

meinschaftsrechtliche Beurteilung sozialer Vergabekriterien sein<sup>720</sup>. Es verbietet es sich, aufgrund dieser Fallkonstellation automatisch auf die Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens im Sinne der Vergaberichtlinien zurückzuschließen. Als Fazit ist daher lediglich festzuhalten, daß bei einer irregulären Vergabe öffentlicher Aufträge die Art. 87 ff. EG Anwendung finden können<sup>721</sup>.

### *III. Urteil des EuG in der Rechtssache FFSA/Kommission*

#### *1. Sachverhalt*

In Frankreich ordnete Art. 21 des Gesetzes über die Organisation des öffentlichen Dienstes der Post und der Telekommunikation an, daß die Besteuerungsgrundlage für La Poste bei den lokalen Steuern um 85 % ihres Betrages gesenkt wird. Im Gegenzug bestimmte das Gesetz i.V.m. einem per Dekret erlassenen Aufgabenkatalog, daß La Poste die Bedienung des *gesamten* Inlands zu gewährleisten habe, unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben und Ziele hinsichtlich der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Regionen. Nachdem die Kommission die Beschwerden der Interessenverbände der französischen Versicherungsunternehmen abgelehnt hatte, erhob unter anderem der Verband Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) gemäß Art. 230 Abs. 4 i.V.m. Art. 225 EG vor dem EuG Klage gegen die Entscheidung der Kommission<sup>722</sup>.

#### *2. Rechtliche Würdigung des EuG*

Das EuG befand, daß die „streitige Steuervergünstigung grundsätzlich eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstelle, da sie La Poste finanziell besser stelle als die übrigen Steuerpflichtigen<sup>723</sup>. Jedoch folge aus der Wendung in Art. 86 Abs. 2 EG „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ... besonderen Aufgabe ... verhindert“, daß eine unter Art. 87 Abs. 1 EG fallende Maßnahme dennoch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, wenn Art. 86 Abs. 2 EG geltend gemacht werden könne. Obwohl es sich auch in diesem Fall um eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Vorschrift handele, könne die Wirkung der Wettbewerbsregeln hier beschränkt werden<sup>724</sup>. Zwar sei Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmeverordnung restriktiv auszulegen<sup>725</sup>. Jedoch falle die Gewährung einer Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG dann nicht unter das Verbot des Art. 87 Abs. 1 EG, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll und die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich sei, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen<sup>726</sup>.

---

720 Fischer, VergabeR 2004, 1 (3).

721 Seifert, ZfA 2001, 1 (25).

722 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II- 229, Rdnrn. 4, 5, 7, 13, 68, 69.

723 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdn. 167.

724 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdn. 172.

725 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdn. 173.

726 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdn. 178.

### 3. Beschuß des EuGH

Die Kommission gab sich mit diesem Verdikt des EuG nicht zufrieden und legte gemäß Art. 225 Abs. 1 EG Rechtsmittel beim EuGH ein. Der EuGH bestätigte jedoch das Urteil des EuG. Insbesondere wiederholte er das in Rdnr. 178 des *FFSA*-Urteils erwähnte Übermaßverbot der Mehrkostenkompensation<sup>727</sup>.

### 4. Analyse und Bewertung

Mit dem in der Literatur beifällig aufgenommenen<sup>728</sup> *FFSA/Kommission*-Urteil schlug das EuG ein neues Kapitel im Beihilfenrecht auf. Zwar mochte das EuG das Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht an einem Tatbestandsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EG festmachen. Pikanterweise wollte nämlich allein die Kommission die „Kompensation der Mehrkosten“<sup>729</sup> schon tatbestandlich nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG verstanden wissen<sup>730</sup>. Die Frage, ob es bei Einschlägigkeit des Art. 86 Abs. 2 EG am Kriterium des Transfers staatlicher Ressourcen mangele<sup>731</sup>, ließ das EuG unbeantwortet. Indes ist es dem EuG hoch anzurechnen, das gemeinschaftliche Beihilfensystem erstmals um den Topos der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bereichert zu haben, indem es der „externen“ und an sich eng auszulegenden<sup>732</sup> („Nadelöhr“<sup>733</sup>) Ausnahmeverordnung des Art. 86 Abs. 2 EG den Einzug in die beihilfenrechtlichen Rechtfertigungsgründe ermöglichte.

