Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Beihilfenrechts

Norbert Tüllmann*

Inhalt

A. Einleitung 470
B. Daseinsvorsorge – Begriffsherkunft und -abgrenzung 472
I. Was sind Leistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Sprachgebrauch? 473
II. Wer erbringt Leistungen der Daseinsvorsorge? 475
III. Wie werden Leistungen der Daseinsvorsorge finanziert? 478
C. Daseinsvorsorge und europäisches Gemeinschaftsrecht 479
I. Art. 16 EGV bzw. Art. 14 AEUV und Art. 36 EGRCh sowie Art. 5 Abs. 2 und Art. 295 EGV 479
II. Art. 87 i.V.m. 86 Abs. 2 Satz 1, 73, 88 Abs. 3 Satz 1 EGV 481
III. Europäisches Sekundärrecht und sonstige EU-Rechtsäußerungen 483
D. Beihilfebegriff, Theorieansätze, EuGH- und EuG-Rechtsprechung 486
I. Begriff der Beihilfe 487
II. Beihilferechtliche Bewertungsansätze zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse 488
1. Rentabilitätsansatz 488
2. Verhältnismäßigkeitsansatz 490
3. Einfacher Rechtfertigungsansatz 491
4. Zusammenhangsansatz 494
5. Qualifizierter Rechtfertigungsansatz 496

* Norbert Tüllmann LL.M. absolviert zurzeit an der Universidad de Montevideo (Uruguay) ein Aufbaustudium zu „Integration und internationalem Handel" und wird dort ab 2009 als freiberuflicher Dozent für Integrationsrecht tätig sein. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit, die der Verfasser im Rahmen des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration" am Europa-Institut der Universität des Saarlandes angefertigt hat. Der Autor dankt ausdrücklich Prof. Dr. Helmuth Schröter als Betreuer dieser Arbeit.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse 496
1. Ältere Rechtsprechung 497
a) „ADBHU" („Association de défense des brûleurs d'huiles usagées") 498
b) „FFSA" („Fédération Française des Sociétés d'Assurances") 500
c) „SIC" („Sociedade Independente de Comunicação") 503
d) „Chronopost/UFEX" 504
2. Neuere Rechtsprechung 507
a) „Ferring" 508
b) „GEMO" 510
c) „Altmark" 511
(1) Gemeinschaftsrechtskonformer Kostenausgleich 512
(2) Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht in Bezug auf den ÖPNV 516
(3) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels 517
(4) Resümee 518
d) „Enirisorse" 519
E. Schlussfolgerung 521
I. Zu den einzelnen Bewertungsansätzen 521
II. Ausblick 523

A. Einleitung

Die Einordnung von Leistungen der Daseinsvorsorge in das Beihilferegime der EG war in den vergangenen Jahren Gegenstand einiger beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) bzw. beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) anhängig gemachten Rechtssachen. Im Kern handelte es sich dabei stets um die Frage, ob die konkrete Finanzierung hinsichtlich ihrer Form bzw. betragsmäßigen Höhe als gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe zu qualifizieren war. Als zentrale Definitionskoordinaten nutzen die mit der Zeit entwickelten, kontroversen Theorieansätze Bewertungsmaßstäbe, die sich recht griffig nach gegebener Verhältnismäßigkeit,[1]

1 EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, Slg. 1985, 531.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einfacher[2] bzw. qualifizierter[3] Rechtfertigung oder erkennbarem Zusammenhang[4] gruppieren lassen. Geprüft wird demzufolge die Relation zwischen dem als Leistung der Daseinsvorsorge Erbrachten und den hierfür staatlich(erseits gewährt)en Finanzhilfen.

Die zentralen Grundnormen des europäischen Primärrechts zu der behandelten Materie finden sich in den Art. 87 sowie 86 Abs. 2 Satz 1, 73, 16 und 5 Abs. 2 EGV [5] und nicht zuletzt in Art. 36 Grundrechte-Charta. Zudem sind verschiedene Regelungen des Sekundärrechts zu berücksichtigen.[6] Daneben haben sich diverse Organe der EG zu dieser Thematik geäußert, allen voran die Kommission mit ihren beiden Mitteilungen aus den Jahren 1996 und 2000 zu Leistungen der Daseinsvorsorge,[7] ihrem „Bericht für den Europäischen Rat in Laeken",[8] ihrem Grünbuch[9] und Weißbuch[10] sowie ihrer Ausgleichsbeihilfenentscheidung[11] und dem dazugehörigen Gemeinschaftsrahmen.[12] Auch das Europäische Parlament hat mit den drei Berichten seines Wirtschafts- und Währungsausschusses[13] und den diesen folgenden Entschließungen[14] bedeutende Wegmarken gesetzt. Diese werden

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

3 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, Slg. 2003, I-7747; sowie EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243.

4 EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, Slg. 2003, I-13769.

5 Der Wortlaut dieser Normen stimmt mit den Formulierungen der noch nicht vollständig ratifizierten, neuen Textversion des Vertrags über die Europäische Union (EUV) sowie des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 1 ganz überwiegend überein. Die wenigen inhaltlichen Änderungen sind für die weiteren Ausführungen unbeachtlich.

6 Z.B. Transparenz RL 2006/111/EG v. 16.11.2006, ABl. Nr. L 318 v. 17.11.2006, S. 17.

7 Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. Nr. C 281 v. 26.9.1996, S. 3 (1. DV-Mitteilung) sowie Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4 (2. DV-Mitteilung).

8 Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 endg. v. 17.10.2001 (Laeken-Bericht).

9 Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg. v. 21.5.2003 (Grünbuch).

10 Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg. v. 12.5.2004 (Weißbuch).

11 Entscheidung Nr. 2005/842/EG v. 28.11.2005, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 67.

12 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, ABl. Nr. C 297 v. 29.11.2005, S. 4.

13 Berichte des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des EP v. 17.10.2001, A5-0361/2001 endg. (Langen-Bericht); v. 9.2.2005, A6-0034/2005 endg. (In't Veld-Bericht); v. 14.9.2006, A6-0275/2006 endg. (Rapkay-Bericht).

14 Entschließung auf Grund des Langen-Berichts, P5_TA(2001)0596; auf Grund des In't Veld-Berichts, P6_TA(2005)0033 v. 22.2.2005, ABl. Nr. C 304 E v 1.12.2005, S. 117; auf Grund des Rapkay-Berichts, P6_TA(2006)0380 v. 27.9.2006.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schließlich ergänzt durch zahlreiche Stellungnahmen und Positionspapiere unterschiedlicher europäischer sowie nationaler Institutionen und Organisationen,[15] in denen sich die Auffassungen und Lobbybemühungen betroffener Interessengruppen widerspiegeln.

B. Daseinsvorsorge – Begriffsherkunft und -abgrenzung

Daseinsvorsorge ist ein mehr als unbestimmter Rechtsbegriff.[16] Er entstammt nicht dem gemeinschaftsrechtlichen Sprachgebrauch, sondern wurde schon im Jahre 1938 durch *Forsthoff* in dessen grundlegendem Werk „Die Verwaltung als Leistungsträger" geprägt.[17]

Beispielhaft für das Begriffsbabylon allein im deutschsprachigen Raum stehen Formulierungen wie Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse, gemeinwohlorientierte Leistungen, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen[18]

---

15 Z.B. WSA Nr. 1999/C 368/17 v. 21.10.1999, ABl. Nr. C 368 v. 20.12.1999, S. 51; Nr. 2002/C 241/23 v. 17.7.2002, ABl. Nr. C 241 v. 7.10.2002, S. 119.

16 Im Ergebnis ist der Begriff Daseinsvorsorge nach *Gröttrup*, Die kommunale Leistungsverwaltung, Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge, 1973, S. 79, als einmal „eingeführte Sammelbezeichnung [...] kaum zu ersetzen" und entfaltet seine Stärke laut *Scheidemann*, Der Begriff der Daseinsvorsorge – Ursprung, Funktion und Wandlung der Konzeption Ernst Forsthoffs, 1991, S. 166, gerade durch die begriffliche „Konturlosigkeit". Kritisch dagegen *Kämmerer*, Strategien zur Daseinsvorsorge, Dienste im allgemeinen Interesse nach der ‚Altmark'-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2004, S. 34; zum historischen Begriff der Daseinsvorsorge siehe *Fischerhof*, ‚Daseinsvorsorge' und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 42; hinsichtlich seiner verwaltungsrechtswissenschaftlichen Relevanz siehe *Badura*, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, S. 625; zu seiner Entwicklung siehe *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 ff.; ausführlich zu Entstehung, Kritik und Entwicklung insgesamt siehe *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge, 2000, S. 25 ff.

17 *Forsthoff* wollte so eine engere Beziehung zwischen Verwaltungsrecht und moderner Verwaltungswirklichkeit schaffen. Mit Daseinsvorsorge meinte er, dass der Einzelne sich – mangels eigener (beherrschter) Kapazitäten und (originärer bzw. zugewiesener) Kompetenzen zur Deckung des Lebensnotwendigen – auf das „Funktionieren [öffentlicher Verwaltungseinrichtungen] verlassen [können] muss", *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 7, 12. Damit griff er die bereits Anfang des 19. Jahrhunderts geprägte Idee von der Verwaltungsaufgabe der „Deckung der Lebensbedürfnisse Aller" (*vom Stein*) im Sinne einer „Vorsorge für das Dasein" (*Hegel*) erneut konkretisierend und diese bzgl. der Teilhabe Einzelner oder etwa der Gefahr individueller Abhängigkeit von staatlichen Leistungen ergänzend (siehe hierzu *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Das Handeln des Staates, § 84, Rdnr. 48) auf.

18 Siehe EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 109.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bzw. Dienste,[19] Universaldienst,[20] öffentlicher Dienst[21] etc. Wirken deren semantische Unterschiede zunächst marginal, verdeutlicht die Gegenüberstellung mit vergleichbaren Termini anderer europäischer Sprachen schnell die Relevanz klarer Differenzierung und die Notwendigkeit gemeinschaftlicher Definitionen. Beispielhaft seien hier der französische *service public* und der englische *public service* zur Daseinsvorsorge ins Verhältnis gesetzt.[22]

I. Was sind Leistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Sprachgebrauch?

Nach Auffassung der Kommission sind Leistungen der Daseinsvorsorge „ein Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftsmodells"[23] und eines dessen

---

19 So die Kommission im „Non-Paper" ihrer GD Wettbewerb, COMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00 (FR) v. 12.11.2002, S. 2.

20 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Definitionskasten, dort zu Universaldienst.

21 Art. 73 EGV sowie Art. 1 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1191/69 v. 26.6.1969, ABl. Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1 (Eisenbahn-/Straßen-/BinnenschiffsverkehrVO). Diese VO wird mit Wirkung zum 3.12.2009 durch die VO (EG) Nr. 1370/07 v. 23.10.2007, ABl. Nr. L 315 v. 3.12.2007, S. 1, aufgehoben und ersetzt.

22 Bei *Doucet/Fleck*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch/Französisch, 6. Aufl. 2002, S. 154, wird Daseinsvorsorge mit „*fait pour l'administration d'assurer le fonctionnement des services publics à caractère industriel ou commercial*" übersetzt. Diese werden bei *Potonnier/Potonnier*, Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel, Bd. II, Französisch/Deutsch, 3. Aufl. 2002, S. 1498, wiederum als „öffentliche (oder staatliche oder staatseigene) Erwerbsbetriebe" übersetzt. „Eine konsolidierende Definition des Begriffs „*service public*" gibt *Breidenstein*, Das Recht des service public in Frankreich, 1969, S. 8. Zur Problematik deutsch-französischer Begriffsabgrenzung siehe *Bußmann*, Die französische Konzeption des service public im Lichte des Art. 90 Abs. 2 EGV, 1999, S. 3 f. Ein Vergleich zwischen „Daseinsvorsorge" und „*service public*" findet sich bei *Püttner*, Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, 2000, S. 45 ff. *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleitungen in Europa, Ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages, 2001, S. 48 ff., bietet darüber hinaus einen guten Überblick zum allgemeinen Begriffsverständnis sowie eine ausführliche Darstellung des „service public"-Instituts. Näheres zur Konzeption des französischen Konzessionsvertrags und dessen deutscher Rezeption erklärt *Blondeau*, La concession de service public, 1930, S. 53 ff., 140 f. Dass es sich demgegenüber beim britischen „*public service*" eher um eine Entsprechung des deutschen Begriffs „öffentlicher Dienst" handelt, geht aus dem Handbuch der Internationalen Rechts- und Verwaltungssprache, Deutsch/Englisch, 1988, S. 60 ff., 116, deutlich hervor. Das angelsächsische Pendant zur Daseinsvorsorge ist dagegen wohl im Begriff der „*public utility*" zu suchen, WSA-1999, (Fn. 15), Ziffer 1.1. Zur traditionellen Verlagerung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und Allgemeinversorgung in romanischen Ländern auf öffentliche Unternehmen siehe *Kallmayer/Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 16 EGV, Rdnr. 1.

23 Vgl. ersten Satz der einführenden Zusammenfassung zur 2. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Rdnr. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„wesentlicher Fundamente".[24] Sie sind demnach „gemeinwohlorientierte Leistungen". Was die Kommission unter Gemeinwohl versteht, legt sie zwar nicht ausdrücklich dar, lässt jedoch erkennen, dass sie die Bereitstellung „qualitativ hochwertige[r] Leistungen zu erschwinglichen Preisen" für die Einwohner Europas „insbesondere [auf dem Gebiet der] Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste" gewährleistet sehen möchte.[25] Diese Leistungen umfassen „marktbezogene oder nicht marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden".[26] Dabei bedeutet die Leistungserbringung im Allgemeininteresse, dass die „Tätigkeiten [...] der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommen" müssen.[27]

Allgemeininteresse und Gemeinwohl sind daher für das weitere Verständnis von zentraler Bedeutung, bilden beide Begriffe doch die Brücke zum Terminus „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse". So lautet denn auch – wörtlich übersetzt – der englische bzw. französische Titel der genannten Kommissionsmitteilung.[28] Um allerdings keinen neuen und zumal inhaltsgleichen Oberbegriff neben dem der Daseinsvorsorge zu schaffen, wurde in der deutschen Fassung ebendiese traditionelle Bezeichnung verwendet.

Enger gefasst sind „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse".[29] Die Einbeziehung des ökonomischen Aspekts soll den Blick gezielt auf eine besondere Teilmenge der Daseinsvorsorgeleistungen lenken, indem sie die Betrachtung auf wettbewerbsrelevante Vorgänge – also „marktbezogene Tätigkeiten" – beschränkt. Deren am Gemeinwohl orientierte Verknüpfung mit spezifischen Verpflichtungen obliegt den Mitgliedstaaten selbst.[30] „Universaldienste" sind dagegen die gemeinwohlorientierten Tätigkeiten speziell in den beiden Versorgungssektoren Telekommunikations- und Postdienste.

