsbezogenen Beihilfenanalyse, sozialpolitische Zielvorstellungen in den Beihilfentatbestand hinein zu lesen. Es könne nicht sein, daß ein und dieselbe Maßnahme als rechtswidrige Beihilfe oder als unbedenkliche Zuwendung qualifiziert werde, je nachdem, ob eine Norm zur Auferlegung der Gemeinwohlverpflichtungen bzw. ein öffentlicher Auftrag vorliege, obwohl die Maßnahme die gleichen Auswirkungen auf den Wettbewerb habe⁹⁷⁰.

2. Analyse und Bewertung des *market economy investor test*

In der Tat werden mit dem Transparenzansatz Elemente des Art. 86 Abs. 2 EG in die Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EG „vorverlagert“⁹⁷¹. Daher darf man nicht argumentieren, daß die sozialpolitischen Ziele nur zum Tragen kämen, um das Vorliegen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu begründen⁹⁷². Entgegen der Ansicht von GA Stix-Hackl, einer Befürworterin des Transparenzansatzes⁹⁷³, wird bei der Prüfung, ob die staatliche Maßnahme einen Nachteil kompensiert, *nicht allein* an die Wirkungen der staatlichen Maßnahme angeknüpft. Zwar funktioniert der Transparenzansatz wirkungsbezogen, da die Auswirkungen der staatlichen Zuwendung *und* des Empfängerhaltens einkalkuliert werden. Man muß sich jedoch bewußt sein, daß der Transparenzansatz eben an die Wirkungen *zweier Verhaltensweisen* anknüpft und die Ergebnisse saldiert. Damit ist jedoch keineswegs bewiesen, daß der Transparenzansatz nicht dem Objektivitätserfordernis des Beihilfenbegriffs entspricht⁹⁷⁴.

Nach herkömmlicher Lesart wird Objektivität dadurch gewährleistet, daß bei der beihilfenrechtlichen Unbedenklichkeitsprüfung lediglich die Auswirkungen der staatliche Maßnahme betrachtet werden. Diesem Prüfungsdogma liegt der im Beihilfenrecht allgemein übliche⁹⁷⁵ *market economy investor test*⁹⁷⁶ zugrunde. Gleichwohl wird dieses Prüfungsdogma auch bei

968 Jennert, ZFK 2002, 266 (266).

969 EuGH, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 27; Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 8; Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 79; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20; Rs. C-5/01 (Belgien/Kommission), Slg. 2002, I-11991, Rdnr. 45 f.

970 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84.

971 Gross, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162; Ruge, EuZW 2002, 50 (52).

972 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158.

973 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158.

974 Vgl. Nettesheim, EWS 2002, 253 (260).

975 Vgl. EuGH, Rs. 234/84 (Belgien/Kommission), Slg. 1986, 2263, Rdnr. 14; Rs. C-142/87 (Kommission/Belgien – Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 26; Rs. C-305/89 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 19; Kommission, Mitteilung an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 87 und 88 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 ff., Rdnr. 11; vgl. Magiera, in: FS-Rauschning, 269 (279); Stockhausen, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 41; Winter, CMLR 2004, 475 (493).

976 Supra: S. 87.

der Anwendung des *market economy investor test* nicht streng durchgehalten. Tatsächlich werden auch nach diesem die staatliche Zuwendung und das Verhalten des Empfängerunternehmens zusammengerechnet. Innerhalb des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils wird nämlich geprüft, ob der staatlichen Zuwendung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht⁹⁷⁷. Das Kriterium der fehlenden Gegenleistung ist die Kehrseite des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils. Wird der etablierte Marktpreis, wie beispielsweise der Börsenkurs, gezahlt, ist keine Vorteilswirkung anzunehmen⁹⁷⁸. Daher ist festzuhalten, daß bei Anwendung des *market economy investor test* ebenso wie bei der Anwendung des Transparenzansatzes die Wirkungen der staatlichen Zuwendung *und* das korrespondierende Verhalten des Empfängerunternehmens berücksichtigt werden.

