
Europäische Beihilfenkontrolle in der Daseinsvorsorge

Ein kritischer Zwischenruf zum Monti-Paket

Christian Koenig und Philipp Vorbeck*

Inhalt

I.	Einleitung	207
II.	Das Monti-Paket	209
III.	Vergleich der Kriterien des „Altmark Trans“-Urteils mit denen der Freistellungsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens	211
IV.	Kritik am Gemeinschaftsrahmen und der Freistellungsentscheidung	212
V.	Art. 86 Abs. 3 EGV als Ermächtigung für die Freistellung von der Notifizierungspflicht?	216
VI.	Zusammenfassung	218

I. Einleitung

Im Jahr 2005 konkretisierte die Kommission die Anforderungen an die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV in dem unter dem Namen „Monti-Paket“ bekannt gewordenen Maßnahmenpaket zu staatlichen Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden.

Die folgende Abhandlung zeigt zunächst die Unterschiede zwischen dem Monti-Paket und den Kriterien der „Altmark Trans“-Entscheidung des EuGH auf und weist anschließend auf kritische Punkte des Maßnahmenpaketes hin.

Während der Europäische Gerichtshof in seiner „Ferring“-Entscheidung¹ noch davon ausging, dass sämtliche, nicht überkompensierende Ausgleichszahlungen für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung des Art. 87 Abs. 1 EGV ausschließen, qualifizierte er in der „Alt-

* Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. und Philipp Vorbeck vom Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067 = EuZW 2002, S. 48.

mark Trans“-Entscheidung² die Anforderungen an einen Tatbestandsausschluss. Er stellte vier offensichtlich von den Auslegungsgrundsätzen des Art. 86 Abs. 2 EGV inspirierte³ Voraussetzungen auf, die kumulativ vorliegen müssen:

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;
- (2) die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssen zuvor objektiv und transparent festgelegt werden;
- (3) der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung der Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken und
- (4) es muss zur Bestimmung der Höhe der Ausgleichskosten eine Kostenanalyse durchgeführt werden, wenn das Unternehmen nicht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens betraut wurde. Der Kostenanalyse müssen die Kosten zugrunde gelegt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.⁴

Damit war nach langjährigem Streit jedenfalls für die EG-beihilfenrechtliche Praxis entschieden, dass Ausgleichsleistungen unter den oben genannten Voraussetzungen bereits nicht den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllen. Gleichzeitig kam aufgrund der Integration von Elementen des Art. 86 Abs. 2 EGV in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV die Frage auf, ob für Art. 86 Abs. 2 EGV im Bereich des EG-Beihilfenrechts überhaupt noch ein eigener Anwendungsbereich verbleibt.⁵

Die Kommission machte diesbezüglich in ihrer „RAI“-Entscheidung deutlich, dass sie weiterhin von einer eigenständigen Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EGV ausgeht.⁶ Danach überprüft sie staatliche Ausgleichszahlungen zunächst an den strengerem „Altmark Trans“-Kriterien. Wenn diese im Einzelfall nicht kumulativ erfüllt sind

² EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 = EuZW 2003, S. 496.

³ Vgl. *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, Zum Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 86 Abs. 2 EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, EuZW 2006, S. 9; *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court’s Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 357; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Rdnr. 1165.

⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 95.

⁵ Vgl. *Koenig/Haratsch*, Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission, ZUM 2004, S. 122.

⁶ Vgl. Entscheidung der Kommission v. 15.10.2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, ABl. Nr. L 119 v. 23.4.2004, S. 1; dazu *Koenig/Haratsch*, (Fn. 5), S. 122; vgl. auch Vademecum der Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen, Informationsblatt 11, S. 37, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_2007_de.pdf (24.4.2008).

und der EG-Beihilfentatbestand daher insgesamt zu bejahen ist, überprüft die Kommission anhand eines weniger strengen Maßstabes, ob die Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden kann.⁷ Nach Ansicht der Kommission wird also der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EGV durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug auf die Beschränkung des Begünstigungsbegriffs bei Ausgleichszahlungen überlagert. Nur durch weniger strenge Anforderungen an die Rechtfertigung verbleibt Art. 86 Abs. 2 EGV in den Randbereichen ein eigener Anwendungsbereich.