---

24 Vgl. Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 1.

25 Vgl. 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Ziffer 1 und Definitionskasten; *Tettinger*, Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?, DVBl. 1997, S. 344.

26 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Definitionskasten; Europäischer Rat von Cannes, 26.-27.6.1995, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, EU-Bulletin 6-1995, Ziffer I.10.

27 Vgl. Schlussanträge GA *van Gerven* zu EuGH, Rs. C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, Nr. 27.

28 Englisch: *Services of general interest*, französisch: *Les services d'intérêt général*.

29 *Kallmayer/Jung*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 16 EGV, Rdnr. 1, benutzen gar die Wendung „Dienstleistungen im gemeinwirtschaftlichen Interesse".

30 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Definitionskasten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Wer erbringt Leistungen der Daseinsvorsorge?

Der Anteil der Kommunen an Ver- und Entsorgungsbetrieben war seit jeher unterschiedlich hoch.[31] Tendenziell nahm die Vergabe von Konzessionen an private Dienstleister stetig zu.[32] Dies führte über den Hebel der quasi-hoheitlichen Versorgungsverpflichtung zu einer weitgehenden Monopolisierung zu Gunsten kommunaler Betriebe bzw. privater Konzessionäre.[33]

Globalisierung und Neoliberalismus sind die Schlagworte, die in neuerer Zeit zur nichtkommunalen Aufgabenwahrnehmung geführt haben. Teils sind es eigennützig fiskalische Motive der Kommunen pro (Rück-)Verlagerung daseinsvorsorglicher Leistungserbringung in den privatwirtschaftlichen Sektor. Teils ist es die „ordnungspolitische Überzeugung vom prinzipiellen Vorrang privater Wirtschaftsbetätigung" oder die „Annahme einer größeren Effizienz privatwirtschaftlicher Aufgabenwahrnehmung".[34]

Dennoch will es keine Kommune riskieren, die Gewährung von Leistungen der Daseinsvorsorge wegen deren Bedeutung allein dem Spiel der Marktkräfte zu überlassen. Zwar soll der freie Wettbewerb dazu führen, dass alle mit allem versorgt werden könnten, doch liegt genau hier das Problem: Könnten, nicht werden. Da es sich aber für den Einzelnen um unverzichtbare Leistungen im Gefüge moderner

---

31 Zur Entwicklung der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, 2000, S. 16 ff. m.w.N. Die Einführung der kommunalen Selbstverwaltung zu Beginn des 19. Jahrhunderts (zunächst in Preußen) in Folge der *vom-Stein/von-Hardenbergschen* Verwaltungsreformen trieb diese Entwicklung stringent voran bis hin zur heutigen „planenden, lenkenden und fördernden Wirtschaftspolitik" dieser staatlichen Organisationseinheiten zur Deckung der Grundversorgungsbedürfnisse ihrer Bürger, vgl. *Huber*, Vorsorge für das Dasein, Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins, in: Schnur (Hrsg.), Fs. für Forsthoff, 1972, S. 141.

32 Z.B. wegen des Mangels der Kommunen an Fachpersonal, technischer Erfahrung bzw. finanzieller Risikobereitschaft innerhalb der ihnen gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten.

33 Vgl. *Hellermann*, (Fn. 31), S. 21; 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Rdnr. 13, 4. Spiegelstrich.

34 Siehe *Hellermann*, (Fn. 31), S. 2 m.w.N. zur Privatisierungspolitik. *Cox*, Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste – Thesen zur Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen in Europa, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Zum Spannungsfeld zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip, 1996, S. 13, sieht zu Recht die europäische Binnenmarktkonzeption vom Wettbewerbsprinzip dominiert, zu erkennen an der rein marktwirtschaftlich orientierten Vermengung von Lenkungs-, Allokations- und Verteilungseffekten mit den Begriffen „Gemeinwohl" bzw. „öffentliches Interesse". *Tettinger*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, in: Cox (Fn. 22), S. 97, 109 f., plädiert für eine auf das Marktfuntionieren bezogene Liberalisierungskontrolle.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesellschaften handelt, reicht diese Ungewissheit nicht aus.[35] Bei unkontrolliertem Wettbewerb müssten die behördlichen Daseinsverantwortlichen vielmehr der Gefahr unzureichender wesentlicher Faktoren des Leistungsangebots gewärtig sein. Vorstellbar wäre etwa, dass Teile der Bevölkerung nicht mit Gemeinwohlleistungen versorgt würden, wenn z.B. die „Kostenbedingungen [...] außerhalb des Rahmens der üblichen kommerziellen Bedingungen" liegen.[36] Preisgestaltung, Produktqualität und Flächendeckung sind entsprechende Kriterien.[37]

Die mögliche Folge einer sektoralen Unterversorgung bestimmter Bevölkerungsgruppen, nach geografischen oder pekuniären Gesichtspunkten unterschieden, führte mittel- bzw. längerfristig zu einer Gefährdung des sozialen Zusammenhalts – entgegen den Vorstellungen von einem „europäischen Sozialmodell".[38] Auch stünde eine solche Entwicklung in direktem Widerspruch zu der in Art. 2 EGV als Vertragsziel[39] normierten „Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität".

---

35 Im Ergebnis hiermit übereinstimmend, billigt auch die Kommission „Interventionen des öffentlichen Sektors" zur Aufrechterhaltung der Versorgung der Bevölkerung mit Gemeinwohldienstleistungen, siehe hierzu Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 3.

36 Vgl. Anhang III Abs. 4 Ziffer ii RL 97/33/EG v. 30.6.1997, ABl. Nr. L 199 v. 26.07.1997, S. 32 (TelekommunikationsRL) sowie schon früher Art. 2 Abs. 1 Eisenbahn-/Straßen-/Binnenschiffsverkehr VO oder Art. 2 lit. o) VO (EWG) Nr. 2408/92 v. 23.7.1992, ABl. Nr. L 240 v. 24.8.1992, S. 8 (FlugverkehrsVO).

37 *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, (Fn. 17), § 80, Rdnr. 29, erkennt in diesen Faktoren gleichsam Rechtfertigungsgründe für eine kommunale Leistungserbringung, „wenn eine gleichwertige Versorgung von privater Seite nicht zu erwarten ist." Stichwort „flächendeckende Bereitstellung von Dienstleistungen": bankenaufsichtsrechtliche Problematik öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Deutschland, vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Struktur der kommunalen Sparkassen, Stellungnahme v. 20.1.2004, http://www.dsgv.de/de/presseforum/stellungnahmen.html (17.9.2008); siehe auch EuGH, verb. Rs. 188/80 bis 190/80, *Transparenzrichtlinie*, Slg. 1982, 2545; bzw. Sicherstellung täglicher Postzustellung in dünn besiedelten oder abgelegenen Gebieten, vgl. *Immenga*, Grenzen des Wettbewerbs auf deregulierten Märkten – Generalbericht, in: Blaurock (Hrsg.), Grenzen des Wettbewerbs auf deregulierten Märkten, Tagungsband Graz 1997, 1. Aufl. 1999, S. 75; *Mestmäcker*, Zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb – Möglichkeiten und Grenzen der Wettbewerbspolitik (1990), in: ders., Recht in der offenen Gesellschaft, 1993, S. 668; *Cox*, (Fn. 22), S. 13, 16.; zum Meinungsspektrum in der juristischen Literatur *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 28, Fn. 220; *Montag/Leibenath*, Finanzierung öffentlicher Unternehmen und EG-Beihilfenrecht, EWS 2003, S. 409; *Schwarze*, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, EuZW 2001, S. 481; *Hartwig*, Der Staat als Unternehmer: zur Rolle der öffentlichen Unternehmen in der Sozialen Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft – Ordnungstheoretische Grundlagen, Realisierungsprobleme und Zukunftsperspektiven einer wirtschaftspolitischen Konzeption, 1998, S. 655; *Nicolaides*, Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law, EStAL 2003, S. 190.

38 WSA-1999, (Fn. 15), Ziffer 1.4.1. Dabei handelt es sich um einen Vorläufer zu dem unter B.I. genannten Schlüsselbegriff des „europäischen Gesellschaftsmodells".

39 Zur Qualifizierung der in Art. 2 EGV genannten „Aufgaben" als „Vertragsziele" siehe *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 2 EGV, Rdnr. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schließlich verbriefen Europäische Union bzw. Gemeinschaft in den Präambeln zum EUV und EGV[40] sowie in Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. k) i.V.m. 158 ff. EGV die Förderung bzw. Sicherung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der Mitgliedstaaten und deren Völker. Im Zuge der Liberalisierung vormals monopolbewehrter Wirtschaftssektoren muss seitens der Verwaltung daher Sorge getragen werden, dass eine solche Unterversorgung von Bevölkerungsteilen ausgeschlossen werden kann.[41] Hier kommen zwei Lösungsmöglichkeiten in Betracht: Vornahme der Leistungserbringung durch kommunale Eigenbetriebe oder durch beauftragte Private. Die Qualifizierung einer Leistung als solche von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse rechtfertigt jedoch nicht deren generelle, sondern höchstens deren subsidiäre Erbringung durch öffentliche Unternehmen.[42]

„Marktversagen"[43] bzw. „Störanfälligkeit des Wettbewerbs"[44] sind heutzutage die maßgeblichen Rechtfertigungsszenarien[45] für die Existenz und den Betrieb öffentlicher Unternehmen.[46] Daher wird „unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere wenn durch die Kräfte des Marktes keine zufriedenstellende Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge erzielt wird", geduldet, dass „Behörden bestimmten Leistungserbringern Pflichten im allgemeinen Interesse auferlegen und ihnen, falls nötig, besondere oder ausschließliche Rechte übertragen und/oder einen Finanzierungsmechanismus entwickeln, der ihnen die Erbringung der Leistungen ermöglicht."[47] Diese Delegationsmöglichkeit kommunaler Gemeinwohlverpflichtungen ist als behördliches Instrument zur Aufrechterhaltung des Marktes durch beauftragte Unternehmen zu deuten.[48] Entsprechend ist nach Auffas-

---

40 Erwägungsgrund 8 EUV: „In dem festen Willen, im Rahmen [...] der Stärkung des Zusammenhalts [...] den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker [...] zu fördern [...]". Erwägungsgrund 2 EGV: „Entschlossen, durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Länder zu sichern, [...]".

41 Vgl. z.B. Erwägungsgrund 13 RL 96/92/EG v. 19.12.1996, ABl. Nr. L 27 v. 30.1.1997, S. 20 (ElektrizitätsRL).

42 Vgl. *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, (Fn. 17), § 80, Rdnr. 28 i.V.m. Rdnr. 16; zur Rolle öffentlicher Unternehmen im Gemeinsamen Markt *Ambrosius*, Services public, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste?, Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: Cox, (Fn. 22), S. 15, 36 ff.

43 Vgl. WSA-1999, (Fn. 15), Ziffer 1.4.1.; *Cox*, (Fn. 22), S. 13, 16; *Hartwig*, (Fn. 37), S. 659 f.

44 Vgl. Erwägungsgrund 8 Satz 3 TransparenzÄndRL.

45 Vgl. *Nicolaides*, (Fn. 37), S. 190.

46 Die exakte Definition findet sich in Art. 2 Abs. 1, 2. Spiegelstrich TransparenzRL 1980; a.A. *Fischerhof*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 307, der selbst für den Fall, dass Kommunen die Betreibergesellschaften beherrschen, die öffentliche Versorgung grds. im privatwirtschaftlichen Sektor angesiedelt sieht.

47 2. DV-Mitteilung, (Fn. 7), S. 3.

48 *Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Entwicklungsbeiträge unter dem Grundgesetz, 1985, S. 238, spricht sogar von einer „Abbürdung von Verwaltungsaufgaben auf Private".

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sung des Verfassers die Kommissionsdefinition zu Leistungen der Daseinsvorsorge zu Gunsten der Leistungserbringung durch nicht öffentliche Unternehmen auszulegen, wiewohl die Kommission sich ausdrücklich für eine Neutralitätswahrung bzgl. Unternehmens- und Personalorganisation ausspricht.[49] Doch andernfalls wäre die Notwendigkeit einer „Verknüpfung mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen" auf Grund des im Unternehmenszweck verankerten öffentlichen Auftrags von vornherein nicht gegeben.[50]

III. Wie werden Leistungen der Daseinsvorsorge finanziert?

Hauptziel der öffentlichen Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge ist die Sicherstellung deren Erbringung. Eine mögliche Versorgungslücke soll durch ergänzende öffentliche Leistungsfinanzierung geschlossen werden, die somit eventuell entgegenstehende Marktaspekte, wie etwa mangelnde Rentabilität, neutralisiert.[51] Die Finanzierung solcher Leistungen kann beispielsweise in Gestalt der Zahlung einer vertraglichen Vergütung als Entgelt für das in öffentlichem Auftrag Erbrachte erfolgen, als Zahlung jährlicher Zuschüsse, steuerlicher Vorzugsbehandlung oder geringerer Sozialabgaben.[52] Diese ambivalente Ausrichtung – finanzielle Zuwendungen einerseits, Ausgabenreduzierung andererseits – hat zur Folge, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe gemäß Art. 87 ff. EGV über den der bloßen Subvention hinausgeht.[53]

---

49 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Rdnr. 16.

50 Für Deutschland kann hier vom Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags" ausgegangen werden, da es den Kommunen obliegt, sich im Rahmen einer Beteiligung an einem öffentlichen Unternehmen einen „angemessenen Einfluss" zu verschaffen, vgl. § 65 Abs. 1 Ziffer 3 Bundeshaushaltsordnung sowie die mindestens in diesem Punkt wortgleichen Normen der deutschen Bundesländer, z.B. § 65 Abs. 1 Ziffer 3 Landeshaushaltsordnung Baden-Württemberg. Der „öffentliche Auftrag" ist daher als satzungsimmanentes Element öffentlicher Unternehmen zu werten, vgl. *Merk/von Kortzfleisch*, Gemeindliche Daseinsvorsorge in neuerer Sicht, Die Grenzen des Wachstums, S. 13 f.; oder spezialgesetzlich ausdrücklich vorgesehen, beispielsweise in § 6 Abs. 2 Sparkassengesetz für Baden-Württemberg v. 4.7.1967, GBl. für Baden-Württemberg v. 7.7.1967, S. 104 ff., oder § 2 Abs. 2 Gesetz über die Landesbank Baden-Württemberg v. 11.11.1998, GBl. für Baden-Württemberg v. 20.11.1998, S. 589 ff.

51 Vgl. *Mestmäcker*, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Recht in der offenen Gesellschaft, 1. Aufl. 1993, S. 220.