Von diesem systemimmanenten Argument abgesehen mehrten sich inzwischen die kritischen Stimmen, welche die Anwendbarkeit des *market economy investor test* auf sämtliche Fälle mitgliedstaatlichen Investitionsverhaltens grundsätzlich ablehnen⁹⁷⁹. Gezweifelt wird insbesondere an der Prämisse, daß sich der Staat *eo ipso* wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer zu verhalten habe⁹⁸⁰. In der Tat stößt die Hypothese eines privaten Investors, der sich in einer vergleichbaren Lage befindet und mit vergleichbaren finanziellen Mitteln ausgestattet ist wie die Einrichtungen der öffentlichen Hand, auf eine Reihe von Einwänden sowohl normativer als auch praktischer Natur.

a. Fehlen eines vergleichbaren typischen privaten Nachfrageverhaltens

Hauptargument gegen die Anwendung des *market economy investor test* für Kompensationszahlungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ist, daß es an einem adäquaten Vergleichsobjekt fehlt: Die Haushaltsmittel eines Staats lassen sich schwerlich mit den finanziellen Ressourcen privater Wirtschaftsteilnehmer vergleichen. Selbst wenn es private Wirtschaftsteilnehmer gäbe, welche die für die jeweiligen Transaktionen erforderlichen Summen aufwenden könnten, würden diese niemals – gemessen an Umsatz bzw. Einnahmen und Ausgaben – so viel investieren wie es die staatlichen Einrichtungen im Verhältnis zu ihren jeweiligen Haushalten tun⁹⁸¹. Darüber hinaus existiert der sogenannte *prudent private investor*, der es sich verwehrt, seine Entscheidung durch sozialpolitische Erwägungen beeinflussen zu lassen, in dieser Reinform kaum⁹⁸², weil die Handlungsmuster privater Wirtschaftsteilnehmer mittlerweile nicht mehr so starr sind wie der *market economy investor test* suggeriert. Zwar ist es unternehmerisch rational, die Erbringung dauerhaft verlustbringender Leistungen einzustellen⁹⁸³. Gleichwohl geht die Tendenz auch in der Privatwirtschaft mittlerweile dahin, bei unternehmerischen Entscheidungen vermehrt sozialpolitische Erwägungen zu berücksichti-

977 Vgl. Dreher/Haas/v. Rintelen, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 20; Koenig/Haratsch, Europarecht, Rdnr. 847; *idem*, ZUM 2003, 804 (804); Koenig/Kühling, EuZW 2000, 197 (197); Magiera, in: FS-Rauschning, 269 (279); Pünder, NZBau 2003, 530 (531).

978 Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065 (1066).

979 Bartosch, NJW 2002, 3588 (3589); *idem*, CMLR 2002, 551 (576); Jennert, NZBau 2003, 417 (419); Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 45, Fn. 137; Parish, ELR 2003, 70 (72 ff.); Reuter, ZIP 2002, 737 (741).

980 Jennert, EuR 2003, 343 (352); *idem*, WRP 2003, 459 (464).

981 Parish, ELR 2003, 70 (77).

982 Parish, ELR 2003, 70 (73).

983 Schebstadt, DVBl. 2004, 737 (744).

gen⁹⁸⁴, sei es, daß die privaten Wirtschaftsteilnehmer sich von persönlichen Bedürfnissen, sei es, daß sie sich von Image-Gesichtspunkten leiten lassen⁹⁸⁵.

Daß sich der *market economy investor test* in Reinform in der Praxis schwerlich durchhalten läßt, beweist beispielsweise die *Cityflyer Express*-Entscheidung des EuG. Hier nahm das EuG dem *market economy investor test* seine Spitze, indem es die Kommission aufforderte zu prüfen, welche Konditionen für einen privaten Investor „annehmbar“ gewesen wären⁹⁸⁶. Mit dieser Auslegung versuchte das EuG der Tatsache Rechnung zu tragen, daß eine strikte Anwendung des *market economy investor test* die meisten mitgliedstaatlichen Investitionsmaßnahmen scheitern und in zeitintensiven präventive Genehmigungsverfahren bzw. zeitintensive Gerichtsverfahren münden läßt⁹⁸⁷. Diese dehnbare Auslegung relativiert natürlich den *market economy investor test* als objektiven Prüfungsmaßstab.