Die Kommission arbeitete ebendiese Anforderungen an die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV in dem sogenannten Monti-Paket aus. Die folgende Untersuchung soll die Unterschiede zwischen dem Monti-Paket und den Kriterien der „Altmark Trans“-Entscheidung näher beleuchten.

II. Das Monti-Paket

Im Oktober 2005 erließ die Kommission ein Maßnahmenpaket zu staatlichen Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, das unter dem Namen des bis 2004 amtierenden Wettbewerbskommissars, *Mario Monti*, bekannt wurde. Es besteht aus

- einem „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“ (im Folgenden: Gemeinschaftsrahmen),⁸
- einer Entscheidung der Kommission „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“ (im Folgenden: Freistellungsentscheidung)⁹ sowie
- einer Änderung der Transparenzrichtlinie.¹⁰

⁷ Vgl. Kommission/Post, ABl. Nr. C 245 v. 19.10.2007, S. 21; zu den Unterschieden der Maßstäbe siehe unter III.

⁸ ABl. Nr. C 297 v. 29.11.2005, S. 4.

⁹ ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 67.

¹⁰ RL 2005/81/EG der Kommission v. 28.11.2005 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 47.

Mit der Änderung der Transparenzrichtlinie werden nunmehr alle Erbringer von Leistungen der Daseinsvorsorge, die staatliche Ausgleichsleistungen erhalten, zur Führung getrennter Bücher verpflichtet. Nach dem bisherigen Text der Richtlinie war diese Pflicht an den Empfang staatlicher Beihilfen geknüpft, so dass sie bei Erfüllung der „Altmark Trans“-Kriterien nicht bestand. Da die Führung getrennter Bücher erheblich zur Transparenz und damit vor allem zur Verhinderung von Überkompensationen beiträgt, weitete die Kommission die Anwendbarkeit der Transparenzrichtlinie auch auf jene staatlichen Vorteilsgewährungen aus, die aufgrund der „Altmark Trans“-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr als Beihilfen einzuordnen sind.¹¹

Die Freistellungsentscheidung und der Gemeinschaftsrahmen beinhalten jeweils nahezu gleichlautende Kriterien für die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt. Unterschiede existieren allerdings in Bezug auf den Geltungsbereich und die verfahrensrechtliche Behandlung der Ausgleichszahlung.

Die Freistellungsentscheidung der Kommission gilt grundsätzlich nur für Beihilfen, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden vorausgegangenen Jahren weniger als 100 Mio. Euro betragen hat. Bereits erhaltene Ausgleichszahlungen in diesen Jahren dürfen den Betrag in Höhe von 30 Mio. Euro für erbrachte Dienstleistungen nicht überschreiten. Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im Bereich des sozialen Wohnungsbaus fallen unabhängig von ihrer Umsatzhöhe immer in den Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung. Ebenfalls unabhängig vom Umsatz werden Zahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln sowie zu Flug- und Seehäfen mit geringem Fahrgastaufkommen von der Freistellungsentscheidung erfasst. Solche Ausgleichszahlungen weisen nämlich die Besonderheit auf, dass im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarktes die Wettbewerbsverfälschung in diesem Sektor nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht.¹²

Der Gemeinschaftsrahmen gilt nach Ziffer 1 für Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, soweit diese den Bestimmungen des EG-Vertrags unterliegen, außer im Verkehrssektor und im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.¹³

¹¹ Vgl. Art. 1 zur Änderung von Art. 2 Abs. 1 lit. d) RL 80/723/EWG, ABl. Nr. L 312 v. 29.11. 2005, S. 47.

¹² Vgl. Entscheidung der Kommission, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 69, Erwägungsgrund 16.

¹³ Vgl. ABl. Nr. C 297 v. 29.11.2005, S. 4, Rdnr. 3.

Da sich Freistellungsentscheidung und Gemeinschaftsrahmen neben dem Geltungsbereich auch in dem zur Anwendung kommenden Verfahren unterscheiden, hängt vom Geltungsbereich ab, welches Verfahren zur Anwendung kommt.

Während Beihilfen, die unter den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrahmens fallen, nach Art. 88 Abs. 3 EGV notifiziert werden müssen, sind Mitgliedstaaten in Bezug auf Beihilfen an Unternehmen, die unter den Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung der Kommission fallen, von der Notifizierungspflicht freigestellt.