52 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 92. Bis auf die von ihm selbst angeführte Vergütungszahlung greift *Jacobs* damit die bereits im Laeken-Bericht, (Fn. 8), Ziffer 18, seitens der Kommission genannten Finanzierungsformen auf. *Ipsen*, (Fn. 48), S. 233, unterscheidet aus Sicht des „betroffenen Privaten" nach Entschädigung, Vergütung, Entgelt und Aufwendungsersatz für die erbrachte Verwaltungsleistung. Eine synoptische Darstellung der wesentlichen Finanzierungsmodi findet sich in der Veröffentlichung des Europäischen Zentralverbands der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) sowie des Internationalen Forschungs- und Informationszentrums für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (CIRIEC), Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Europa – Regulierung, Finanzierung, Evaluierung, vorbildliche Praktiken, 2000, S. 104 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Daseinsvorsorge und europäisches Gemeinschaftsrecht

Im gesamten europäischen Primär- und Sekundärrecht taucht der Begriff „Daseinsvorsorge" kein einziges Mal auf. Statt dessen ist die Rede von den bereits dargestellten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse". Hierbei handelt es sich gewissermaßen um den gemeinschaftsarithmetisch kleinsten gemeinsamen Nenner. Dieses Begriffsmammut ermöglicht die Neutralisierung unterschiedlicher Begriffsdeutungen der verschiedenen Rechtskreise Europas auf der obersten Regelungsebene.

I. Art. 16 EGV bzw. Art. 14 AEUV[54] und Art. 36 EGRCh sowie Art. 5 Abs. 2 und 295 EGV[55]

Artikel 16 EGV ist die jüngste primärrechtliche Vorschrift, die sich Dienst(leistung)en[56] von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse widmet[57] und gleichzeitig eine erste Orientierung hinsichtlich dieser Thematik gewährt. Er normiert eine

---

53 Vgl. EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, I-902, Rdnr. 13.

54 Art. 14 AEUV stimmt inhaltlich ganz überwiegend mit Art. 16 EGV überein. Die inhaltlich nur sehr geringfügigen Modifizierungen sind für die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge unbeachtlich.

55 Nach Inkrafttreten des EU-Reformvertrags sind Art. 5 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 345 AEUV einschlägig. Die inhaltlich nur marginalen Abänderungen bedingen keine abweichende Betrachtung des künftigen Regelungsgehalts. Der Verweis auf das Protokoll Nr. 2 zum AEUV hat lediglich Klarstellungscharakter, da mit Protokoll Nr. 21 zum EGV bereits konkretisierendes Primärrecht existierte. Neu gefasst wurde vor allem das Moment der institutionellen Überprüfbarkeit der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips insbesondere auch durch die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten.

56 Art. 16 EGV spricht tatsächlich nur von „Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse", was aber keine zusätzliche Begriffskategorie schafft. Zur Gleichstellung von Art. 16 und 86 EGV bzgl. des Dienstleistungsbegriffs siehe *Kallmayer/Jung*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 16 EGV, Rdnrn. 2, 8; sowie ausdrücklich die Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Nr. 2001/C 320/04, ABl. Nr. C 320 v. 15.11.2001, S. 5, Fn. 3 (Rundfunk-Mitteilung).

57 Für *Ross*, Article 16 E.C. and Services of General Interest: From Derogation to Obligation, ELRev 2000, S. 29, ist der „neue" Art. 16 EGV das normative Ergebnis des bereits vorher judikativ eingeschlagenen Weges. Zu dessen genereller Bedeutung *ders.*, S. 38. Besonders hervorgehoben wurde Art. 16 EGV durch die Erklärung Nr. 13 zum Vertrag von Amsterdam, ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 133. Bis zur Amsterdamer Regierungskonferenz gab es bis auf die 1. DV-Mitteilung der Kommission zur Daseinsvorsorge sowie der Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Cannes kaum sachdienliche Materialien. Der Erklärungszusatz „unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofs" fungierte als Kommentierungsjunktim. Dadurch wurde die EuGH- (und EuG-)Jurisdiktion zwar nicht zur Maxime *per se* erhoben, wohl aber ihre wegweisende Rolle auch bzgl. Gemeinwohldienstleistungen anerkannt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Neubewertung des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses" gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV zu Gunsten von Gemeinwohlleistungen,[58] indem er „Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren" der Leistungsvornahme auch mit Blick auf die Vertragsziele „sozialen und territorialen Zusammenhalts" ausdrücklich fordert. Hierdurch bekräftigt Art. 16 EGV die Sicherstellung daseinsvorsorgender Leistungserbringung und verbrieft somit das Prinzip – zumindest subsidiärer – kommunalwirtschaftlicher Daseinsvorsorge.[59] Sollte die Bereitstellung entsprechender Dienstleistungen allein dem Wettbewerb überlassen werden, wäre dieser Bestandteil der Vorschrift nicht erforderlich.[60] Indirekt folgt hieraus die Legitimierung der öffentlichen Finanzierung gemeinwohlorientierter Leistungserbringung. Kann der Markt den allgemeinen Daseinsbedarf nicht befriedigen, greift die subsidiäre kommunalwirtschaftliche Vorsorgedeckung. Auch für deren finanzielle Absicherung haben „die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse" Sorge zu tragen – unter Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips. Mit Art. 14 AEUV wird ab dem Inkrafttreten des EU-Reformvertrags eine neue Primärrechtsgrundlage gelten und vor allem eine Pointierung auf Funktionsgrundsätze und -bedingungen „insbesondere [...] wirtschaftlicher und finanzieller Art" sowie einen expliziten „Verordnungsvorbehalt" mit sich bringen.

In Art. 36 EGRCh findet sich der zu Art. 16 EGV komplementäre, quasi grundrechtsgleiche Individualanspruch auf Erbringung der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.[61] Durch ihn lässt sich das „Ob" einer öffentlichen Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge begründen, nicht hingegen das „Wie". Dadurch, dass die Europäische Union das Zugangsrecht zu entsprechenden Dienstleistungen explizit „anerkennt und achtet", drückt sie den mitgliedstaatlichen Willen zur Neutralisierung drohender Versorgungslücken durch öffentliche Leistungsfinanzierung aus.

Artikel 5 Abs. 2 sowie 295 EGV enthalten Zuständigkeitsregelungen in Bezug auf Leistungen der Daseinsvorsorge. Demnach ist die Besorgung der Funktionstüchtigkeit gemeinwohlorientierter Dienste *qua* Rechtsgrundverweis in Art. 16 EGV entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip primär den Mitgliedstaaten vorbehalten.[62]

---

58 Vgl. *Schwarze*, (Fn. 16), S. 336.

59 Ibid., S. 339, geht insoweit von einem in Art. 16 EGV niedergelegten „Gebot zur verstärkten Rücksichtnahme auf die dort erwähnten Dienste der Daseinsvorsorge" aus.

60 So auch *Löwenberg*, (Fn. 22), S. 308 f., der für diesen Fall sogar von einer „Leerformel" spricht und im Übrigen Art. 16 EGV als Auslegungshilfe hinsichtlich unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen des Rechts der Daseinsvorsorge qualifiziert sowie die Norm insoweit auch für justitiabel erklärt.

61 Schon *Fischerhof*, (Fn. 46), S. 306, versteht „öffentliche Versorgung" im Sinne einer „Allgemeinzugänglichkeit".

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ebenso wird die Organisation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – insbesondere die Entscheidung zwischen privater oder öffentlicher Trägerschaft – der mitgliedstaatlichen Sphäre bis auf die Beigabe gemeinschaftsweit einheitlicher Orientierungshilfen zugewiesen.[63]

In dem Maße, wie die Gestaltung der Funktionsgrundsätze und -bedingungen Sache der Mitgliedstaaten ist, ist es auch die Finanzierung der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen. Der Gemeinschaft wird mit Art. 86 Abs. 3 EGV aber eine „Überwachungsaufgabe"[64] zugestanden. Insoweit obliegt der Kommission die Prüfung der Vertragskonformität von Finanzierungsmodalitäten im Rahmen der Art. 87 i.V.m. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV.

II. Art. 87 i.V.m. 86 Abs. 2 Satz 1, 73, 88 Abs. 3 Satz 1 EGV[65]

Der Gemeinsame Markt bzw. europäische Binnenmarkt soll durch den Verbotstatbestand[66] des Art. 87 Abs. 1 EGV mit seinen auf Gemeinwohldienstleistungen bezogenen Schrankennormen Art. 86 Abs. 2 Satz 1 und 73 EGV vor Verfälschungen des Wettbewerbs und daraus resultierenden Handelsbeeinträchtigungen bewahrt werden.[67] Hinsichtlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen

---

62 Laut *Schink*, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 137, sehen die meisten deutschen Kommunalverfassungen weit darüber hinausgehende, eigene Subsidiaritätsregelungen vor, wonach die Gemeinden sich nur dann wirtschaftlich selbst betätigen dürfen, wenn der mit der Leistungserbringung verfolgte Zweck „‚nicht besser oder wirtschaftlicher' oder ‚nicht ebenso gut oder wirtschaftlich' durch andere Unternehmen erfüllt werden kann."

63 Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 295 EGV, Rdnr. 11; Laeken-Bericht, (Fn. 8), Ziffer 18. Nach *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 663, Ziffer 16, dürfen die Mitgliedstaaten aber nicht versuchen, sich durch die ausdrückliche Qualifizierung eines Unternehmens als „öffentliches" dem Anwendungsbereich der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu entziehen. So auch *Montag/Leibenath*, (Fn. 37), S. 403. Zu Art. 295 EGV vgl. Erwägungsgrund 11 ElektrizitätsRL, (Fn. 41).

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

65 Durch den EU-Reformvertrag werden sich hauptsächlich nur die Nummerierungen ändern. Aus Art. 73 EGV wird Art. 93 AEUV; Art. 86 EGV wird zu Art. 106 AEUV; Art. 87 EGV zu Art. 107 AEUV und Art. 88 EGV zu Art. 108 AEUV. Inhaltliche Änderungen haben für die vorliegende Untersuchung keine Relevanz.

66 Siehe *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 7 m.w.N. *Mederer*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1999, Art. 92 EGV, Rdnr. 2, geht jedenfalls bzgl. Neubeihilfen von einem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" aus. Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art. 87 Abs. 1 EGV wird insgesamt stellvertretend auf *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV verwiesen; bzgl. der Prüfungsreihenfolge siehe insbesondere EuGH, Rs. C-280/00, Altmark, (Fn. 3), Rdnr. 75; sowie EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139, Rdnr. 33.

67 Zum Kausalzusammenhang siehe *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 28, zu den Tatbestandsvoraussetzungen und -details der Art. 86 und 73 EGV siehe die entsprechenden Kommentierungen bei Calliess/Ruffert, (Fn. 22).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interesse sieht Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV für Unternehmen, die mit ebensolchen Gemeinwohlleistungen betraut sind, eine sogenannte „Bereichsausnahme" gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregime vor[68] und stellt so in Verbindung mit Art. 16 EGV die europäische Erfüllungsgarantie gemeinwohlorientierter Leistungspflichten dar.[69] Demnach sind Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels bis zu einem bestimmten Maß geduldet, wenn nicht sogar erwünscht, um die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen im Sinn des Art. 16 EGV sicherstellen zu können.[70] Nur so lässt sich auch die Entscheidung der Kommission zur Gewährung von Beihilfen als Kostenausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse deuten.[71] Eine Sonderrolle nehmen in diesem Zusammenhang die sogenannten Gruppenfreistellungsverordnungen wie etwa für Ausbildungs-, Beschäftigungs-, „De-minimis"- und Regionalbeihilfen sowie für Beihilfen zu Gunsten kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), für Investitions- und Umweltschutzmaßnahmen[72] ein. Die allgemeine Notifizierungsverpflichtung des Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV bildet einen

68 So schon *Ipsen*, (Fn. 63), S. 664, Ziffer 19; sowie *Koenig/Kühling*, Totgesagte Vorschriften leben länger: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 166 (2002), S. 663; *Hochbaum*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 66), Art. 90 EGV, Überschrift zu Rdnr. 49 ff.; *Mestmäcker*, (Fn. 51), S. 191; sowie *ders*., Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 645, duldet demgegenüber ausdrücklich keine Sonderstellung des öffentlichen Sektors. So auch *Emmerich*, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 2, 2001, H. II, Rdnr. 158, sowie *Hochbaum*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 66), Art. 90 EGV, Rdnr. 49. *Hochbaum/Klotz*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 86 EGV, Rdnr. 73 legen den Begriff der Bereichsausnahme „strikt marktbezogen" auf den jeweiligen Tätigkeitssektor aus.

69 *Ipsen*, (Fn. 63), S. 664, Ziffer 19, spricht vom „Spezialstatut der öffentlichen Unternehmen".

70 Vgl. EuGH, Rs. C-320/91, *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 14, 16; sowie EuGH, Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 46. Möglich ist demnach, dass Leistungen der Daseinsvorsorge so lange von damit betrauten, mit besonderen Rechten ausgestatteten öffentlichen Dienstleistern zu erbringen sind, wie dies durch wettbewerbliche Alternativanbieter nicht zu „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen" gewährleistet werden kann – letztlich sogar um den Preis Wettbewerb verzerrender, unternehmensinterner Gegenfinanzierungen.

71 Ausgleichsbeihilfenentscheidung, (Fn. 11).

72 Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 24. Seit dem 29.8.2008 gilt die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, VO (EG) Nr. 800/2008 v. 6.8.2008, ABl. Nr. L 214 v. 9.8.2008, S. 3 (AGFVO). Sie regelt über die bereits benannten Geltungsbereiche weitere spezifizierte Sektoren, wie die Förderung junger, innovativer Unternehmen bzw. von Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen etc. Damit existiert eine bis auf wenige Ausnahmen umfassende, einheitliche Rechtsgrundlage für die Beihilfegewährung. Die Freistellung von „De-minimis"-Beihilfen ist allerdings gesondert geregelt, VO (EG) Nr. 1998/2006, ABl. Nr. L 379 v. 28.12.2006, S. 5. Diese kann gem. Art. 7 AGFVO parallel erfolgen, darf aber zu keiner Kumulierung mit den von der AGFVO erfassten Beihilfen führen. Ausführlich noch bzgl. der vormals sektoriellen Einzelregelungen *Bartosch*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht, NJW 2001, S. 924 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Kulminationspunkte bezüglich des Streits über die im weiteren Verlauf untersuchten Theorieansätze. Wird Art. 86 Abs. 2 EGV als Vereinbarkeitstatbestand bzw. Legalausnahme verstanden, kommt Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV erst gar nicht zur Anwendung.

III. Europäisches Sekundärrecht und sonstige EU-Rechtsäußerungen

Auf der sekundärrechtlichen und weiter nachgeordneten europäischen Regelungsebene bemühten sich Ministerrat, Kommission und Parlament im Rahmen ihrer Zuständigkeiten redlich um die Identifikation und Definition der einzelnen Daseinsvorsorgebereiche, Dienstleistungsarten und -prozeduren sowie deren jeweilige Erbringer und Empfänger. Des Weiteren wurde stringent an dem Vorantreiben eines Normativierungsprozesses gearbeitet. Dieser widmete sich konkreten Sektoren sowie der allgemeinen Ausarbeitung von Leitfäden, z.B. in Gestalt der eingangs bereits erwähnten Mitteilungen der Kommission und deren Grün- und Weißbuch sowie mittels der jeweiligen Stellungnahmen und Einschätzungen hierzu.