b. Fehlen eines privaten Referenzmarktes bzw. Phänomen des Marktversagens

Des weiteren wird bei der Anwendung des *market economy investor test* auf staatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen vernachlässigt, daß nur dann ein vergleichbarer Markt angenommen werden kann, wenn für die jeweiligen Produkte oder Dienstleistungen auch ein konkretes Nachfrage- bzw. Investitionsmuster privater Wirtschaftsteilnehmer prognostiziert werden kann⁹⁸⁸. Diese Problematik ist besonders offensichtlich im Bereich des Gesundheitswesens, der Forschung, der Bildung, sowie der Verteidigung. Angesichts ihrer gemeinwohlorientierten Verantwortung treffen der Staat und seine Untergliederungen Investitionsentscheidungen nicht um solcher Gründe willen, die einen privaten Investor motivieren würden. Allein deshalb ist es selten, daß Milieu, Branche und Begleitumstände, unter denen der Staat investiert, exakt dieselben sind, unter denen ein privater Investor agieren würde⁹⁸⁹. Der *market economy investor test* versagt damit offensichtlich dort, wo kein privater Markt feststellbar ist, da es insoweit an der Vergleichbarkeit staatlichen Handelns mit einem privaten Investor fehlt (*elliptical quality of the market economy investor test*⁹⁹⁰)⁹⁹¹.

Der Grund für mitgliedstaatliche Interventionen im Bereich der Daseinsvorsorge ist nun einmal gerade darin zu suchen, daß private Investitionen entweder nicht stattfinden oder nicht die gewünschten Resultate bringen, mit der Folge, daß Teile der Bevölkerung mit einer bestimmten als vital eingestuften Dienstleistung dürftig oder gar nicht versorgt werden⁹⁹². Es gibt Konstellationen, in denen weder ein freier noch ein regulierter Wettbewerb die Erbringung der notwendigen Dienstleistung sichert⁹⁹³. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

984 *Parish*, ELR 2003, 70 (73); *Thiry*, in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 11 (12).

985 *Pünder*, NZBau 2003, 530 (532).

986 *EuG*, Rs. T-16/96 (*Cityflyer Express*), Slg. 1998, II-757, 2. Leitsatz.

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

988 *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 183; *Parish*, ELR 2003, 70 (72).

989 *Parish*, ELR 2003, 70 (78); *Reuter*, ZIP 2002, 737 (741).

990 *Ross*, CMLR 2000, 401 (407).

991 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (293); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 45, Fn. 137; *Magiera*, in: FS-Rauschning, 269 (280).

992 v. *Danwitz*, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (15); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (254); *Ross*, CMLR 2000, 401 (411).

993 *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (31).

werden daher staatlicherseits erbracht, um einem Marktversagen abzuhelpfen⁹⁹⁴. In einer Reihe von offiziellen Dokumenten⁹⁹⁵, insbesondere im *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*⁹⁹⁶ hat die Kommission die Existenz des Phänomens „Marktversagen“ mittlerweile anerkannt. Dort heißt es: Der Markt allein kann die Bedürfnisse für manche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht voll befriedigen, weil entweder ihr Marktpreis für Verbraucher mit niedriger Kaufkraft zu hoch ist oder weil die Kosten, die bei der Erbringung dieser Leistungen entstehen, sich durch den Marktpreis nicht abdecken und damit die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sich nicht rentabel erbringen lassen⁹⁹⁷.

Im übrigen ziehen neueste Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften die Prämisse des eigennutzorientierten Rationalverhaltens der Wirtschaftsteilnehmer in Zweifel. Der Markt als Inbegriff ökonomischer Vernunft mit einem *homo oeconomicus* als Akteur wird in dieser Disziplin inzwischen als Fiktion angesehen⁹⁹⁸. Nicht alle Entscheidungen der Wirtschaftsteilnehmer dienen der individuellen Nutzenmaximierung. Denn die erforderlichen Informationen stehen nicht immer vollständig oder kostenlos zur Verfügung. Die Rationalität der Akteure ist faktisch beschränkt⁹⁹⁹. Informationsmängel und irrationales Präferenzverhalten auf der Nachfrageseite können zu „adverser Selektion“¹⁰⁰⁰ führen und ein Marktversagen kreieren. Diese Erkenntnisse führen für die Beurteilung von Kompensationszahlungen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen folgenden Schlußfolgerungen: Wenn der Vergleichsfaktor nicht stets nach den ihm unterstellten Prinzipien funktioniert, erscheint es zumindest zweifelhaft, diese Prinzipien zum Maßstab für das Verhalten der öffentlichen Hand zu erheben. Wenn der Staat zur Beseitigung dieses Marktversagens eingreift, dann dient dies letztendlich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und des Binnenmarktes gemäß Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. c EG¹⁰⁰¹. Bei diesem Verständnis hat Art. 87 Abs. 1 EG die Aufgabe, die Grenze zwischen zulässiger Kompensation von Marktunvollkommenheiten einerseits und unzulässigen Subventionen andererseits zu bestimmen¹⁰⁰².