III. Vergleich der Kriterien des „Altmark Trans“-Urteils mit denen der Freistellungsentscheidung und des Gemeinschaftsrahmens

Die von der Kommission in der Freistellungsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen aufgestellten Kriterien weichen abgesehen vom Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung hauptsächlich in der Bestimmung der zulässigen Höhe des Ausgleichs von den „Altmark Trans“-Kriterien ab.¹⁴

Dagegen existieren in Bezug auf die Ausgestaltung des öffentlichen Auftrags bzw. der Betrauung nur sprachliche Unterschiede.¹⁵ So erfordern sowohl Art. 4 der Freistellungsentscheidung als auch Ziffer 2.3 des Gemeinschaftsrahmens vor der Gewährung einer Beihilfe die genaue Definition von Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung. Darüber hinaus müssen das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich sowie die Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte aus der Betrauung hervorgehen. Schließlich müssen die Parameter zur Berechnung, Überwachung und etwaige Änderungen der Ausgleichszahlungen ebenso wie die Vorrkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden, bereits im Betrauungsakt genannt sein.¹⁶

Nach Ziffer 2.4 des Gemeinschaftsrahmens darf die Ausgleichszahlung nicht über den Betrag hinausgehen, der erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung

¹⁴ Vgl. zu den Überschneidungen *Bauer*, (Fn. 3), S. 9; *Frenz*, (Fn. 3), Rdnr. 1163.

¹⁵ Vgl. *Frenz*, Freistellung von Beihilfen für gemeinwohlbezogene Dienstleistungen, Gemeindehaushalt 2007, S. 30.

¹⁶ Vgl. Art. 4 lit. d) der Freistellungsentscheidung, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 69.

dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken. Fast wortgleich findet sich dieser Maßstab auch in Art. 5 der Freistellungsentscheidung. Zu den zu berücksichtigenden Kosten gehören sämtliche Ausgaben, die mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbunden sind, auch subjektive Kosten genannt.¹⁷

Nach der Entscheidung *Altmark Trans* ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs – wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt – auf der Grundlage einer Analyse derjenigen Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte. Da sich die Höhe des erforderlichen Ausgleichs objektiv nach denen eines durchschnittlichen Unternehmens bemisst, wird der vom EuGH angelegte Maßstab auch als objektiver Median-Maßstab bezeichnet.¹⁸

Im Gegensatz zum Gemeinschaftsrahmen und zur Freistellungsentscheidung kommt es nach dem vierten Kriterium der „Altmark Trans“-Entscheidung also nicht auf die tatsächlich durch die Aufgabenerfüllung verursachten Kosten des betrauten Unternehmens, die sogenannten subjektiven Kosten, an. Vielmehr schließt nur der Ausgleich der Kosten nach dem Median-Maßstab das Begünstigungsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EGV aus, wenn kein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist.

IV. Kritik am Gemeinschaftsrahmen und der Freistellungsentscheidung

Nach den Regelungen des Gemeinschaftsrahmens bzw. der Freistellungsentscheidung dürfen Mitgliedstaaten ohne die Durchführung eines vorherigen Ausschreibungsverfahrens die subjektiven Kosten eines Unternehmens ausgleichen. Damit weicht die Kommission von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ab.

¹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. c) der Freistellungsentscheidung, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 69.

¹⁸ Vgl. zum Kompensationsmaßstab nach den „Altmark Trans“-Kriterien, *Koenig, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge: das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, „Nettomehrkosten minus Monopolabschlag“?*, BB 2003, S. 2185; vgl. zum Begriff des Median-Maßstabes, *Kübling/Wachinger, Das Altmark Trans-Urteil des EuGH, Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?*, NVwZ 2003, S. 1203.

Die Rechtfertigung des Ausgleichs von subjektiven Kosten gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren entwertet die „Altmark Trans“-Kriterien des EuGH. Die Ermittlung des erforderlichen Ausgleichs nach dem vierten Kriterium der „Altmark Trans“-Entscheidung ist nämlich in Bezug auf die materiellen Folgen wirkungslos, da es auf der Ebene der Rechtfertigung nach Auslegung der Kommission unabhängig von einem Ausschreibungsverfahren ausschließlich auf die individuelle Kostenstruktur des betrauten Unternehmens ankommt.¹⁹ Damit hat das vierte „Altmark Trans“-Kriterium keinerlei materielle Auswirkungen mehr, da Beihilfen auch bei Ausgleich der subjektiven Kosten ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind.