Als sektorspezifische Regelungen seien hier beispielsweise die konkreten Gemeinwohlverpflichtungen bzgl. Preisgestaltung, Produktqualität und Flächendeckung genannt.[73] Mit Blick auf sekundärrechtliche Bestimmungen zur Finanzierung gemeinwohlverpflichtungsbedingter Aufwendungen alternieren die Vorschriften zwischen einer Einnahmesubstituierung durch die öffentliche Hand,[74] einer wettbewerbsorientierten, marktbezogenen Finanzierung durch die Endverbraucher auf Grund einer leistungsabhängigen Bepreisungspolitik[75] und schließlich einem Umlagefinanzierungssystem zur Teilung der Kosten unter den am Markt agierenden Leistungserbringern.[76]

---

73 Z.B. Eisenbahn-/Straßen-/BinnenschiffsverkehrVO bzw. VO (EG) Nr. 1370/07, (Fn. 21); Kommissionsvorschlag einer VO zum Personenverkehr, KOM (2000) 7 endg. v. 26.7.2000, ABl. Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 169; FlugverkehrsVO, (Fn. 36); VO Nr. 3577/92 v. 7.12.1992, ABl. Nr. L 364 v. 12.12.1992, S. 7 (SeekabotageVO); TelekommunikationsRL, (Fn. 36); RL 98/10/EG v. 26.2.1998, ABl. Nr. L 101 v. 1.4.1998, S. 24 (SprachtelefondienstRL); RL 97/67/EG v. 15.12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. Nr. L 15 v. 21.1.1998, S. 14 (PostdiensteRL); ElektrizitätsRL, (Fn. 41); Entscheidung Nr. 1254/96/EG v. 5.6.1996, ABl. Nr. L 161 v. 29.6.1996, S. 147; RL 98/30/EG v. 22.6.1998, ABl. Nr. L 204 v. 21.7.1998. S. 1.

74 Vgl. Art. 6 Abs. 2 Eisenbahn-/Straßen-/BinnenschiffsverkehrVO sowie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/07, (Fn. 21). Vgl. zudem Art. 4 Abs. 2 Satz 2 SeekabotageVO, (Fn. 73), sowie Art. 3 Ziffer 2 VO (EWG) Nr. 1107/70 v. 4.6.1970, ABl. Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1. Auch die VO (EWG) Nr. 1107/70 wird durch die VO (EG) Nr. 1370/07 mit Wirkung zum 3.12.2009 aufgehoben und ersetzt.

75 Vgl. Art. 17 Abs. 1 und 2 ElektrizitätsRL sowie Art. 15 Abs. 1 ErdgasRL.

76 Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 3 SprachtelefondienstRL.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als sekundärrechtlich normierte Freistellungsvoraussetzungen für die Nichtanwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfevorschriften der Art. 87 und 88 EGV sind vor allem die bereits erwähnten Gruppenfreistellungsverordnungen zu nennen. Diese regeln anhand der Festlegung absoluter oder relativer Schwellenwerte bzw. einer Kombination aus beiden bezüglich bestimmter Finanzhilfen oder einzelner Beihilfegruppen, bis zu welcher maximalen „Beihilfeintensität" die konkrete Gruppenfreistellung zum Tragen kommt.[77]

Die Entscheidung über Kostenausgleichsbeihilfen für Daseinsvorsorgeunternehmen sowie der Gemeinschaftsrahmen der Kommission zu gemeinwohlorientierten Leistungen nehmen schließlich die Bestimmung der Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit Art. 86 Abs. 2 EGV bzw. dem Gemeinsamen Markt an sich vor und regeln die entsprechende Befreiung dieser Maßnahmen von der Notifizierungsverpflichtung des Art. 88 Abs. 3 EGV. Im Kern der Ausgleichsbehilfeentscheidung finden sich unter anderem Vorgaben für eine gemeinschaftsrechtskonforme Ausgleichsberechung.[78]

Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl nachrangiger, rechtlich unverbindlicher Meinungsäußerungen verschiedenster europäischer und mitgliedstaatlicher Einrichtungen. Stellvertretend werden im Folgenden vor allem die beiden zentralen, einschlägigen Mitteilungen der Kommission hervorgehoben.

Auf Veranlassung des Europäischen Rats von Cannes gab die Kommission 1996 ihre erste Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge heraus.[79] Hierdurch sollte die Vereinbarkeit von Wettbewerb und Allgemeininteresse bekräftigt werden. Neben dem gemeinschaftsweit ersten Versuch einer einheitlichen Begriffsfindung stellte die Kommission Neutralität, Gestaltungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit als grundlegende Gemeinwohlleistungprinzipien vor.[80] Des Weiteren führte sie darin aus, dass heutzutage – anders als in der Nachkriegszeit – für die Unterhaltung und Weiterentwicklung der Versorgungsnetze eine privatwirtschaftliche Finanzierung leichter zu mobilisieren sei als eine durch öffentliche Mittel.[81] Gewissermaßen als Regulierungsmaßstab führte sie dann das in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV „implizit verankerte" Verhältnismäßigkeitsprinzip an. Damit eröffnete die

77 Siehe etwa Art. 6 AGFVO, der das „Bruttosubventionsäquivalent" zum Vergleichsmaßstab wählt. Zu relativen Schwellenwerten siehe z.B. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 sowie Abs. 9 lit. a) und b) AGFVO bzgl. „Regionaler Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen" oder Art. 31 Abs. 3 AGFVO bzgl. „Beihilfen für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben", zum Mix aus relativen und absoluten Schwellenwerten etwa Art. 16 Abs. 4 AGFVO.

78 Vgl. Art. 5 Abs. 1 Ausgleichsbeihilfeentscheidung, (Fn. 11).

79 Siehe Fn. 7.

80 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Ziffern 16 ff. und 19 ff. Übersichtlicher in der 2. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Ziffer 20 ff.

81 Vgl. 1. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Ziffer 13, 3. Spiegelstrich.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kommission sich die Möglichkeit, „finanziellen [Ausgleichs-]Zwängen" auf Seiten der Mitgliedstaaten in Verbindung mit der Darbringung von Gemeinwohlleistungen gemeinschaftsrechtskonform begegnen zu können.[82]

Die Mitteilung aus dem Jahre 2000 war ein Fortschrittsbericht zu Liberalisierungsmaßnahmen in den verschiedenen Dienstleistungssektoren sowie eine Darstellung der Einschätzung zur Dienstequalität aus Verbrauchersicht.[83] Zudem stellte sie Mechanismen zur Qualitätssicherung von Daseinsvorsorgeleistungen wie etwa Netzsicherheit und -zuverlässigkeit, Versorgungssicherheit, Netzzugangsanspruch und Leistungsstandards vor.[84] Hinsichtlich der Finanzierung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen stellte die Kommission maßgeblich darauf ab, ob die konkrete Daseinsvorsorgeaufgabe geeignet ist, durch alle Anbieter im Markt oder nur durch einige wenige bzw. einen einzelnen Dienstleister erbracht zu werden.[85] Schließlich verlangte die Kommission eine zumindest subsidiär verfügbare öffentliche Finanzierung von Gemeinwohldienstleistungen, da ohne eine solche *ultima ratio* bestimmte Aspekte der Daseinsvorsorge im Ergebnis nicht aufrechtzuerhalten seien.

Der Forderung des Europäischen Rats von Nizza, grundlegende Verfahrensvorschriften (*policy framework*) bezüglich der Bewilligung staatlicher Beihilfen an Daseinsvorsorgeleister zu erarbeiten, kam die Kommission in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken im Dezember 2001 nach.[86] Die Präzisierung von Berechnungsmodalitäten für Ausgleichszahlungen, die Gemeinwohldienstleistern gewährt werden, erbrachte sie sodann in einem *Non-Paper* genannten Diskussionspapier.[87] Dabei ging sie – gestützt auf die Rechtsprechung von EuGH und EuG – von einem „Ausgleich in Höhe der im Rahmen der Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages anfallenden Mehrkosten" aus, der den Anspruch des betrauten Unternehmens „auf eine normale Rendite" wahre.[88] Auf der Grundlage eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens könne der günstigste unter mehreren leistungsfähigen, konkurrierenden Wettbewerbern ermittelt werden. Dies ermögliche die Bemessung der Ausgleichsleistung auf Marktpreisniveau ohne Überkompensierung.[89] Allerdings bedürfe es hier einer besonders sorgfältigen Überprüfung der

---

82 Ibid., Ziffer 21.

83 2. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Ziffern 37-53 sowie Anhang I.

84 Ibid., Anhang I.

85 Ibid., Ziffer 15 ff.

86 Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 6.

87 Vgl. Non-Paper, (Fn. 19), Rdnr. 84 ff.

88 Ibid., Rdnr. 83.

89 Vgl. ibid., Rdnr. 87. Der die Überkompensierung darstellende Ausgleichsanteil ist als staatliche Beihilfe zu werten und unterliegt somit jedenfalls den Regelungen der Art. 86-88 EGV, vgl. ibid., Rdnr. 97 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ertrag-Kosten-Differenz mit Blick auf Zeitpunkt und Zeitraum der Ausgleichsgewährung.[90]

Mit ihrem „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" resümierte die Kommission die im Rahmen der Konsultationen zu ihrem entsprechenden Grünbuch zusammengetragenen Schlussfolgerungen.[91] Diese resultierten hinsichtlich des Finanzierungsaspekts in einem kurzfristig umzusetzenden Maßnahmenpaket zur Präzisierung und Vereinfachung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen.[92] Zudem sollte die Transparenz-Richtlinie[93] mit Blick auf eine künftige Neutralität hinsichtlich der Rechtsnatur der Ausgleichszahlungen gemäß Art. 87 EGV – also ob notifizierungspflichtige Beihilfe oder nicht – modifiziert werden. Darüber hinaus wurde die in Art. 16 EGV geforderte Schaffung von „Grundsätzen und Bedingungen für das Funktionieren von Gemeinwohldiensten" aufgegriffen.

D. Beihilfebegriff, Theorieansätze, EuGH- und EuG-Rechtsprechung

Im folgenden Abschnitt werden nach einer Klärung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfebegriffs zunächst die verschiedenen Theorieansätze zur Einordnung der Finanzierung von Gemeinwohlleistungen in das gemeinschaftsrechtliche Beihilferegime dargestellt. Anschließend folgt eine Diskussion der älteren und neueren EuGH- und EuG-Rechtsprechung mit Blick auf das Für und Wider der einzelnen Ansätze.

---

90 Dies betreffe vor allem Fälle, in denen der kalkulierte Ausgleich bereits im Voraus entrichtet werde. Zudem ist im konkreten Einzelfall die wirtschaftliche Gesamtsituation des betroffenen Unternehmens hinsichtlich zu berücksichtigender daseinsvorsorgeleistungsrelevanter Kosten und Einnahmen maßgeblich, ibid., Rdnr. 91 ff. Etwaige Sachleistungen, wie z.B. Grundstück- oder Gebäudeüberlassung, werden mittels des sog. „Bruttosubventionsäquivalents" in die Ausgleichsberechnung einbezogen. Diese Art von „Zuschussbarwert" drückt den reellen Nutzen des gewährten Finanzanreizes für den Begünstigten unabhängig von der Form der Begünstigung aus. Im Gegensatz zum „Nettosubventionsäquivalent" wird hierbei die Besteuerung der Fördermittel im jeweiligen Mitgliedstaat nicht berücksichtigt, was eine objektivere Vergleichbarkeit gewährleistet.

91 Siehe Fn. 10, auch hier fokussiert die Kommission – wie bereits in ihrem Grünbuch, (Fn. 9) – hauptsächlich die wirtschaftlichen Gemeinwohlleistungen.

92 Siehe zum Folgenden Weißbuch, (Fn. 10), Rdnr. 4.2., Abs. 5 ff.

93 RL 80/723/EWG v. 25.6.1980, ABl. Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35, neugefasst durch RL 2006/111/EG, (Fn. 6).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Begriff der Beihilfe

Dass der Begriff der Beihilfe im Lichte des Gemeinschaftsrechts weiter gefasst ist als der der Subvention, wurde bereits angemerkt.[94] Demnach sind Beihilfen „nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und [Subventionen] nach Art und Wirkung gleichstehen."[95] Zudem ist durch die europäische Rechtsprechung klargestellt worden, dass der „Beihilfebegriff [...] ein objektiver Begriff [ist], der eine staatliche Maßnahme [gleich welcher Art[96]] bezeichnet, die einem oder mehreren Unternehmen einen Vorteil verschafft",[97] den die Begünstigten „unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätten."[98] Dieser Vorteil muss darüber hinaus „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert werden oder eine zusätzliche Belastung für den Staat [i.w.S.] darstellen."[99] Entsprechend ist die Vorteilsgewährung, wie bereits weiter oben erwähnt, nur nach der Wirkung des Geleisteten zu bewerten und nicht nach etwaigen Absichten oder verfolgten Zielen.[100]

Man kann mit Blick auf die Wirkung der konkreten Vergünstigung eine Einteilung in positive und negative Maßnahmen vornehmen. Positiv wirken diejenigen, die eine finanzielle Zuwendung enthalten, etwa Geldleistungen, geldwerte Leistungen bzw. Vorteile.[101] Negative Wirkung entfaltet dagegen eine Minderung bestehender oder künftiger Verbindlichkeiten, beispielsweise Steuern oder Sozialversicherungsabgaben.[102] Des Weiteren kommen eine logistische und kommerzielle

---

94 Siehe unter B.III.

95 EuGH, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13.

96 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 84.

97 EuGH, Rs. T-67/94, *Ladbroke Racing*, Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52.

98 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, 1996, I-3547, Rdnr. 60; sowie EuGH, Rs. C-342/96, *Tubacex*, Slg. 1999, I-2459, Rdnr. 41; siehe hierzu auch *Hakenberg/Tremmel*, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der stattlichen Beihilfen in den Jahren 1997 und 1998, EWS 1997, S. 217 f.

99 Vgl. EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, (Fn. 2), Rdnr. 16, mit Verweis auf EuGH, verb. Rs. C-52/97 bis C-54/97, *Viscido u.a.*, Slg. 1998, I-2629, Rdnr. 13.