c. Besondere Fürsorge und sozialpolitische Verantwortung des Staates

Die Anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse läuft auch der *ratio* der Institution Staat zuwider. In diesem Zusammenhang wurde vorgetragen, der öffentliche Markt, auf dem der Staat als Nachfrager agiert,

994 v. Danwitz, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (15); D'Sa, ELR 2000, 139 (154); Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 62; Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (31); Koenig/Pfromm, NZBau 2004, 375 (376); Nettesheim, EWS 2002, 253 (254); Ross, CMLR 2000, 401 (411); Schwintowski, ZögU 2003, 283 (284, 291, 298); Stix-Hackl/Gardette, in: Une Communauté de droit, 473 (473); Thiry, in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 11 (13); Winter, CMLR 2004, 475 (494).

995 Kommission, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 14; eadem, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, KOM (2001), 598 endg. vom 17. Oktober 2001, Rdnr. 3.

996 Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 22.

997 Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 4, 22, 85.

998 Ulrich, in: Gemeinwohl und Gemeinsinn, 273 (274).

999 Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 64; Kirchner, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (164).

1000 Erhardt, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 64; Schwintowski, ZögU 2003, 283 (287).

1001 Schwintowski, ZögU 2003, 283 (298).

1002 Schwintowski, ZögU 2003, 283 (299).

sei ein anderer als der private, weil die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dem EG-Vertrages unterworfen sei¹⁰⁰³. Eben wegen der Besonderheiten des öffentlichen Marktes sei das Vergaberechtsregime überhaupt geschaffen worden¹⁰⁰⁴. Dieses Zirkelschlußargument ist jedoch nicht tragfähig, da es gerade zu beweisen gilt, warum der öffentliche Markt sich von dem privaten unterscheidet. Maßgeblich für die Anwendbarkeit des *market economy investor test* ist der Umstand, daß der Staat seine Legitimation aus der ihm anvertrauten Aufgabe zieht, auf die Erreichung sozialpolitischer Ziele hinzuwirken. Dann muß er aber alle Instrumentarien nutzen dürfen, um diese Ziele umzusetzen¹⁰⁰⁵. Der Staat handelt eben nicht aus Profitstreben¹⁰⁰⁶, also um die Staatsfinanzen an sich zu mehrten¹⁰⁰⁷. Im übrigen ist der *market economy investor test* auch nicht die Philosophie, auf welcher der EG-Vertrag fuße¹⁰⁰⁸. Dieser toleriert Mischwirtschaften.

d. Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

In Anwendung des *market economy investor test* wird die Behauptung aufgestellt, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse seien nicht mit den marktüblichen Dienstleistungen vergleichbar¹⁰⁰⁹. Bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse handele es sich daher nicht um eine saldierungsfähige Position: Aufgrund der atypischen Form der Nachfrage seien diese erstens nicht marktüblich¹⁰¹⁰, und zweitens auch nicht dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber geschuldet¹⁰¹¹. Vielmehr würden die mit der Daseinsvorsorge betrauten Unternehmen ihre Dienstleistungen „an die Öffentlichkeit erbringen“¹⁰¹². Die öffentliche Hand sei damit im technischen Sinne kein Empfänger der Gegenleistung¹⁰¹³. Unter der Voraussetzung, daß die Dienstleistung nicht an die öffentliche Hand, sondern an einen Dritten erbracht werde, könne innerhalb des Tatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG im Verhältnis Kompensationsempfänger zur öffentlicher Hand nur dann saldiert werden, wenn die öffentliche Hand dem Dritten gegenüber selbst zur Leistung verpflichtet sei und dafür vergütet werde¹⁰¹⁴. Eine Saldierung sei nur im Fall von Leistung und strikt synallagmatisch verknüpfter Gegenleistung möglich¹⁰¹⁵. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse würden nun aber gerade nicht über synallagmatische Gegenleistungen im Sinne eines *do ut des* finanziert, sondern über das allgemeine Steueraufkommen¹⁰¹⁶. Zwar sei die öffentliche Hand zur Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verpflichtet, allerdings stehe dem keine Vergütungsverpflichtung der Leistungsempfänger, i.e. der Öffentlichkeit, gegenüber¹⁰¹⁷.