Allerdings bestehen im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrahmens verfahrensrechtliche Unterschiede. Während Ausgleichszahlungen, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens ermittelt wurden oder die nur die Kosten nach dem Median-Maßstab ausgleichen, nicht notifiziert werden müssen, sind höhere Zahlungen weiterhin genehmigungspflichtig. In Bezug auf Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die unter die Geltung der Freistellungsentscheidung fallen, besteht dieser verfahrensrechtliche Unterschied allerdings nicht.

Die Abkehr vom vierten Kriterium der Entscheidung *Altmark Trans* durch die Kommission ist kritikwürdig.

Nach dem von der Kommission aufgestellten Maßstab können die subjektiven Kosten bestimmter Unternehmen unabhängig von den eventuell niedrigeren Kosten der Konkurrenzunternehmen für die Aufgabenerfüllung ausgeglichen werden. Daher stellt sich die Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EGV die Aufgabenerfüllung unabhängig von den Kosten eines bestimmten Unternehmens oder die Aufgabenerfüllung durch bestimmte Unternehmen schützt.

Der Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EGV lässt eine individuelle wie auch eine generelle Interpretation der Erforderlichkeit der Ausnahme von der Geltung der Wettbewerbsregeln zu.²⁰ Artikel 86 Abs. 2 EGV kann also entweder so verstanden werden, dass eine Ausnahme von der Geltung der Vorschriften des EG-Vertrags schon dann zulässig ist, soweit ansonsten die Aufgabenerfüllung durch ein bestimmtes Unternehmen verhindert würde. Möglich ist aber auch eine Auslegung, nach der die Geltungsausnahme nur dann erforderlich ist, soweit ansonsten die Aufgabenerfüllung generell, also unabhängig von der Leistungserbringung durch bestimmte Unternehmen, verhindert würde.

Wenn sich die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV jedoch auf die individuelle Aufgabenerfüllung durch ein bestimmtes Unternehmen beziehen soll, hätte eine

¹⁹ Vgl. *Bauer*, (Fn. 3), S. 10.

²⁰ Vgl. *Jennert*, Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge, 2005, S. 233.

Formulierung des Art. 86 Abs. 2 EGV näher gelegen, die Bezug auf ein bestimmtes anstatt auf eine Vielzahl von Unternehmen nimmt.²¹

Darüber hinaus spricht der Zweck des Art. 86 Abs. 2 EGV dafür, dass die Aufgabenerfüllung überhaupt – und nicht abhängig von der Betrauung eines konkreten Unternehmens – gesichert werden soll.²² Selbst nach Ansicht der Kommission schützt der Vertrag „die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse, aber nicht notwendigerweise den Leistungserbringer als solchen.“²³

Für diese Sichtweise spricht, dass sich Daseinsvorsorge und Wettbewerb nach der Konzeption des EG-Vertrags nicht ausschließen.²⁴ Vielmehr soll das Prinzip der Daseinsvorsorge durch Wettbewerb und damit unter Anwendung des Wettbewerbsrechts erreicht werden.²⁵ Dies wird insbesondere in Art. 86 Abs. 2 EGV deutlich, der eine Ausnahme von den Wettbewerbsregeln nur zulässt, soweit der Wettbewerb zur Verwirklichung der Daseinsvorsorge versagt.

Mitgliedstaaten dürfen also zum einen überhaupt nur dann in den Wettbewerb eingreifen, wenn dies für die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung erforderlich ist, und zum anderen auch nur soweit der Wettbewerb die Aufgabenerfüllung nicht gewährleisten kann. Letzteres bedeutet, dass Mitgliedstaaten die Auswirkungen ihrer Eingriffe auf den Wettbewerb möglichst gering halten müssen. Dies bekräftigt die Annahme, dass Art. 86 Abs. 2 EGV nur den Akt der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, nicht aber notwendigerweise den Leistungserbringer als solchen schützt. Im Gegensatz zu einem an bestimmte Unternehmen gebundenen Ausgleich führt die Vorteilsgewährung für die Aufgabenerfüllung unabhängig vom Leistungserbringer nämlich zu einer Wettbewerbssituation zwischen den Marktteilnehmern. Der Ausgleich unabhängig vom Leistungserbringer verschafft dem Wettbewerb daher gegenüber einem unternehmensgebundenen Ausgleich eine verstärkte Bedeutung. Damit kann aber der Ausgleich von tatsächlich entstandenen Kosten, die höher liegen als bei einem Konkurrenten, nicht mehr als zur Gewährleistung der Aufgabenerfüllung im Sinn des Art. 86 Abs. 2 EGV erforderlich angesehen werden.