Die Besonderheit von Art. 86 Abs. 2 EG ist nun, daß für die Definition dessen, was als Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind<sup>734</sup>. Darauf hatte auch die Kommission im *FFSA*-Verfahren immer wieder hingewiesen<sup>735</sup>. Da Art. 86 Abs. 2 EG von den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags dispensiert, obliegt dem Mitgliedstaat, der sich auf diese Norm beruft, die Beweisführungspflicht, daß alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen<sup>736</sup>. Die zweite für die Kontrollhoheit der Kommission Sprengkraft erzeugende Besonderheit liegt in der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EG<sup>737</sup>. Denn der EuGH hat die Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen, nicht exklusiv der Kommission vorbehalten, sondern beizeiten in die Hände der nationalen Gerichte gelegt<sup>738</sup>.

---

727 EuGH, Rs. C-174/97 P (FFSA/Kommision), Slg. 1998, I-1303, Rdnr. 6.

728 Vgl. *Hube*, EuR 2004, 230 (242); *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 175, Rdnr. 458; *Schohe/Arhold*, EStAL 2002, 2 (7).

729 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommision), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 65.

730 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommision), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 199.

731 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommision), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 163.

732 *Magiera*, in: FS-Rauschning, 269 (283); *Tettinger*, in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 97 (100).

733 v. *Danwitz*, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (16); *Davies*, ILJ 1995, 49 (76).

734 *Kommision*, Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg.; Rdnr. 22; vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 31; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 185, Rdnr. 490.

735 EuG, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommision), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 152.

736 EuGH, Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 94; Rs. C-203/96 (Dusseldorf), Slg. 1998, I-4075, Rdnr. 67.

737 Vgl. *Ross*, CMLR 2000, 401 (418).

738 EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 20; Rs. 393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 50.

Zudem hatte sich der EuGH bei der Rückausnahme des Verhinderungstatbestandes gemäß Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG, wonach die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft, in der Vergangenheit relativ moderat gezeigt<sup>739</sup>. Nach Ansicht des EuGH genügt es, wenn ohne die besonderen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben „gefährdet“ wäre<sup>740</sup>. Der EuGH hat den Kontrollmaßstab überdies auf die Prüfung abgesenkt<sup>741</sup>, ob die Übertragung besonderer Rechte erforderlich ist, um dem Inhaberunternehmen die Erfüllung seiner Aufgaben „zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“ zu ermöglichen<sup>742</sup>. Dies beinhaltet die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen<sup>743</sup>. Diese Kulanz bei der „Verhältnismäßigkeitsprüfung“<sup>744</sup> der Rückausnahme ist insoweit bemerkenswert, als sich das Interesse der Gemeinschaft über die in Art. 2 EG niedergelegten Ziele des EG-Vertrages definiert, worunter bislang in erster Linie die Realisierung des Binnenmarktes sowie eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs verstanden wurde<sup>745</sup>.

Insgesamt ist die Einbindung von Art. 86 Abs. 2 EG als Eingeständnis zu werten, daß sich nicht alle Sachverhalte adäquat unter den vormals strikten *numerus clausus* der Rechtfertigungstatbestände Art. 87 Abs. 2 und 3 EG fassen lassen. Dieser Schritt ist um so bedeutsamer, wenn man bedenkt, daß gefordert wird, die für die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung Begriffe weit, Ausnahmen dazu, insbesondere Art. 86 Abs. 2 EG, hingegen eng auszulegen<sup>746</sup>. In diesem Sinne sprengt das *FFSA/Kommission*-Urteil den Horizont des Beihilfenrechts und gibt den Blick frei auf andere Normen des EG-Vertrages. Obwohl die Interdependenz der einzelnen Vertragsbestimmungen zunächst nur in der Hemisphäre des Wettbewerbsrechts zu Tage trat, deutet sich hier bereits an, daß Regelungsbereiche des EG-Vertrages nicht mehr separat voneinander betrachtet werden können. Denn wer Art. 86 Abs. 2 EG sagt, muß auch Art. 16 EG sagen und wird daher auf Dauer nicht umhinkommen, sich mit dem in Art. 3 EG angelegten Zielkonflikt auseinanderzusetzen.