Diese Argumentation ist jedoch nicht stichhaltig. Die öffentliche Hand ist nämlich mit dem Empfänger der Dienstleistung von allgemeinem Interesse, i.e. der Öffentlichkeit, iden-

1003 Jennert, NZBau 2003, 417 (419).

1004 Jennert, NZBau 2003, 417 (419), Fn. 41.

1005 Bartosch, NJW 2002, 3588 (3589); Parish, ELR 2003, 70 (77).

1006 Bartosch, CMLR. 2002, 551 (576).

1007 Parish, ELR 2003, 70 (88).

1008 Parish, ELR 2003, 70 (80).

1009 Koenig/Kühling, DVBl. 2003, 289 (295); Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 468.

1010 Gundel, RIW 2002, 222, (224); Magiera, in: FS-Rauschnig, 269 (280).

1011 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 467.

1012 Gundel, RIW 2002, 222, (224).

1013 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 467.

1014 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 469.

1015 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.

1016 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.

1017 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.

tisch¹⁰¹⁸. Der Staat ist keine zweckfreie Einrichtung. Die Bürger dürfen vom Staat erwarten, daß dieser Universalbedürfnisse befriedigt bzw. soziale Mißstände aufhebt. Diese Erwartungshaltung wird beispielsweise im steuerrechtlichen Äquivalenzprinzip sichtbar, wonach den Bürgern nur soweit Steuern abverlangt werden sollen, wie ihnen auch öffentliche Leistungen zugute kommen¹⁰¹⁹. Die Erwartungshaltung kommt einer „Vergütungsverpflichtung“ sehr nahe. Frei nach Ludwig XIV., *L’Etat c’est nous*. Wenn daher die *res publica* ordert, dann wird auch an die *res publica* geleistet. Leistungen der Daseinsvorsorge werden im Interesse der Allgemeinheit erbracht¹⁰²⁰. Leistung und Gegenleistung müssen nicht unbedingt im Rahmen eines rechtlich verpflichtenden Synallagmas erfolgen. Es genügt ein wirtschaftlich verbundener, wechselseitiger Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung in tatsächlicher Hinsicht¹⁰²¹.

aa. Parallele zu Rechtsinstituten des Zivilrechts

Die Dubiosität der Annahme, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse seien nicht saldierungsfähig, offenbart sich auch, wenn man den Blick in das Privatrecht schweifen läßt. Da der Staat beim Einkauf von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer zu behandeln sei, fordern die Verfechter des *market economy investor test* eine synallagmatische Rechtsbeziehung im Verhältnis von öffentlicher Hand und privatem Dienstleister sowie zusätzlich im Verhältnis von öffentlicher Hand und dem Kreis der diese Dienstleistungen in Anspruch nehmenden Personen. Konsequenterweise müßte sich dieses Erfordernis zweier *an Entgeltlichkeit* orientierten synallagmatischen Rechtsbeziehungen eigentlich auch im Zivilrecht wiederfinden, welches die Interaktionen von Privatrechtssubjekten regelt, die nach dem *market economy investor test* schließlich als Vergleichsmaßstab bemüht werden. Es ist aber äußerst zweifelhaft, ob dem Zivilrecht und Rechtsinstituten die Prämisse des *market economy investor test* überhaupt zugrunde liegt.

Die dreipolige Fallkonstellation (öffentliche Hand, private Unternehmen, Bevölkerung), wie sie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse charakteristisch ist, ähnelt der in einer Reihe von Mitgliedstaaten anerkannten Rechtsfigur des Vertrags zu Gunsten Dritter¹⁰²². Diese Parallele bietet sich auch angesichts der gemeinsamen Terminologie an. Schließlich trennt auch das gemeinschaftliche Beihilfenrecht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beihilfen mittels des Kriteriums der „Stoffidentität“¹⁰²³. Eine mittelbare Beihilfe liegt vor, wenn die

1018 Vgl. *Alexis*, RDUE 2002, 63 (101).

1019 *Birk*, Steuerrecht, Rdnr. 30.