²¹ Vgl. *Koenig/Kühling*, Totgesagte Vorschriften leben länger: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), S. 677 f.

²² Vgl. Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnr. 29; *Koenig/Kühling*, (Fn. 21), S. 678; *Bauer*, (Fn. 3), S. 10; *Nettesheim*, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 262 f.; vgl. *Koenig*, Editorial: Daseinsvorsorge durch Wettbewerbl., EuZW 2001, S. 481.

²³ Vgl. Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.5.2003, KOM (2003) 270 endg., Rdnr. 29.

²⁴ Vgl. Kommission, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4.

²⁵ Vgl. *Koenig*, (Fn. 22), S. 481.

Anders ist die Situation allerdings zu beurteilen, wenn zum Zeitpunkt der Betrauung lediglich das betraute Unternehmen die fragliche Aufgabe erfüllen kann. Der Ausgleich subjektiver Kosten zur Aufgabenerfüllung ist nämlich erforderlich, wenn zwar potenziell ein Markt für die Dienstleistung existiert, aber zum Zeitpunkt der Betrauung kein (kostengünstigerer) Mitbewerber vorhanden ist. Zumindest kurzfristig gewährleistet dann nämlich nur der Ausgleich der tatsächlich verursachten Kosten des betrauten Unternehmens die Aufgabenerfüllung.

Weder der Gemeinschaftsrahmen noch die Freistellungsentscheidung sehen aber einen Mechanismus zur Ermittlung des am kostengünstigsten agierenden Unternehmens vor. Ohne die Ermittlung des günstigsten Anbieters der Dienstleistung gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV, etwa durch ein Vergabeverfahren, wie es auch im vierten Kriterium der „Altmark Trans“-Entscheidung vorgesehen ist, kann aber nicht festgestellt werden, ob der Ausgleich der subjektiven Kosten für die Aufgabenerfüllung objektiv erforderlich ist. Da die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Auswirkungen ihrer Eingriffe auf den Wettbewerb möglichst gering zu halten, ist vor Ausgleich der subjektiven Kosten eines bestimmten Unternehmens aber zu ermitteln, ob das betraute Unternehmen die Dienstleistung zu den kostengünstigsten Konditionen erbringt bzw. als einziger Anbieter zur Erbringung der Dienstleistung in der Lage ist.

Das bedeutet allerdings nicht, dass damit eine allgemeine Ausschreibungspflicht für Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge eingeführt werden müsste.²⁶ Vielmehr haben die Mitgliedstaaten weiterhin nach den „Altmark Trans“-Kriterien die Möglichkeit, ohne Vergabeverfahren die Kosten der Aufgabenerfüllung nach dem Median-Maßstab auszugleichen. Diese Möglichkeit erscheint angesichts der Beschränkung der Organisationshoheit der Mitgliedstaaten durch das Erfordernis, vor Ausgleich der subjektiven Kosten durch Ausschreibung den Marktpreis zu ermitteln, angemessen. Die Objektivität des Median-Maßstabes beugt einem etwaiigen Missbrauch der Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EGV durch die Mitgliedstaaten vor,²⁷ da so – neben den Maßnahmen der Transparenzrichtlinie – etwa die Quersubventionierung zugunsten von im Wettbewerb ausgeübten Tätigkeitsbereichen der betrauten Unternehmen erschwert wird. Gleichzeitig wird durch die Möglichkeit des Ausgleichs der Kosten nach dem Median-Maßstab dem hohen Aufwand eines Vergabeverfahrens Rechnung getragen.

²⁶ So aber die Kritik von *Jennert*, (Fn. 20), S. 234.

²⁷ Vgl. *Nettesheim*, (Fn. 22), S. 262 f.; *Bauer*, (Fn. 3), S. 10 f.

V. Art. 86 Abs. 3 EGV als Ermächtigung für die Freistellung von der Notifizierungspflicht?

Es stellt sich die Frage, ob Art. 86 Abs. 3 EGV die Kommission überhaupt zur Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV ermächtigt.