100 Vgl. EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 83.

101 In EuGH, Rs. C-42/93, *Merco*, Slg. 1994, I-4175, Rdnr. 12, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 18, geht der EuGH soweit, „Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand an Unternehmen, in welcher Form auch immer sie erfolgen" als staatliche Beihilfen einzustufen. In seinem „zweiten" Urteil in EuG, Rs. T-613/97, *UFEX u.a.*, Slg. 2006, II-1531, Rdnr. 165, subsumierte das EuG den auf eine konzerninterne Tochtergesellschaft übertragenen Kundenstamm als immateriellen Vermögenswert und somit geldwerten Vorteil.

102 Zum Steuererlass siehe EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, Slg. 1997, II-229; sowie EuGH, Rs. C-174/97 P, *FFSA*, Slg. 1998, I-1303; zur Gewährung zinsverbilligter Darlehen siehe EuGH, Rs. C-342/96, *Tubacex*, (Fn. 98); zur Ermäßigung der Soziallast siehe EuGH, Rs. C-301/87, *CBSF*, Slg. 1990, I-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unterstützung, eine Lieferung von Gegenständen sowie die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen in Betracht.[103]

Im Ergebnis kann man die finanziellen Vergünstigungen, die Unternehmen von öffentlichen Stellen gewährt werden, zusammenfassend als positive oder negative Finanz- bzw. Realinvestitionen bezeichnen. Letztlich ist das Fehlen einer enumerativen primär- oder sekundärrechtlichen Typologisierung des Beihilfebegriffs auf die Sorge einer ordnungsrechtlich ungewünschten Einschränkung der Subsumtionsfähigkeit künftiger Lebenssachverhalte zurückführbar.[104]

II. Beihilferechtliche Bewertungsansätze zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Kommission, EuGH und EuG sind die Urheber der nachstehend aufgeführten Beihilfetheorien. Fünf unterschiedliche Ansätze wurden ersonnen. Jeder gründet auf der Annahme, dass ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut wurde. Die Theorien sollen helfen zu beurteilen, ob der (staatlich finanzierte) Ausgleich von Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Gemeinwohlleistungen entstehen, gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV gemeinschaftsrechtswidrig ist. Bei der Darstellung der Bewertungsansätze wird deren historische Abfolge berücksichtigt.

1. Rentabilitätsansatz

Losgelöst von Aspekten der Daseinsvorsorge werden öffentliche Mittelgeber nach dieser Ansicht privaten Investoren gleichgesetzt (*Private Investor Principle*). Maßgebliches Vergleichskriterium ist die private Renditeerwartung. Diese richtet sich nach „normalen Marktbedingungen".[105] Werden staatliche(rseits)[106] Mittel zu

307; zur ratenweisen Zahlung von Sozialversicherungsabgaben siehe EuGH, Rs. C-256/97, *DMT*, Slg. 1999, I-3913.

103 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, (Fn. 98), Rdnr. 58 m.w.N. Einen guten Überblick über Beihilfeformen bieten *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Kommentar EU-/EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 87 EGV, Rdnr. 33.

104 Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 9.

105 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, (Fn. 98), Rdnr. 60 ff. Unter „normal" ist in diesem Zusammenhang „marktüblich" hinsichtlich der Renditebedingungen zu verstehen. Dieser Terminus findet sich auch im Urteil zu EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 78; siehe ausführlicher unter D.III.1.c).

106 Mit Hilfe dieser Schreibweise sollen gleichzeitig beide in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 EGV genannten Beihilfevarianten („staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen") abgedeckt werden, auch wenn diese Unterscheidung nach *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 19, letztlich irrelevant ist.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

günstigeren Konditionen gewährt als durch einen privaten Investor auf Grund dessen marktüblicher Rentabilitätskalkulation, erhält der Empfänger der Finanzhilfe einen gemeinschaftsrechtswidrigen wirtschaftlichen Vorteil. Dadurch würden „die Marktkräfte daran gehindert, ihre normalen Wirkungen zu zeitigen",[107] weshalb die staatliche Maßnahme als Beihilfe zu werten ist.

Den unterschiedlichen Varianten der Gewährung von Beihilfen trägt der Rentabilitätsansatz durch die äquivalente Berücksichtigung von Finanz- oder Realinvestitionen einerseits und Forderungsverzicht bzw. -stundung andererseits Rechnung.[108]

Die Motivation der Einräumung einer Vergünstigung spielt bei diesem Ansatz die zentrale Rolle. Er beruht zwar auf einer objektiv wettbewerblich vergleichenden Bewertung. Gleichwohl ist zu fragen, weshalb öffentliche Stellen – ob als Investoren oder Gläubiger – Vorzugskonditionen gewähren. Meistens sind wirtschaftspolitische Ziele[109] anzunehmen. Handelt es sich dabei um so genannte Rettungsbeihilfen, d.h. um Maßnahmen, die (lediglich) beispielsweise der Ausstattung mit genügenden Finanzmitteln zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs oder konkret der Insolvenzabwendung[110] dienen, ist eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nur unter ganz eng auszulegenden Kriterien zu rechtfertigen.[111]

Werden durch die Mittelgewährung dagegen gemeinwohlorientierte Zwecke verfolgt, führt dieser Ansatz alleine nicht weiter. Statt einer „mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung" sind als geeignete Vergleichsparameter wenigstens eine „globale oder sektorale Strukturpolitik" einer „privaten Holding oder Unternehmensgruppe" mit „längerfristigen Rentabilitätssaussichten" heranzuziehen.[112] Die zumeist fehlende Wirtschaftlichkeit von Gemeinwohldienstleistungen („flächendeckend qualitativ hochwertige Leistungen zu erschwinglichen Preisen") bedingt die besondere Berücksichtigung des durch Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV normierten Korrektivs. Im Bereich der Daseinsvorsorge werden Rentabilitätsaspekte daher nur in Kombination mit einem der nachfolgenden Ansätze thematisiert.[113]

---

107 Vgl. EuGH, Rs. C-301/87, *CBSF*, (Fn. 102), Rdnr. 41.

108 Vgl. ibid. Wegen der Gleichbehandlung von Investoren mit Gläubigern, die auf (Teil-)Forderungen verzichten oder diese stunden, spricht man auch vom „Private Creditor Principle". Siehe hierzu auch EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 95.

109 Vgl. EuGH, Rs. C-42/93, *Merco*, (Fn. 101), Rdnr. 14, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, (Fn. 101), Rdnr. 20.

110 So etwa in EuGH, Rs. C-256/97, *DMT*, (Fn. 102); sowie in EuGH, Rs. C-342/96, *Tubacex*, (Fn. 98).

111 Siehe hierzu *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 103), Art. 87 EGV, Rdnr. 76, vgl. auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 54.

112 Vgl. EuGH, Rs. C-42/93, *Merco*, (Fn. 101), Rdnr. 14; hierzu auch *Montag/Leibenath*, (Fn. 37), S. 404.

113 So etwa in EuGH, Rs. C-46/97, *SIC*, (Fn. 100).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verhältnismäßigkeitsansatz[114]

Werden einem Unternehmen wegen der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben staatliche(rseits) Finanzmittel gewährt, stellen diese nach dem Verhältnismäßigkeitsansatz nur dann eine Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV dar, „wenn und soweit der wirtschaftliche Vorteil, der hierdurch gewährt wird, entweder über eine angemessene Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder über die zusätzlichen Kosten dieser Erbringung hinausgeht."[115] Anders formuliert liegt solange keine gemeinschaftsrechtswidrige Unterstützung zu Gunsten gemeinwohlorientierter Leistungserbringer vor, wie dadurch lediglich diejenigen Aufwendungen ausgeglichen werden, die „mit der Aufgabenerfüllung effektiv verbunden" – also hierzu notwendig – sind.[116] Der Kern des Verhältnismäßigkeitsansatzes ist somit die betragsmäßige Angemessenheit der Höhe einer finanziellen Unterstützung zu Gunsten des Leistungserbringers.

Die Tatsache einer Vorteilsgewährung ist demnach also nicht schon *per se* wettbewerbsbeeinträchtigend. Vielmehr kommt es hier auf die Verhältnismäßigkeit der konkreten finanziellen Unterstützung an. Der Bewertung werden insoweit zwei Kriterien zu Grunde gelegt: zum einen die relative Grenze einer „angemessenen" – bis zum „Altmark"-Urteil[117] des EuGH also nicht unbedingt durchschnittlichen – Leistungsvergütung, zum anderen die absolute Grenze der tatsächlich aufgewandten zusätzlichen Kosten. Welcher von beiden Vorrang gebührt, geht aus diesem Ansatz allerdings nicht genau hervor. Den Ausschlag gibt daher die Subsumtion des individuellen Sachverhalts, insbesondere wenn die Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten Anlass zu Zweifeln gibt.[118] Ist eine Leistungsfinanzierung

114 Die hier wegen des maßgeblichen Angemessenheitskriteriums als Verhältnismäßigkeitsansatz bezeichnete Theorie wird von GA *Jacobs* in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 95, Ausgleichsansatz genannt. Jedoch erscheint diese Bezeichnung eher verwirrend, soll mit den finanziellen Unterstützungsmaßnahmen zu Gunsten der Leistungserbringer letztlich doch immer ein Ausgleich der entstandenen Kosten erfolgen. Für den hier erläuterten Ansatz maßgeblich ist aber vor allem die Angemessenheit, also Verhältnismäßigkeit, des ausgleichshalber Gewährten in Bezug auf die zu neutralisierenden Kosten der Gemeinwohlleistungserbringung. Von anderen Autoren, z.B. *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, Art. 86 EGV, Rdnr. 95, werden die Bezeichnungen „Tatbestandsansatz" bzw. „-lösung" bevorzugt.

115 Siehe Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 95.

116 Vgl. Non-Paper, (Fn. 19), Rdnr. 5; *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 95; *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 103), Art. 87 EGV, Rdnr. 6.

117 Siehe Fn. 3 sowie unter D.III.2.c).

118 Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 131, der das Beispiel des französischen Abfallbeseitigungssektors anführt, in dem es „erhebliche Gelegenheiten für Betrügereien gibt". Hier könnten Leistungsvergütungen erzielt werden, die weit über den normalen Marktbedingungen lägen. In solchen Fällen bleibt dann ausschließlich der Rückgriff auf die relative Grenze angemessener Kosten als Bewertungskriterium der staatlichen Finanzierungsmaßnahme.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hiernach schließlich nicht als Beihilfe zu werten, bleibt eine Vorabnotifizierung gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV aus. Somit erfährt die Kommission erst gar nichts von der Finanzierungsmaßnahme.[119]

Dennoch wurde der Verhältnismäßigkeitsansatz von der Kommission zunächst im Einklang mit der Rechtsprechung der EU-Gerichte angewandt.[120] Auf Grund der Entscheidung des EuG in Sachen *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)*[121] musste sie jedoch hiervon abkehren und hat ihrer Entscheidungspraxis den nachfolgend dargestellten, sogenannten einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde gelegt.[122]

In seinem „Altmark"-Urteil modifizierte der EuGH diesen Ansatz. Die ursprünglich gestaffelten Höchstbetragskriterien angemessener Leistungsvergütung (relativ) bzw. tatsächlich angefallener Kosten (absolut) verschmolz er zu einem einzigen Bewertungsmerkmal: den aus dem Branchendurchschnitt zu errechnenden und somit hypothetischen (Nettomehr-)Kosten.[123]

3. Einfacher Rechtfertigungsansatz[124]

Erhält ein Unternehmen wegen der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben staatliche(rseits) Finanzmittel, werden diese nach dem einfachen Rechtfertigungsansatz

119 Ibid., Nr. 112. Zu dieser bedeutenden Folge der nicht nur formalen „Unterscheidung zwischen der Einstufung der [Finanzierungsmaßnahme] als Nichtbeihilfe oder als mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Art. [86 Absatz 2 EGV] vereinbare Beihilfe" siehe auch Schlussanträge GA *Tizzano* zu EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, (Fn. 2), Nr. 31. Diese Schlussfolgerung lässt letztlich auch die Entschließung des EP zum Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf der Grundlage des Rapkay-Berichts zu. *Jennert*, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark-Trans, NVwZ 2004, S. 431, weist darüber hinaus darauf hin, dass der Vorab-Ausschluss der Notifizierungsverpflichtung gem. der vom EuGH in dessen „Altmark"-Urteil zu Grunde gelegten „modifizierten Tatbestandslösung" dazu führe, dass „ein nachträglicher Verlustausgleich in Höhe der tatsächlich durch die Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Nettomehrkosten" nicht zulässig sei.

120 Zur älteren EuGH- und EuG-Rechtsprechung siehe unter D.III.1.

121 EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102).

122 Vgl. hierzu Non-Paper, (Fn. 19), Rdnr. 5; sowie Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 105.

123 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93; vgl. dazu auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 12 a.E. Auf Grund der zeitversetzten Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsansatzes durch den EuGH ist hinsichtlich der Erläuterung des Begriffs der „(Nettomehr-)Kosten" auf den nachfolgenden einfachen Rechtfertigungsansatz zu verweisen.

124 Die hier einfacher Rechtfertigungsansatz genannte Theorie wird in Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 94, als Beihilfenansatz bezeichnet. Dadurch kommt aber nicht deutlich genug zum Ausdruck, dass es hiernach gerade auf die Rechtfertigung durch die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV ankommt. In der Literatur findet sich zudem die Bezeichnung Beurteilungsansatz, der aber ebenfalls zu vage betitelt ist, siehe

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einstweilen in jedem Fall als staatliche Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV gewertet.[125] Ausgangspunkt der Beurteilung ist hier also nicht die betragsmäßige Höhe der konkreten finanziellen Unterstützung, sondern die Finanzierungsmaßnahme als solche. Rechtstechnisch handelt es sich damit um die Verkehrung des Verhältnismäßigkeitsansatzes in ein grundsätzliches Beihilfeverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Kann die Finanzierungsmaßnahme „ihrer Natur nach nicht als eine Beihilfe angesehen werden",[126] weil sie etwa „lediglich dazu bestimmt [ist], die Nettomehrkosten für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe auszugleichen",[127] gilt sie als nachträglich gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV gerechtfertigt.[128] Dieser Rechtfertigungstatbestand setzt zunächst voraus, dass das Unternehmen von einem Mitgliedstaat mit der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben (ausdrücklich) betraut worden ist. Zudem muss die Beihilfengewährung für die Erbringung einer Gemeinwohlleistung erforderlich sein.[129] Das Maß der Erforderlichkeit bestimmt sich – wie bereits beim Verhältnismäßigkeitsansatz – nach der Relation zwischen aufgewandten Mehrkosten und gewährten Finanzmitteln. Es ist überschritten, wenn die finanzielle Unterstützung die entstandenen Mehrkosten übersteigt. Im Ergebnis verhindert dieser Prüfungsaufbau, dass Finanzhilfen, die möglicherweise Beihilfen darstellen, an der Kommission ohne Notifizierung vorbei gewährt werden.