1020 *Ruge*, ZRP 2003, 353 (354).

1021 *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 849; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1066); *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743 (757).

1022 Deutsches Recht: § 328 Bürgerliches Gesetzbuch;

Englisches Recht: Art. 1 Rights of Third Parties Act vom 11. November 1999; abrufbar unter: <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm>;

Französisches Recht: Art. 1121 Code Civil (Stipulation pour Autrui); abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation/stipulation_pour_autrui.htm; vgl. *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Article 6.110 para (1) - Stipulation in Favour of a Third Party, Chapter 6, 317:

“A third party may require performance of a contractual obligation when his right to do so has been expressly agreed between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded”.

1023 *Koenig/Sander*, EuR 2000, 743 (753).

Stoffidentität fehlt, i.e. die Zuwendung ein Dreiecksverhältnis zwischen Staat, unmittelbarem und mittelbarem Zuwendungsempfänger begründet¹⁰²⁴.

Im Zivilrecht ist für die Frage der Leistungsäquivalenz zwischen der Leistung des Versprechenden und der des Versprechensempfängers (Deckungsverhältnis) jedoch irrelevant, ob zwischen dem Versprechensempfänger und Drittem (Valutaverhältnis) eine Vergütungsverpflichtung auf Seiten des Versprechensempfängers besteht. Rechtsgrund im Valutaverhältnis kann selbst eine unentgeltliche Schenkung sein¹⁰²⁵. Auf den Fall der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse übertragen bedeutet dies, daß für die Frage der Leistungsäquivalenz im Verhältnis von öffentlicher Hand und Dienstleister zunächst einmal *nicht* ausschlaggebend ist, ob die öffentlicher Hand der Öffentlichkeit eine Leistung „schuldet“. *Ratio* dieser Rechtsfigur ist, die Versorgung des Dritten sicherzustellen¹⁰²⁶. Entgegen der Grundannahme des *market economy investor test* legt das Zivilrecht Zeugnis davon ab, daß Rechtsbeziehungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht zwangsläufig und auch nicht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Profitstreben und Gewinnmaximierung geprägt sein müssen.

bb. Marktbedingungen auf Anbieterseite

Der Vorwurf, daß im Fall staatlicher Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse keine beihilfenrechtlich neutrale Transaktion vorliege, da die vom Unternehmen zu erfüllenden Gemeinwohlverpflichtungen und die gewährte Kompensation letztlich vom Staat einseitig fixiert würden¹⁰²⁷, gilt beim Transparenzansatz nicht¹⁰²⁸. Die Vorzüge des Transparenzansatzes liegen nämlich darin, daß durch das prozessuale Kriterium des *offenen Ausschreibungsverfahrens Marktangemessenheit* bzw. Leistungsäquivalenz erreicht wird. Zwar folgt das Nachfrageverhalten des Staates gerade nicht den Gesetzen des Marktes, da der Gegenstand, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer in dieser Quantität und Qualität nie angefordert werden würde, wohl aber *herrschen* durch den Wettbewerb in Form eines offenen Ausschreibungsverfahrens *auf der Angebotsseite Marktbedingungen*. Denn ein offenes Ausschreibungsverfahren eröffnet *idealiter* allen interessierten Bieterunternehmen gleichermaßen die Chance, den Zuschlag zu erringen¹⁰²⁹. Die Bieterunternehmen können ihr Angebot bepreisen, wie dies ihrem Leistungsvermögen entspricht¹⁰³⁰. Welcher Preis marktangemessen ist, ergibt sich damit automatisch aus dem Ausschreibungswettbewerb¹⁰³¹.

Grund für die Saldierungsfähigkeit ist, daß das nach dem Transparenzansatz des *Altmarkt-Urteils* erforderliche offene Ausschreibungsverfahren durch seine Transparenz Marktangemessenheit der Gegenleistung gewährleistet. Weitere Differenzierungen sind nicht erforderlich und auch nicht förderlich. In Anlehnung an die Schlußanträge von GA Léger zur

1024 Koenig/Sander, EuR 2000, 743 (754).

1025 Heinrichs, in: Palandt, Kurzkommentar zum BGB, Einf. vor § 328, Rdnr. 4; Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Comment (Scope and purpose) on Article 6.110 para (1) - Stipulation in Favour of a Third Party, Chapter 6, 318: "There are various reasons why such an agreement may be made. One may be that the promisee wishes to furnish support or in other ways give the third party the benefit of the performance".