Nach der dogmatischen Einordnung des Art. 86 Abs. 2 EGV durch den Europäischen Gerichtshof ist dieser als Ausnahme von der grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in seiner Wirkung mit Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV vergleichbar.²⁸ Da auf Art. 86 Abs. 2 EGV daher das EGBihilfenverfahrensrecht anwendbar ist, bedarf die Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV einer ausdrücklichen Ermächtigung zur Freistellung der Mitgliedstaaten von der Notifizierungspflicht.

Eine solche Ermächtigung könnte Art. 86 Abs. 3 EGV darstellen. Die Norm stattet die Kommission mit Sonderbefugnissen aus, um die Sicherung des Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV zu gewährleisten.²⁹ Die Kommission besitzt nach Art. 86 Abs. 3 EGV auch die Kompetenz zur Rechtsetzung, soweit ein tatbestandlicher Anknüpfungspunkt nach Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV vorliegt und die Regelung verhältnismäßig ist.³⁰ Sie erhält durch Art. 86 Abs. 3 EGV die Befugnis, Richtlinien und Entscheidungen zu erlassen, die erforderlich sind, um die der Kommission in diesem Absatz übertragene Überwachungsfunktion wirkungsvoll zu erfüllen.

Die Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV schränkt aber die Kontrollmöglichkeiten durch die Kommission gerade ein und schwächt damit ihre Überwachungsposition in Bezug auf Ausgleichszahlungen für Gemeinwohldienstleistungen. Daher könnte bereits der tatbestandliche Anknüpfungspunkt nach Art. 86 Abs. 2 EGV fehlen.

Allerdings wurde der Kommission durch Art. 86 Abs. 3 EGV der gesamte Regelungsbereich der Überwachung des Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV übertragen. Das bedeutet, dass die Kommission selbst bestimmt, welche Mittel zur wirkungsvollen Überwachung notwendig sind. Daher hat sie auch die Möglichkeit, ihre Kontrolldichte selbst einzuschränken. Da die Freistellungsentscheidung die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV konkretisiert, ist Art. 86 Abs. 2 EGV auch tatbestandlicher Anknüpfungspunkt der Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 3 der Freistellungsentscheidung.

²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España SA*, Slg. 1994, I-877 = EuZW 1994, S. 346, Rdnr. 21; zu den verfahrensrechtlichen Konsequenzen dieser Einordnung, EuGH, Rs. C-332/98, *CELF*, Slg. 2000, I-4832.

²⁹ Vgl. *Koenig/Kühling*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 86 EGV, Rdnr. 67.

³⁰ *Ibid.*, Rdnrn. 68 und 71 ff.

Es könnten sich darüber hinaus Zweifel an der Regelungskompetenz der Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV aufgrund der in Art. 89 EGV normierten ausdrücklichen Ermächtigung des Rates zur Freistellung ergeben. Gemäß Art. 89 EGV kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments mit qualifizierter Mehrheit Beihilfearten festlegen, die von dem Beihilfenverfahren gemäß Art. 88 EGV ausgenommen werden. Artikel 89 EGV könnte damit gegenüber Art. 86 Abs. 3 EGV die speziellere Vorschrift darstellen. Daraus könnte wiederum eine ausschließliche Zuständigkeit des Rates zur Freistellung der Mitgliedstaaten von der Notifizierungspflicht resultieren. Für diese Sichtweise spricht, dass die strengeren Voraussetzungen des Art. 89 EGV durch Anwendung des Art. 86 Abs. 3 EGV ausgehebelt werden könnten.³¹