Im Hinblick auf die Argumentationslinie der Kommission ist zu registrieren, daß sie seinerzeit im *FFSA*-Verfahren durchaus gewillt war, in Fällen des Art. 86 Abs. 2 EG ihr beihilfenrechtliches Kontrollmonopol zu opfern. Die Kommission muß daher die Gefahr der mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als gering eingeschätzt haben. Dies ging schließlich so weit, daß sie Rechtsmittel beim EuGH einlegte. Entgegen der vielfach geäußerten Ansicht<sup>747</sup>, der EuGH habe sich bei dieser Gelegenheit nicht mit dem Problem auseinandergesetzt, ob eine Beihilfe bereits begrifflich nicht vorlag, und damit die Rechtsauffassung des EuG nicht ausdrücklich bestätigt, ist der Beschuß des EuGH *in puncto* Art. 86 Abs. 2 EG als implizite Bestätigung

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

740 EuGH, Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 95.

741 Bartosch, ZIP 1999, 176 (179).

742 EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 16; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 96.

743 EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 16 f.; Rs. 475/99 (Ambulanz Glöckner), Slg. 2001, I-8089, Rdnr. 57.

744 Lübbig/Martín-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 186, Rdnr. 494.

745 v. Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 77.

746 EuGH, Rs. C-157/94 (Kommission/Niederlande), Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 37; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 53; vgl. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rdnr. 284; Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (31); Paulweber/Weinand, EuZW 2001, 232 (236).

747 GA Tizzano, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59; GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 146.

der Entscheidung des EuG anzusehen<sup>748</sup>. Mit der Wortwahl „Zahlung einer staatlichen Beihilfe“ demonstrierte der EuGH nämlich, daß er Maßnahmen nach Art. 86 Abs. 2 EG als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG verstanden wissen wollte.

#### *IV. Urteil des EuG in der Rechtssache SIC/Kommission*

##### *1. Sachverhalt*

Die Radiotelevisão Portuguesa (RTP) war nach portugiesischem Recht verpflichtet, Programme auszustrahlen, die das gesamte portugiesische Festland und die autonomen Regionen erreichen, audiovisuelle Archive zu unterhalten, den portugiesischsprachigen Sender RTP Internacional zu betreiben, sowie die Zusammenarbeit mit den afrikanischen Ländern aufrechtzuerhalten, in denen Portugiesisch Amtssprache ist. Während die privaten Anbieter sich einzige und allein über ihre Werbeeinnahmen finanzieren, verfügte die RTP daneben via direkten Mittelzuweisungen, Steuer- und Gebührenbefreiungen, Tilgungsstaffelungen sowie Kapitalerhöhungen auch über staatliche Mittel, die ihr jedes Jahr aufgrund ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewährt wurden und sich von 1992 bis 1995 auf bis zu 18 % ihrer jährlichen Gesamteinnahmen beliefen. Der private Fernsehsender Sociedade Independente de Comunicação (SIC) legte bei der Kommission Beschwerde ein und forderte diese auf, das förmliche Prüfungsverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten<sup>749</sup>. Als die Kommission der SIC am 21. April 1997 mitgeteilt hatte, daß sie nicht beabsichtigte, die Prüfung der Beschwerde fortzusetzen, er hob die SIC vor dem EuG am 3. März 1997 eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG, 225 EG<sup>750</sup>.

##### *2. Rechtliche Würdigung des EuG*

Die erste erweiterte Kammer des EuG hielt für ausschlaggebend, daß die Kommission selbst zugegeben hatte, daß die als Ausgleichsentschädigungen gewährten Mittelzuweisungen dazu führten, daß der RTP ein „wirtschaftlicher Vorteil“ gewährt wird<sup>751</sup>. Aus der „Objektivität des Beihilfenbegriffs“<sup>752</sup> ergebe sich, daß der Umstand, daß staatliche Stellen einem Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesem Unternehmen übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG hat<sup>753</sup>. Dies könne allein bei der Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EG berücksichtigt werden<sup>754</sup>.

---

748 Vgl. *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 100.

749 *EuG*, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 3.

750 *EuG*, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 1, 3, 5 f., 20, 31, 32.

751 *EuG*, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 79.

752 *EuG*, Rs. T-67/94 (Ladbroke Racing/Kommission), Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52.

753 *EuG*, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

754 *EuG*, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.