1026 Heinrichs, Palandt, Kurzkommentar BGB, Einf. vor § 328, Rdnr. 2.

1027 Gundel, RIW 2002, 222 (224).

1028 Vgl. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 32.

1029 Koenig/Kühling, DVBl. 2003, 289 (295).

1030 Reuter, ZIP 2002, 737 (744).

1031 Gundel, RIW 2002, 222, (225); Reuter, ZIP 2002, 737 (745).

Rechtssache *Altmark*¹⁰³² schlägt ein Teil der Literatur vor, für die Berücksichtigung des Empfängerhaltens danach zu differenzieren, ob das Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage die staatlichen Zuwendungen gewährt werden, hoheitlicher oder privater Natur ist¹⁰³³. Leistung setze begrifflich Freiwilligkeit im Hinblick auf den Abschluß des Austauschverhältnisses voraus. Bei öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnissen fehle es an der für Austauschverhältnisse typischen Gleichberechtigung der Parteien. Das Verhalten des Zuwendungsempfängers sei daher keine Gegenleistung, sondern lediglich die Erfüllung einer gegebenenfalls auch zwangsweise durchsetzbaren Rechtspflicht.¹⁰³⁴ GA Léger¹⁰³⁵ hatte die Anwendbarkeit des *market economy investor test* auf die staatliche Maßnahme abgelehnt, wenn den privaten Wirtschaftsteilnehmern diese Handlungsform verwehrt sei, wie beispielsweise bei direkten Subventionszahlungen¹⁰³⁶, Steuererleichterungen¹⁰³⁷ und der Minderung von Soziallasten¹⁰³⁸. Dies sei auch bei der Finanzierung von öffentlichen Dienstleistungen der Fall¹⁰³⁹.

Die Differenzierung nach hoheitlichem bzw. privatem Auftreten des Staates stiftet mehr Verwirrung als daß sie Zusammenhänge aufdeckt. Im Gegenteil, sie verdunkelt die Argumente, die für eine Saldierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sprechen. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind saldierungsfähig, wenn ein Ausschreibungswettbewerb stattgefunden hat, der Marktangemessenheit generiert. Außerdem ist die Nichtanwendbarkeit des *market economy investor test* gerade ein Argument für die Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Dagegen hatte GA Léger mit seiner Argumentation versucht, den Transparenzansatz und die von GA Jacobs vorgebrachte Parallele zum Vergaberecht zu entkräften¹⁰⁴⁰.

Vor dem *Ferring*-Urteil war noch die These vertreten worden, die Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens zur Übertragung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse leiste nicht die Marktangemessenheit des Entgelts¹⁰⁴¹. Der sich an den Zuschlag anschließende hoheitliche Betrauungsakt samt dem öffentlich-rechtlichen Gewährleistungs- und Regulierungsregime entziehe sich den Kategorien des *market economy investor test*, daher könne regelmäßig auch kein marktübliches Entgelt, für die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung ermittelt werden¹⁰⁴². Aus diesem Grunde wurde der Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens keine den Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausschließende Wirkung beigemessen¹⁰⁴³. Diese Position schloß also von der besonderen Form und Ausgestaltung des offenen Ausschreibungsverfahrens auf fehlende Marktverhältnisse. Mittlerweile ist man bei der Kommission¹⁰⁴⁴ und in der Literatur zu der Einsicht gelangt, daß

1032 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 20.

1033 Jennert, EuR 2003, 343 (348, 350).

1034 Jennert, EuR 2003, 343 (349).

1035 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 22.

1036 EuGH, Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 8.

1037 EuGH, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 14; Rs. C-6/97 (Italien/Kommission), Slg. 1999, I-2981, Rdnr. 16; Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnrn. 25 ff.

1038 EuGH, Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Slg. 1999, I-3671, Rdnrn. 24 f.; EuG, Rs. T-67/94, (Ladbroke Racing/Kommission), Slg. 1998, II-1, Rdnr. 110.

1039 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 25.

1040 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 27.