Betragsmäßiger Prüfungsmaßstab ist die „Netto-Konzeption der Beihilfe".[130] Demgemäß wird nicht auf den Bruttomehrkosten genannten Gesamtkostenaufwand für die Erbringung der Gemeinwohlleistung abgestellt. Vielmehr legt die Kommission ihrer Beihilfebewertung die sogenannten Nettomehrkosten zu Grunde.[131]

Hakenberg/Erlbacher, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 2001 und 2002, EWS 2003, S. 205.

125 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 74.

126 Vgl. Schlussanträge GA *Tizzano* zu EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, (Fn. 2), Nr. 30 i.V.m. 50.

127 Ibid., Nr. 60. Diese Betrachtungsweise ist allerdings äußerst problematisch, hat das EuG doch in seiner „SIC"-Entscheidung ausdrücklich die Unbeachtlichkeit des mit der Finanzhilfegewährung Bezweckten judiziert, vgl. unter D.III.1.c).

128 Ibid., Nr. 30 ff., worin auch eine ausführliche Beihilfeprüfung nach Maßgabe des Rechtfertigungsansatzes durchgeführt wird. Zur Definition des Rechtfertigungs- bzw. Beihilfenansatzes vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 94.

129 Vgl. Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 16, unter Verweis auf das „FFSA"-Urteil, (Fn. 102). Hiermit wird die „Angemessenheitsprüfung" des Verhältnismäßigkeitsansatzes grundsätzlich beibehalten.

130 Diese Bezeichnung sowie auch die synonym verwendete „Theorie des sogenannten realen Vorteils" finden sich bei Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 31.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieser Betrag resultiert aus der Anrechnung der mit der Erbringung der Gemeinwohlleistung erwirtschafteten Erträge. Dem Leistungserbringer in Höhe der Nettomehrkosten gewährte Finanzhilfen stellen einen sogenannten realen Vorteil dar.[132] Alle darüber hinaus staatlich(erseits) zugewendeten Mittel sind demnach nicht zur Erbringung der Gemeinwohldienstleistung erforderlich und somit nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV zu rechtfertigen.

Aus objektiv-wirtschaftlicher Sicht ist die beihilferechtliche Berücksichtigung von Erträgen, die mittels der Gemeinwohlleistung erwirtschaftet werden, geboten. Schließlich reduziert sie den rechtfertigungsbedürftigen Vorteil, statt den Beihilfetatbestand in Höhe des von den Empfängern der Gemeinwohlleistung an den Leistungserbringer gezahlten Betrags von vornherein auszuschließen.[133] Günstigstenfalls führt dies – im Falle vorab geschätzter Ertragszahlen – zu einer geringeren Beihilfegewährung von vornherein bzw. – bei nachgereichten Gewinn- und Verlustangaben – zu einer möglicherweise höheren Rückerstattungsverpflichtung des Finanzhilfeempfängers.

Dieser Ansatz entspricht darüber hinaus genau dem durch den EuGH vorgegebenen Prüfungsmaßstab für eine zu sanktionierende Gewährung eines unter normalen Marktbedingungen nicht erzielbaren wirtschaftlichen Vorteils.[134] Setzt man voraus, dass eine Beihilfe nicht dazu führt, dass eine Gemeinwohldienstleistung durch den Begünstigten zu besseren Konditionen als durch dessen Wettbewerber, sondern überhaupt angeboten werden kann, stellt die Gegenleistung Dritter – also der Leistungsempfänger – genau dasjenige dar, was der Empfänger einer staatlich(erseits gewährt)en Finanzhilfe durch seine Erbringung der Gemeinwohldienstleistung zu „normalen Marktbedingungen" erwirtschaftet hat. Die Anrechnung dieses selbst erzielten Vorteils auf den staatlich(erseits gewährt)en ist deshalb einzig folgerichtig.

Allerdings birgt die geschilderte Betrachtungsweise eine beihilferechtlich schwer wiegende, zusätzliche Beweisproblematik: Grundlegende Voraussetzung ist nämlich, dass der Erbringer einer Gemeinwohlleistung vollumfänglich über seine im Rahmen der Leistungserbringung erwirtschafteten Mittel Rechenschaft ablegt.

---

131 Vgl. Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 17, unter Verweis u.a. auf die KOM-Entscheidung in Sachen NN 70/98, *Kinderkanal/Phoenix*. Laut *van Ysendyck*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. 2003, nach Art. 87 EGV, Dienstleistungen, S. 2316, Rdnr. 29, stellt die Kommission bei der Erforderlichkeitsabwägung auf die Netto(mehr)kosten der Leistungserbringung ab.

132 Vgl. Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 31.

133 Wie vergleichbar – da ohne Drittmittelgewährung – im „ADBHU"-Urteil, (Fn. 1), auf Grund des Gegenleistungscharakters der gewährten Mittel geschehen.

134 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, (Fn. 98), Rdnr. 60; EuGH, Rs. C-256/97, *DMT*, (Fn. 102), Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hierfür tragen aber bereits die entsprechenden Vorschriften der Transparenz-Richtlinie Sorge.[135]

Im direkten Vergleich zum Verhältnismäßigkeitsansatz wirkt der einfache Rechtfertigungsansatz somit in doppelter Hinsicht strenger: zum einen, weil er alle finanzielle Unterstützung anfangs unterschiedslos als Beihilfe qualifiziert, zum anderen, indem er lediglich eine absolute, rechtfertigende Grenze duldet, nämlich die der tatsächlich aufgewandten Kosten.

4. Zusammenhangsansatz

Beim Zusammenhangsansatz handelt es sich um keinen eigenständigen Theorieansatz im engeren Sinne. Vielmehr drückt sich hierin die Unzufriedenheit der europäischen Rechtsanwender mit der pauschalen Entscheidung für den Verhältnismäßigkeitsansatz einerseits oder den einfachen Rechtfertigungsansatz andererseits aus.[136] Deshalb versucht der Zusammenhangsansatz über eine vorgeschaltete Filterkombination, die unterschiedlichen Lebenssachverhalte einer Entscheidung auf der Grundlage des von beiden jeweils geeigneter scheinenden Ansatzes zuzuführen.

Als Eingangsfilter fungiert das Kriterium der Gegenleistung.[137] Zunächst ist zu klären, ob die staatlichen „Finanzierungsmaßnahmen eindeutig eine Gegenleis-

135 Siehe etwa Art. 1 Abs. 2 lit. a) i.V.m. Erwägungsgrund 15 TransparenzRL 2006/111/EG, (Fn. 8). Die Verpflichtung von Unternehmen zu „getrennter Buchführung" hinsichtlich deren der Daseinsvorsorge gewidmeten Geschäftsbereichen wurde bereits mittels der in Art. 1 Ziffer 4 RL 2000/52/EG v. 26.7.2000, ABl. Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75 (TransparenzÄndRL), vorgesehenen Publikationsregelung verbindlich festgeschrieben. Von der Büchertrennung nicht betroffen sind dagegen Unternehmen, die ausschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, siehe Art. 2 lit. d) i.V.m. Erwägungsgrund 15 TransparenzRL 2006/111/EG.

136 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 124; der Gegenleistungs- bzw. Zusammenhangsansatz wird hier ab Nr. 118 erstmals in der nachfolgend beschriebenen Weise entwickelt. *Sinnaeve*, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, S. 355, bezeichnet diese Betrachtungsweise als „quid pro quo"-Ansatz.

137 Im hier verwendeten Sinne bedeutet Gegenleistung die staatliche Maßnahme; so auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 12; sowie EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1), Rdnr. 18. Genau entgegengesetzt verstehen Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 36 i.V.m. 41; sowie *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, S. 225, den Begriff der Gegenleistung. So auch *Mederer*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 66), Art. 92 EGV, Rdnr. 6, der vom Einseitigkeitsmerkmal der gegenleistungslosen Beihilfe spricht. *Gundel* wie *Léger* verwenden „Gegenleistung" synonym für die Erbringung der Leistungserbringung im Gegenzug zur Beihilfegewährung. Dieses Verständnis ist allerdings abzulehnen. Nicht nur, dass dadurch eine unnötige Verwechslungsgefahr heraufbeschworen wird. Vielmehr kann es sich aus logischen Erwägungen heraus bei der Erfüllung der Betrauungsverpflichtung nur um die Leistung handeln. Ein beab-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen sollen oder, anders gesagt, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten, klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist."[138]

Wird dem Erbringer einer klar definierten Gemeinwohlverpflichtung hierfür von der diese auferlegenden Stelle eine – bestenfalls vertraglich vereinbarte – Gegenleistung in Form einer finanziellen Unterstützung gewährt, handelt es sich nicht von vornherein um eine notifizierungspflichtige Beihilfe.[139] Deshalb sieht der Zusammenhangsansatz den konkreten Sachverhalt im Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsansatzes angesiedelt.[140] Folglich ist hier im Weiteren entscheidend, ob die Finanzierungsmaßnahme die relative oder absolute Vergütungsgrenze übersteigt.

Fehlt es demgegenüber am unmittelbaren oder offensichtlichen Zusammenhang zwischen gemeinwohlorientierter Leistungserbringung und gewährter finanzieller Unterstützung oder ist die Gemeinwohlverpflichtung nicht klar definiert, kann nicht von einer Gegenleistung von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse die Rede sein. Daher tendiert der Zusammenhangsansatz hier zur „a-priori"-Qualifizierung der Finanzierungsmaßnahme als Beihilfe und weist den Vorgang der Sphäre des einfachen Rechtfertigungsansatzes zu.[141] Fraglich ist somit, ob lediglich die Nettomehrkosten der gemeinwohlorientierten Leistungserbringung ausgeglichen wurden bzw. ob die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV einschlägig sind und somit die Gewährung der finanziellen Unterstützung hinreichend gerechtfertigt werden kann.

---

sichtigter Ausgleich erfüllungshalber entstandener Kosten durch eine staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe etc. ist folglich Gegenleistung. Die andere Auffassung führte dazu, dass der mit einer Gemeinwohlleistung Betraute seiner Verpflichtung nur solange nachzukommen hätte, bis das durch die Beihilfe abgedeckte Kostenmaß erreicht wäre. Das erste Abstellen auf das Gegenleistungskriterium im dieser Arbeit zu Grunde gelegten Sinne erfolgte seitens des EuGH allerdings schon früher – im Rahmen der „ADBHU"-Entscheidung, sowohl im Urteil als auch in den Schlussanträgen GA *Lenz* zu EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1), Nr. 18. Auf die Möglichkeit, dass es sich bei der Gemeinwohlleistung nach *Ipsen*, (Fn. 48), S. 245 f., um eine sog. „Vorzugslast" handelt, die der Private entschädigungslos – also ohne Anspruch auf eine Gegenleistung – zu erbringen hat, soll hier lediglich hingewiesen werden.

138 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 119.

139 Vgl. EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1), Rdnr. 18.

140 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 119.

141 Ibid., Nr. 120.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Qualifizierter Rechtfertigungsansatz

Gegenüber dem einfachen Rechtfertigungsansatz verfolgt der qualifizierte Ansatz eine streng normative „Brutto-Konzeption".[142] Nach dieser Auffassung wird all das als *ersichtlicher* Vorteil klassifiziert, was dem Begünstigten sowohl staatlich(erseits) tatsächlich gewährt worden ist bzw. werden soll als auch was ihm als Gegenleistung für diese Begünstigung auferlegt wurde.[143] Artikel 87 Abs. 1 EGV kenne eben kein Tatbestandsmerkmal der anrechenbaren, d.h. den Vorteil reduzierenden Gegenleistung. Zudem stelle die Norm – nach ständiger EuGH-Rechtsprechung – maßgeblich auf die Wirkung der staatlichen Finanzierungsmaßnahme ab und nicht auf deren Gründe oder Ziele.[144] Daher hat nach dem qualifizierten Rechtfertigungsansatz eine getrennte Prüfung der Wertschöpfung von Finanzhilfe und Gemeinwohlleistung zu erfolgen.

Die Konnexität und (teilweise) Betragsäquivalenz von Finanzhilfe und Gegenleistung beseitigt nach dieser Auffassung also nicht schon *per se* den Beihilfeverdacht wie beim einfachen Rechtfertigungsansatz. Maßgeblich sei dieser Aspekt vielmehr erst „im Rahmen der Beurteilung, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist."[145] Dies sei etwa dann der Fall, wenn dem Begünstigten eine Gegenleistung zu dem Zweck auferlegt werde, eines der in Art. 87 Abs. 2 bzw. 3 EGV normierten Ziele zu erreichen und gleichzeitig den gewährten finanziellen Vorteil abzuschöpfen.[146]

III. Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

EuGH- und EuG-Urteile dienen sowohl der Rechtsfindung als auch der Schaffung von Rechtssicherheit. Im Rahmen der Kontrolle von Kommissionsentscheidungen zur Daseinsvorsorge befanden die Gemeinschaftsgerichte zunächst lediglich über formale Aspekte, wie etwa die Einhaltung von Verfahrens- bzw. Begründungsvorschriften, die zutreffende Sachverhaltsfeststellung sowie die Ausübung von Ermessen im Rahmen der möglichen Grenzen.[147] Später dann gingen EuGH und EuG – wie bereits in anderen Bereichen – dazu über, rechtsgestaltend tätig zu wer-

142 Vgl. Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 33.

143 Vgl. ibid., Nr. 34.

144 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 66 mit Verweis auf EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 83; ausführlicher unter D.III.1.c).

145 Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 34.

146 Vgl. ibid., Nr. 36 i.V.m. 41.

147 Vgl. *Hakenberg/Tremmel*, (Fn. 98), S. 219.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den und den sich ihnen bietenden Raum, etwa hinsichtlich der Qualifizierung gemeinwohlkostenausgleichender Maßnahmen als Beihilfen, auszufüllen.

Im Bereich der Daseinsvorsorge wirkt sich dies auf alle Daseinsvorsorgenden, d.h. sowohl die Leistungserbringer und deren Wettbewerber als auch diejenigen Stellen, welche andere mit Gemeinwohlpflichten betrauen, gleichermaßen aus. Meist bauen die Entscheidungen von Fall zu Fall aufeinander auf, bis von einer ständigen Rechtsprechung die Rede ist. Diese darf jedoch nicht als Jurisdiktionsautomatismus missverstanden werden.[148] Einzelfallentscheidungen können daher wohl begründete Ausnahmen darstellen oder bisweilen sogar Paradigmenwechsel auslösen.

Höher als die Berechenbarkeit der Rechtsprechung rangiert somit die Maxime, möglichen Veränderungen in der Lebenswirklichkeit angemessen Rechnung zu tragen. Dass es neben einer „ständigen" daher auch eine „im Fluss befindliche" Entscheidungspraxis beider Gerichte gibt, entspricht also der Natur der Sache. Hinzu kommt, dass die Auffassungen bzw. Einschätzungen von EuG und EuGH bezogen auf ein und denselben Sachverhalt zu durchaus unterschiedlichen (Teil-)Ergebnissen führen können bzw. geführt haben.[149]

Den *big bang* der europäischen Rechtsprechung zur Finanzierung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen markiert das „Ferring"-Urteil des EuGH.[150] Auf Grund dieser Entscheidung gibt es ein „Vorher" und ein „Nachher". Die Zeitenwende spiegelt die vorliegende Untersuchung durch die Unterteilung der zu behandelnden Rechtsprechung in eine „ältere" und eine „neuere" wider. Schließlich werden im weiteren Verlauf EuGH- und EuG-Urteile dahingehend analysiert, welcher der im vorherigen Abschnitt dargestellten beihilferechtlichen Bewertungsansätze der jeweiligen Entscheidung zu Grunde gelegt wurde.