Aus den unterschiedlichen Regelungsgehalten ergibt sich jedoch, dass Art. 89 EGV nicht als *lex specialis* zu Art. 86 Abs. 3 EGV anzusehen ist. Vielmehr bestehen die Zuständigkeiten der Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV und des Rates gemäß Art. 89 EGV nebeneinander,³² da sich die jeweiligen Regelungsgegenstände und die jeweils zu erfüllenden Voraussetzungen unterscheiden.³³ Artikel 89 EGV regelt die Durchführung des Beihilfenverfahrens gleich für welche Beihilfenart und für welchen Empfänger. Dagegen ist die Befugnis der Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EGV auf den Erlass von Richtlinien und Entscheidungen beschränkt, die erforderlich sind, um die der Kommission in diesem Absatz übertragene Überwachungsfunktion wirkungsvoll zu erfüllen. Außerdem betrifft Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV nur die Unternehmen, für deren Verhalten die Mitgliedstaaten aufgrund des Einflusses, den sie auf deren Verhalten ausüben können, besondere Verantwortung tragen. Im Vergleich zur Befugnis des Rates nach Art. 89 EGV wird die Kompetenz der Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV innerhalb eines speziellen Anwendungsbereichs und unter Voraussetzungen ausgeübt, die sich aus dem besonderen Gegenstand des Art. 86 EGV ergeben. Daraus folgt, dass die Befugnis der Kommission zum Erlass von Entscheidungen bzw. Richtlinien von den Erfordernissen abhängt, die sich aus ihrer Überwachungsaufgabe ergeben.³⁴ Diese Kompetenz bleibt von etwaigen Rechtsakten des Rates gemäß Art. 89 EGV unberührt.³⁵

³¹ Vgl. *Kingreen*, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilfenrecht, GesR 2006, S. 199; *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, Zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, GesR 2005, S. 344 f.

³² Vgl. EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80, *Transparenzrichtlinie*, Slg. 1982, 2545, Rdnr. 12 ff.; *Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 175; *Koenig/Kühling*, in: *Streinz*, (Fn. 29), Art. 86 EGV, Rdnr. 88; *von Burchard*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV, Rdnr. 109; *Mederer*, in: v. d. *Groeben/Schwarze* (Hrsg.), EU/EG-Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 89 EGV, Rdnr. 1.

³³ Vgl. EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80, *Transparenzrichtlinie*, Slg. 1982, 2545, Rdnr. 12 ff.

³⁴ *Ibid.*, Rdnr. 14.

³⁵ Vgl. *Koenig/Kühling*, in: *Streinz*, (Fn. 29), Art. 86 EGV, Rdnr. 88.

Die Kommission konnte daher die Freistellungsentscheidung auf Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV erlassen. Diese Entscheidung bezieht sich ausschließlich auf Beihilfen an Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV betraut sind. Darüber hinaus dient die Freistellungsentscheidung ausschließlich der Überwachung der Einhaltung des Art. 86 Abs. 2 EGV durch die Mitgliedstaaten.³⁶

VI. Zusammenfassung

Von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache *Altmark Trans* unterscheiden sich Freistellungsentscheidung und Gemeinschaftsrahmen hauptsächlich durch die Festsetzung des maximal zulässigen Ausgleichsbetrages. Zwar dürfen sowohl nach der Rechtsprechung des EuGH als auch nach den Konkretisierungen der Kommission lediglich die Kosten ausgeglichen werden, die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erforderlich sind. Allerdings werden hierbei unterschiedliche Maßstäbe angelegt. Während nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs bei fehlendem Vergabeverfahren lediglich die Kosten ausgeglichen werden dürfen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte, können nach den Konkretisierungen der Kommission alle durch die Erfüllung verursachten Kosten ausgeglichen werden.

Da weder der Gemeinschaftsrahmen noch die Freistellungsentscheidung ein Verfahren zur Ermittlung der Erforderlichkeit des Ausgleichs der Kosten für die Aufgabenerfüllung vorsehen, verstößen diese Rechtsakte gegen den der Regelung des Art. 86 Abs. 2 EGV zugrundeliegenden Grundsatz, nach welchem die Regeln des Wettbewerbs, soweit wie möglich, zur Verwirklichung der Daseinsvorsorge angewendet werden sollen.

Im Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung entbindet die Kommission die Mitgliedstaaten von der gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV bestehenden Notifizierungspflicht für die Einführung neuer bzw. Umgestaltung bestehender Beihilfen auf Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV. Etwaige Zweifel an der Ermächtigung der Kommission für die Freistellung trotz der parallel bestehenden Ermächtigung des Rates gemäß Art. 89 EGV sind allerdings unbegründet. Aus einem Vergleich der beiden Ermächtigungsgrundlagen folgt nämlich, dass zwischen den beiden Kompetenzbestimmungen Unterschiede hinsichtlich des Regelungsgegenstandes und der zu erfüllenden Voraussetzungen bestehen. Sie schließen sich daher gerade nicht gegenseitig aus.

³⁶ Vgl. zum Kompetenzrahmen *ibid.*, Rdnr. 71 ff.