1041 Koenig, EuZW 2001, 741 (744).

1042 Koenig, EuZW 2001, 741 (744).

1043 Koenig, EuZW 2001, 741 (745).

1044 Supra: S. 94.

ein offenes Ausschreibungsverfahren materiell Marktbedingungen auf der Angebotsseite generiert und damit die Marktangemessenheit des ermittelten Preises gewährleistet, so daß die staatliche Zuwendung nicht als Beihilfe im Sinn von Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann¹⁰⁴⁵. Das offene Ausschreibungsverfahren ersetzt – im Hinblick auf das Nachfrageverhalten des Staates – den *market economy investor test*¹⁰⁴⁶.

Auch die bisweilen auftretende Situation, daß sich nur *ein* privater Wirtschaftsteilnehmer an der Ausschreibung beteiligt, macht den *market economy investor test* nicht unverzichtbar. Auf die Frage, welcher Vergleichsmaßstab gelten soll, wenn es bis auf ein Unternehmen keine weiteren Wettbewerber gibt¹⁰⁴⁷, ist zu antworten, daß sich das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht nicht gegen Monopole als solche richtet, auch nicht auf der Angebotsseite, sondern nur Vorkehrungen gegen ihre mißbräuchliche Ausnutzung trifft. Meldet sich auf die öffentliche Ausschreibung hin nur ein Wirtschaftsteilnehmer, dann hat das Ausschreibungsverfahren den besten Kandidaten identifiziert, den der Markt hergibt. Dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften hätten alle in dieser Branche operierenden Unternehmen eine faire Chance auf den Zuschlag gehabt. Die Frage nach einem Vergleichsmaßstab *in puncto* Effizienz wird daher schlicht erst ab dem Moment relevant, wo ein Wettbewerber auf den Plan tritt und eine effizientere Bereitstellung verspricht. Die zeitliche Begrenztheit öffentlicher Aufträge garantiert weiterhin, daß die Dienstleistungen von öffentlichem Interesse auf die jeweils aktuell effizienteste Art und Weise erbracht werden.

e. Ergebnis zum *market economy investor test*

Im Fall staatlicher Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gelangen die Kritiker und Befürworter des Transparenzansatzes aufgrund ein und derselben Feststellung, nämlich daß das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand vom privaten Nachfrageverhalten abweicht, zu entgegengesetzten Schlußfolgerungen: Aus der Sicht der Kritiker erfüllen derartige staatliche Maßnahmen den *market economy investor test* nicht und unterfallen daher dem Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Dagegen ist der *market economy investor test* aus der Perspektive der Befürworter wegen der genannten Unterschiede erst gar nicht auf derartige staatliche Maßnahmen anwendbar.

Tatsächlich ruht der *market economy investor test* auf einer Reihe von höchst angreifbaren Prämissen und Argumenten. Insbesondere das *tertium comparationis* eines privaten Investors ist zum Gutteil ein idealisiertes, von der Realität weit entferntes Modell. Trotzdem muß man sich freilich darüber im klaren sein, daß die Rechtsanwender nun einmal auf einen Maßstab für die beihilfenrechtliche Prüfung angewiesen sind. Aus Gründen des fairen Leistungswettbewerbs aller Wirtschaftsteilnehmern muß zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger staatlicher Intervention eine Trennungslinie gezogen werden können. In Ermangelung alterna-

1045 Vgl. *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3589); *Bungenberg*, NVwZ 2003, 314 (316); *Burgbacher*, VergabeR 2001, 169 (171); *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (377); *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 194; *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (4); *Gundel*, RIW 2002, 222, (222); *Jennert*, EuR 2003, 343 (353); *idem*, NZBau 2003, 417 (418); *idem*, WRP 2003, 459 (464); *Koenig*, EuZW 2001, 481 (481); *idem/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1066); *idem*, EuZW 2000, 197 (198); *idem*, DVBl. 2003, 289 (293, 297); *idem*, NVwZ 2003, 779 (782); *Koenig/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (377); *Kube*, EuR 2004, 230 (239); *Lübbig*, EuZW 1999, 671 (672); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (256); *Reuter*, ZIP 2002, 737 (746); *Ruge*, EuZW 2002, 50 (52).

1046 *Jennert*, EuR 2003, 343 (355)

1047 *Kube*, EuR 2004, 230 (239); v. *Ysendyck/Zühlke*, RIW 2003, 717 (719).

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

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

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

1. Vorwurf der Marginalisierung der Legalausnahmen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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