1. Ältere Rechtsprechung

Angefangen im Jahr 1985 mit seiner „ADBHU"-Entscheidung,[151] entwickelte der EuGH eine sich ständig festigende und verfeinernde Jurisdiktionslinie.[152] Diese

---

148 Der AdR geht in seiner Stellungnahme Nr. 2002/C 19/04 v. 20.9.2001 zur 2. DV-Mitteilung der Kommission, ABl. Nr. C 19 v. 22.1.2002, S. 8, Ziffer 6.1., 3. Spiegelstrich, sogar so weit, der EuGH- und EuG-Rechtsprechung auf Grund der Einzelfallbezogenheit deren Urteile die Fähigkeit abzusprechen, „für sich genommen" Rechtssicherheit zu schaffen.

149 Siehe z.B. insoweit vor allem EuGH, Rs. C-83/01 P, *Chronopost/UFEX*, Slg. 2003, I-6993, ausführlich unter D.III.1.d).

150 Siehe Fn. 2.

151 Siehe Fn. 1.

152 Zur Rechtsprechung des EuGH in den Jahren 1996-1998 siehe *Hakenberg/Tremmel*, (Fn. 98), S. 217 ff.; sowie *dies.*, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reicht – wenngleich einen Wechsel des zu Grunde gelegten Theorieansatzes inbegriffen – letztlich bis zu seinen Entscheidungen in Sachen *FFSA*[153] und *SIC*.[154] Neben der Klassifizierung, dass es sich bei Art. 86 Abs. 2 EGV um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung handelt,[155] brachte diese Entscheidungspraxis insbesondere folgende drei maßgeblichen Anwendungsvoraussetzungen für jene Vorbehaltsnorm hervor:[156]

- Vorabdefinition der jeweiligen Dienstleistung als eine von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse,
- Vorliegen einer ausdrücklichen Beauftragung des Leistungserbringers und
- Verhältnismäßigkeit zwischen zu gewährender Gemeinwohlorientierung und zu vermeidender Leistungsverhinderung durch Anwendung der Wettbewerbsregeln.

a) „ADBHU" („Association de défense des brûleurs d'huiles usagées")

Als erstes Richtung weisendes Urteil in Sachen Finanzierung von Gemeinwohldiensten gilt die „ADBHU"-Entscheidung des EuGH.[157] Darin hatte er unter anderem über die vermeintlich wettbewerbverzerrende Wirkung einer finanziellen Unterstützung zu befinden, die der französische Staat Unternehmen der Altölbeseitigungsbranche zum Ausgleich der ihnen auferlegten Verpflichtungen gewährt hatte. Das Gericht stellte hierzu fest, dass diejenigen Zuschüsse keine Subventionen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellten, die einem im Allgemeininteresse beauftragten Unternehmen als Gegenleistung für die von diesem entsprechend erbrachten Leistungen gewährt würden.[158]

Hier handelt es sich um die Urform des Zusammenhangsansatzes. Im Mittelpunkt der Argumentation von Kommission und Ministerrat steht jedoch zunächst das Kriterium „Ausgleich".[159] Die Kommission spricht von Zuschüssen „„als Aus-

---

Beihilfen in den Jahren 1997 und 1998, EWS 1999, S. 167 ff.; und für die Jahre 1999-2002 siehe *Hakenberg/Erlbacher*, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1999 und 2000, EWS 2001, S. 208 ff.; sowie *dies*., (Fn. 125), S. 201 ff.

153 EuGH, Rs. C-174/97 P, *FFSA*, (Fn. 102), ausführlicher unter D.III.1.b).

154 EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100).

155 EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 173.

156 Siehe Rundfunk-Mitteilung, (Fn. 56), Rdnr. 29; zumindest die beiden zuerst genannten Kriterien finden sich in EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), konkretisiert wieder.

157 EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1).

158 Vgl. ibid., Rdnr. 18; siehe auch die Ausführungen zum Zusammenhangsansatz unter D.II.4.

159 Vgl. ibid., 543 f. mit Verweis auf Art. 13 RL 75/439 v. 16.6.1975, ABl. Nr. L 194 v. 25.7.1975, S. 23.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gleich' für die [Gemeinwohl-]Verpflichtungen",[160] der Ministerrat von solchen „für die erbrachte Dienstleistung".[161] Auffällig ist der Unterschied zwischen abstrakter (Verpflichtung) bzw. konkreter (Leistung) Betrachtungsmaxime. Für die Bewertung im vorliegenden Fall war er hingegen nicht relevant.[162] Ergänzend führt die Kommission dann das Kriterium „Gegenleistung" an, der Ministerrat nicht. Hierbei handelt es sich aber eher um eine attributive Verstärkung als um ein eigenständiges Qualifikationsmerkmal. Dies ergibt die Schlussfolgerung der Kommission, wonach der Ausgleich – zumal als Gegenleistung für erbrachte Dienstleistungen – keine Beihilfe sein könne, wenn er die engen Grenzen seiner sekundärrechtlichen Definition nicht überschreite.[163]

Demgegenüber postulierte der EuGH den „Gegenleistungscharakter" als das wahre Beihilfe-Ausschlusskriterium[164] und folgte damit den Ausführungen des Generalanwalts *Lenz* in dessen Schlussanträgen.[165] Verblüffend ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Richter darauf verzichteten, die maßgebliche Ausgleichsdefinition aus der auf Gemeinschaftsrechtskonformität zu prüfenden Richtlinie[166] in die Entscheidungsgründe aufzunehmen. Statt dessen verweist der EuGH hier beinahe nebensächlich auf das für die vorliegende Untersuchung gleichermaßen relevante Verhältnismäßigkeitskriterium – der Bestimmung eines relativen Höchstbetrags für die Entgeltung des Leistungserbringers. Die von Generalanwalt *Lenz* in dessen Schlussanträgen ausführlich zitierte Richtlinienvorschrift besagt, dass die „Zuschüsse [...] die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht übersteigen [dürfen]."[167] Dadurch „sollten den betreffenden Unternehmen Verluste erspart und ihnen ein angemessener Gewinn zugestanden werden, wie ihn ein Betrieb normalerweise abwerfe."[168] Was in diesem Zusammenhang als angemessener

---

160 Vgl. ibid., 543.

161 Vgl. ibid., 544.

162 Die Kommission selbst scheint im Weiteren nicht ausdrücklich zwischen abstrakter und konkreter Betrachtung zu trennen. Zu dieser Folgerung gelangt man, liest man den unmittelbar anschließenden Absatz im „ADBHU"-Urteil, ibid., 543, wo von „Preis oder [...] Gegenleistung für die [...] erbrachten Leistungen" die Rede ist.

163 Vgl. ibid.

164 Vgl. ibid., 550, Rdnr. 18.

165 Vgl. ibid., 536.

166 Art. 13 RL 75/439, (Fn. 160).

167 Schlussanträge GA *Lenz* zu EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1), 536.

168 EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, (Fn. 1), 544. Dergestalt interpretiert der EuGH die vom Ministerrat in dessen schriftlichen Einlassungen zum Verfahren dargelegte Motivation für die in Art. 13 RL 75/439, (Fn. 160), geregelte Zuschussbegrenzung.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gewinn angesehen wird und wie man sich einen entsprechend normalen Betrieb vorstellen muss, kann hier (noch) dahingestellt bleiben.[169]

In ihrer Begründung ist die „ADBHU"-Rechtsprechung sehr beihilfefreundlich. Das Gegenleistungskriterium gleicht einem Passepartout. Wegen gravierender Missbrauchsmöglichkeiten, etwa durch nachträgliche Gegenleistungsvereinbarungen, bedurfte dieser ursprüngliche Ansatz jedoch deutlicher Modifizierungen.[170]

b) „FFSA" („Fédération Française des Sociétés d'Assurances")

Die Bewertung des Ausgleichs von Mehrkosten stand erstmals in der Rechtssache *FFSA* explizit im Mittelpunkt eines Beihilferechtsstreits. Zudem ging es hier um die mögliche Gewährung sogenannter Quersubventionen. Der EuGH bestätigte die erstinstanzliche EuG-Rechtsprechung im anschließenden Rechtsmittelverfahren. Er wies mit seinem Beschluss nicht nur die diesem zu Grunde liegenden Beschwerden gegen das EuG-Urteil zurück, sondern erkannte explizit dessen Richtigkeit in der Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts an.[171]

Ausgangspunkt war die Senkung der Bemessungsgrundlage bezüglich lokaler französischer Steuern um 85% zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen französischen Post. Diese war mit der Aufrechterhaltung einer ausreichenden Versorgung ländlicher Gebiete mit Postdienstleistungen betraut worden. Dabei handelte es sich um eine Maßnahme der Daseinsvorsorge. Hierzu war es notwendig – wenngleich wirtschaftlich zum Teil unrentabel – auf dem Land Postämter zu unterhalten. Die hierdurch entstandenen Mehrkosten sollten durch den Steuernachlass – wenigstens teilweise – ausgeglichen werden.

Abweichend von der „ADBHU"-Rechtsprechungslinie des EuGH[172] qualifizierte das EuG hier die staatlicherseits gewährte finanzielle Begünstigung eines Unternehmens *a priori* und „grundsätzlich [als] eine staatliche Beihilfe".[173] Damit legte das Gericht den Grundstein für den so genannten Rechtfertigungsansatz[174] und stellte gleichzeitig das bisherige Bewertungssystem auf den Kopf.[175] Der bis

169 Da sich die „Altmark"-Entscheidung mit ähnlichen Voraussetzungen müht, ist bei deren Behandlung unter D.III.2.c) Raum für eingehendere Erörterungen gegeben.

170 Siehe unter D.II.3. Dies zeigt sich am eindringlichsten in der „Altmark"-Rechtsprechung.

171 Siehe stellvertretend EuGH, Rs. C-174/97 P, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 31. Nach Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 100, könnte man sogar von einer „impliziten Übernahme" der geänderten Betrachtungsweise des EuG durch den EuGH sprechen.

172 Zum „Gegenleistungscharakter als Beihilfe-Ausschlusskriterium" siehe unter D.II.4.

173 Vgl. EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 167.

174 Siehe unter D.II.2.; vgl. auch *Hakenberg/Erlbacher*, (Fn. 153), S. 213 f.

175 Die nachhaltigen Auswirkungen dieser geänderten Rechtsprechung zeigten sich nicht zuletzt daran, dass die Kommission den Rechtfertigungsansatz fortan ihrer Beihilfebewertung zu

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dahin die Einstufung als Beihilfe von vornherein verhindernde mögliche Gegenleistungscharakter einer Finanzhilfe wurde hierbei erst gar nicht berücksichtigt.

Ein Vergleich der Kosten, „die durch die unrentablen Postämter in ländlichen Gebieten verursacht [wurden,] mit den durchschnittlichen Kosten der französischen Postämter“[176] ergab laut EuG einen objektiven Mehraufwand auf dem Land. Ohne staatlichen Ausgleich dieser gemeinwohlbedingten Mehrkosten wäre der französischen Post die Aufrechterhaltung der Versorgung ländlicher Gebiete mit Postdienstleistung wirtschaftlich nicht weiter zumutbar gewesen. Weil die strikte Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften, insbesondere von Art. 87 Abs. 1 EGV, die Erfüllung der der französischen Post übertragenen besonderen Aufgabe tatsächlich verhindert hätte, war der eng auszulegende Schutzbereich des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV somit eröffnet.[177] Zudem war der aus der Senkung der Steuerbemessungsgrundlage resultierende Betrag der Finanzhilfe niedriger als die ermittelten Mehrkosten.[178] Die staatliche Unterstützung der französischen Post war daher mit Blick auf die Erbringung deren Gemeinwohlleistung letztlich als erforderlich[179] und nachträglich gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV als gerechtfertigt anzusehen.[180]

Schließlich verneinte das EuG das Vorliegen einer Quersubventionierung wettbewerblicher Tätigkeiten der Begünstigten durch Mittel, die zur Finanzierung daseinsvorsorglicher Pflichterfüllung gedacht waren. Diese sei trotz des Fehlens einer sogenannten analytischen Buchhaltung auszuschließen, wenn der Ausgleichsbetrag den der Mehrkosten nicht übersteige.[181] Zentrales Argument war die Ermöglichung der gemeinwohlorientierten Aufgabenerledigung unter „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“.[182] Mittels einer Analogie zum EuGH-Urteil in der

Grunde legte, vgl. 2. DV-Mitteilung, (Fn. 7), Rdnr. 26; Laeken-Bericht, (Fn. 8), Rdnr. 16 ff.; sowie Rundfunk-Mitteilung, (Fn. 56), Rdnr. 19.

176 EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 106.

177 Ibid., Rdnr. 173 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, (Fn. 27), Rdnr. 26. Darin wurde die Verquickung von Betrauung einerseits und Erfüllungsverhinderung durch Anwendung der EGV-Wettbewerbsnormen andererseits bei gleichzeitiger Nichtbeeinträchtigung des Gemeinschaftsinteresses als notwendige Bedingung für die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV formuliert.

178 Vgl. EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 114.

179 Vgl. ibid, Rdnr. 178: „Vorteile, die [der Leistungserbringer] unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offen stehen, [sind auch bei Zugrundelegung einer ‚globalen Bewertung' der wirtschaftlichen Bedingungen] nicht zu berücksichtigen.“

180 Vgl. ibid., Rdnrn. 178, 180.

181 Vgl. ibid., Rdnrn. 183, 188 f.

182 Ibid., Rdnr. 177.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtssache *Corbeau*[183] sah das EuG die Gewährung staatlicher Finanzhilfen ebenso als zu rechtfertigende, zweckorientierte Maßnahme an, wie den Ausschluss des Wettbewerbs, wenn dies dazu führt, den Daseinsvorsorge Leistenden in die Lage zu versetzen, seiner ihm aufgetragenen Verpflichtung in wirtschaftlich rentabler Weise nachzukommen.[184]

Zwar setze die „Erforderlichkeit der Beihilfe eine globale Bewertung der wirtschaftlichen Bedingungen voraus, unter denen das betreffende Unternehmen seine Tätigkeiten auf dem ihm vorbehaltenen Sektor ausübt", doch müssten „Vorteile, die es unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offen stehen" gleichwohl unberücksichtigt bleiben.[185] Dies ist ein nur mäßig kaschiertes – wenn auch wettbewerblich zulässiges – Zugeständnis an die Marktmacht der Daseinsvorsorge Leistenden und eine Reminiszenz an die Wettbewerbssituation vor Einsetzen der Liberalisierungsmaßnahmen. Das EuG legitimierte hiermit die Auswahl des Marktführers im jeweiligen Sektor durch die betrauende Stelle, um die Erbringung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicher zu stellen. Im Ergebnis ist dem zu folgen. Gleichzeitig stellt diese Betrachtungsweise

183 EuGH, Rs. C-320/91, *Corbeau*, (Fn. 70). In seinem Urteil zum Rechtsstreit im belgischen Postsektor hielt der EuGH das Angebot eines privaten Dienstleisters, das über den Grundversorgungskatalog der staatlichen Postmonopolistin hinausgehende „spezifische" Leistungen (Abholservice, Terminzustellung etc.) vorsah, für EGV-konform. Der EuGH sah diese Sonderleistungen als „von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbar[en]" und daher zulässigen Beitrag zum Wettbewerb im Postsektor an, weil sie „besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern" korrespondierten und „bestimmte zusätzliche Leistungen [beanspruchten], die der herkömmliche Postdienst nicht [anbiete]." Ließen die Sonderleistungen gleichzeitig das „wirtschaftliche Gleichgewicht" des Gemeinwohldienstleistenden unberührt (vgl. „Corbeau"-Urteil, Rdnr. 17), sei ein Marktausschluss entsprechender Anbieter nicht zu rechtfertigen. Mit anderen Worten müssen dort dritte Anbieter geduldet werden, wo mangels Leistungskongruenz kein direkter Wettbewerb herrscht und das konkrete Leistungsangebot einen qualitativen Mehrwert darstellt, vgl. *Ross,* (Fn. 57), S. 24. Bei auch nur teilweise deckungsgleichem Produktspektrum muss ein solcher Konkurrent dagegen weichen, soweit die Leistungskongruenz reicht – vorbehaltlich der Regelung des Art. 86 Abs. 2 EGV. Als solche Deckungsgleichheit ist z.B. „die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle" zu verstehen. (Vgl. „Corbeau"-Urteil, Rdnr. 15). Die klare Trennung zwischen Standard- und Mehrwertdienstleistungen in ein und demselben - darüber hinaus monopolisierten – Daseinsvorsorgesektor (in der Rs. *Corbeau*: Postdienste) läutete das Ende des Ausschlusses privater Wettbewerber auf Grund der faktischen Abschirmung Daseinsvorsorge leistender Staatsmonopolisten ein. Die fortschreitende Wirtschaftsliberalisierung in Daseinsvorsorgesektoren wird diesen Schutz vor Wettbewerb voraussichtlich bis auf wenige Ausnahmen reduzieren. Zu denken ist hier etwa an die Zulassung von Wettbewerbern, die einen quantitativen Mehrwert bzw. Ersatz hinsichtlich Daseinsvorsorgeleistungen bewerkstelligen könnten, z.B. in der Versorgung entlegener Gebietsteile mit Postdienstleistungen etc.

184 Vgl. EuG, Rs. T-106/95, *FFSA*, (Fn. 102), Rdnr. 178.

185 Vgl. ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jedoch höchste Anforderungen an die Gestaltung und Durchsetzung des seinerzeit bereits bestehenden Transparenzgebots.[186]

Daraus resultiert folgende Ambivalenz: Zwar dürfen einem Gemeinwohldienstleister – ohne Ansehung eventueller Gewinne aus Betätigungsfeldern, die dem Wettbewerb frei zugänglich sind – Beihilfen gewährt werden, um einem defizitären Wirtschaften im Bereich der Daseinsvorsorge vorzubeugen. Gleichwohl muss ein gewissermaßen transparenzbedingtes Doppelverbot gewährleisten, dass die Wettbewerbsgleichheit unterlaufende, unternehmensinterne Ausgleichsbuchungen verhindert werden. Zum einen hätte demnach ein sowohl steuerlich als auch wirtschaftlich vorteilhafter Ausgleich zwischen möglichen Verlusten aus Daseinsvorsorgeleistungen und Gewinnen aus Wettbewerbstätigkeiten zu unterbleiben. Zum anderen wäre ein Ausgleich zwischen Überschüssen aus Daseinsvorsorgeleistungen und Defiziten aus Wettbewerbstätigkeiten gegebenenfalls auf eine Erfüllung des Untreuetatbestands hin zu untersuchen.

Werden diese Vorgaben eingehalten und besteht die bereits zitierte Betragsrelation zwischen Mehraufwendungen und Ausgleich, können Quersubventionen zu Recht als ausgeschlossen gelten.

c) „SIC" („Sociedade Independente de Comunicação")

Gelegenheit zur Bestätigung und Bekräftigung seiner „FFSA"-Rechtsprechung[187] fand das EuG im Rechtsstreit um finanzielle Vergünstigungen im portugiesischen Fernseh- und Rundfunksektor zu Gunsten des öffentlich-rechtlichen Senderbetreibers. Das Gericht lehnte den von der Kommission angewandten Ausgleichsansatz explizit ab und bestand statt dessen auf der Zugrundelegung des Rechtfertigungsansatzes. Dies resultierte wohl nicht zuletzt aus der recht leichtfertigen Vorgehensweise der Kommission hinsichtlich der Konsequenzen ihrer Ansatzwahl. Auf Grund des staatlicherseits vorgetragenen Ausgleichswillens hinsichtlich der gewährten Vergünstigungen hatte sie von vornherein jeglichen Beihilfe-

---

186 Zum Zeitpunkt der „FFSA"-Entscheidungen galt das Transparenzgebot lediglich hinsichtlich der Offenlegung finanzieller Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen. In den Erwägungsgründen der TransparenzÄndRL, (Fn. 136), wird zwar nicht auf das „FFSA"-Urteil Bezug genommen, doch gibt es wenigstens ein Indiz für eine hierauf beruhende Modifizierung der ursprünglichen RL. In Art. 1 Ziffer 4 TransparenzÄndRL – jetzt geregelt in Art. 1 Abs. 2 TransparenzRL 2006, (Fn. 6) – findet sich die Normierung der Pflicht zu getrennter Buchführung je nach Geschäftsbereich. Ausgenommen hiervon sind gem. Art. 2 lit. d) i.V.m. Erwägungsgrund 15 TransparenzRL 2006 – vormals gem. des durch Art. 1 Ziffer 4 i.V.m. Erwägungsgrund 7 TransparenzÄndRL geänderten Art. 2 Abs. 1 lit. d) TransparenzRL 80/723/EWG – allein die exklusiv auf die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen beschränkten Unternehmen.

187 Siehe Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 66.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

charakter ausgeschlossen.[188] Dadurch vermied die Kommission *de facto* zweierlei: eine Bewertung der Finanzhilfen nach Maßgabe der Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EGV und gleichzeitig die möglicherweise erforderliche Einleitung eines förmlichen Verfahrens gemäß Art. 88 Abs. 2 EGV.

Dem setzte das EuG eine systematisch gestützte Auslegung der Bedeutung der primärrechtlichen Beihilferegelungen entgegen. Danach hindere eine staatliche Ausgleichsabsicht keinesfalls die Qualifizierung einer Finanzierungsmaßnahme als Beihilfe.[189] Vielmehr sei als wesentliches Qualifizierungsmerkmal zu prüfen, ob dem begünstigten Unternehmen eine „wirtschaftliche Vergünstigung" zuteil wurde, die es unter „normalen Marktbedingungen" nicht erhalten hätte.[190] Diese Einschätzung entspricht dem Rentabilitätsansatz[191] und schlägt sich im Urteil konkret durch das Abstellen des EuG auf das so genannte *Private Creditor Principle* nieder.[192] Der Sachverhaltsprüfung ist im Ergebnis also ein objektiver Beihilfebegriff zu Grunde zu legen, der allein auf die erzielte Wirkung – die Verschaffung eines Vorteils – abstellt und nicht auf Gründe oder Ziele der Maßnahme.[193]

Eine eventuelle Ausgleichsabsicht komme dagegen erst auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Prüfung gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV zum Tragen.[194] Diese Sichtweise führt demnach zur obligatorischen Einleitung eines Verfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EGV, wenn der Verdacht einer Beihilfegewährung nicht auszuschließen ist.

d) „Chronopost/UFEX"[195]

Mit seinem Rechtsmittelurteil im Streit konkurrierender Expresszustelldienste stellte der EuGH die Weichen erneut auf Vorfahrt für Gemeinwohldienstleister. Die private Expresszustelldienst-Tochter der französischen Post nutzte deren Vertriebsnetz und gelangte so in den Genuss einer „logistischen und kommerziellen

188 Vgl. EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 75.

189 Vgl. ibid., Rdnr. 82.

190 Vgl. ibid., Rdnr. 78 m.w.N. zur Urteilshistorie beider Merkmale.

191 Siehe unter D.II.1.

192 Vgl. EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 95.

193 Vgl. ibid., Rdnr. 83 m.w.N.

194 Vgl. ibid., Rdnr. 84.

195 EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, *Chronopost SA/UFEX u.a.*, C-93/01 P, *La Poste/UFEX u.a.* und C-94/01 P, *Französische Republik/UFEX u.a.*, Slg. 2003, I-6993. Dieses EuGH-Urteil führte zur Aufhebung des vorausgegangenen Urteils EuG, Rs. T-613/97, *UFEX u.a.*, Slg. 2000, II-4055. Daraufhin wurde das EuG nochmals in dieser Angelegenheit unter demselben Aktenzeichen EuG, Rs. T-613/97 ,*UFEX u.a.*, Slg. 2006, II-1531 (zweites Urteil), befasst, hauptsächlich um Verfahrensrügen vorzubringen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unterstützung" der öffentlich-rechtlichen Muttergesellschaft.[196] Im angefochtenen EuG-Urteil sollte die von der Post-Tochter erbrachte Gegenleistung an „normalen Marktbedingungen" gemessen werden, zu denen ein privates Unternehmen die Bereitstellung entsprechender Unterstützungsmaßnahmen fakturiert hätte.[197] Damit bezweckte das EuG eine „Gleichbehandlung des öffentlichen und privaten Eigentümers."[198]

Diesen Vergleichsmaßstab lehnte der EuGH jedoch wegen der besonderen Bedeutung von Daseinsvorsorge leistenden (öffentlich-rechtlichen) Unternehmen ab.[199] Ein Vergleich deren „Situation [...] mit der einer privaten Unternehmensgruppe [...], die keine Monopolstellung hat," sei unmöglich.[200] Deshalb entwickelte der EuGH seine „SFEI"-Rechtsprechung fort. Gemäß dieser ist eine Vorteilsgewährung dann als gemeinschaftsrechtwidrige Beihilfe zu qualifizieren, wenn die hierfür seitens des Begünstigten erbrachte Gegenleistung niedriger als diejenige „Vergütung [für den empfangenen Vorteil] ist, die unter normalen Marktbedingungen gefordert worden wäre."[201] Daran hatte das EuG wohl anknüpfen wollen.[202]

Nunmehr seien die „zwangsläufig hypothetischen normalen Marktbedingungen [...] anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln."[203] Entsprechend judizierte der EuGH im „Chronopost"-Urteil, dass die vereinbarungsgemäße Gegenleistung neben „alle[n] variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit [der Tochter] eingesetzt wird," zu umfassen habe.[204] Des Weiteren dürfen die Berechnungsfaktoren weder zu gering an- noch willkürlich festgesetzt worden sein.[205]

196 Die logistische Unterstützung bestand gem. Schlussanträge GA *Tizzano* zu EuGH, Rs. C-83/01 P, *Chronopost*, (Fn. 196), Nr. 40, darin, die Expresspostsendungen anzunehmen, zu sortieren, zu befördern und zu verteilen.

197 Vgl. EuG, Rs. T-613/97, *UFEX*, (Fn. 196), Rdnr. 76.

198 Ibid., Rdnr. 77.

199 Ibid., Rdnr. 33 f.

200 Ibid., Rdnr. 38.

201 EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, (Fn. 98), Rdnr. 62. In beiden Rechtssachen (*SFEI* wie *Chronopost/UFEX*) waren nahezu dieselben Parteien betroffen. Mit Blick darauf, dass dem „SFEI"-Urteil keine über die zitierte Feststellung hinausgehende Relevanz für die Entwicklung der vorliegend untersuchten Theorieansätze zukommt, bedarf diese Entscheidung keiner ausführlicheren Einzelwürdigung.

202 Zum selben Anknüpfungspunkt siehe Schlussanträge GA *Tizzano* zu EuGH, Rs. C-83/01 P, *Chronopost*, (Fn. 196), Nr. 49.

203 EuG, Rs. T-613/97, *UFEX*, (Fn. 196), Rdnr. 38.

204 EuGH, Rs. C-83/01 P, *Chronopost*, (Fn. 196), Rdnr. 40.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Ergebnis handelt es sich hier um einen bloßen Betragsvergleich, ohne dass eine direkte Subsumtion unter einen der Beihilfetheorieansätze zum Tragen käme. Am nächsten läge noch der Verhältnismäßigkeitsansatz. Doch indem dieser den Ausgleich daseinsvorsorgebedingt entstandener Kosten eines mit der Leistungserbringung Betrauten betrifft, wird gleichzeitig die Frage aufgeworfen, ob sich die Betrauung der französischen Post wohl auch auf ihre private Tochter erstreckt bzw. ob die Expresszustelldienste der Post-Tochter in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht wurden oder werden sollten.[206]

Darüber hinaus ist die erfolgte Konkretisierung der Bemessungsfaktoren zwar grundsätzlich wesentlich. Dennoch lenkt sie von der tiefergehenden, eigentlich streiterheblichen Liberalisierungsproblematik einer Öffnung der Infrastrukturen von (ehemaligen) Monopolisten ab. Demnach hätte – auch schon seitens des EuG – nicht auf offenkundig rein hypothetischer Grundlage thematisiert werden dürfen, wie viel „ein privater Wirtschaftsteilnehmer von seiner Tochter“[207] als Gegenleistung für eine entsprechende logistische und kommerzielle Unterstützung verlangt hätte. Denn dass ein privater Wirtschaftsteilnehmer eine dem öffentlichen Postnetz vergleichbare Vertriebsinfrastruktur aufgebaut und dauerhaft unterhalten hätte, entbehrte jedenfalls seinerzeit jeglicher Marktlogik.[208]

Vielmehr hätte diese Erkenntnis unmittelbar zu der Fragestellung führen müssen, ob ein privater Wettbewerber der Post-Tochter für die Nutzung des Post-Vertriebsnetzes eine gleich hohe oder eine höhere Vergütung hätte entrichten müssen und ob letzteres zu rechtfertigen gewesen wäre.[209] Problematisch war am zu Grunde liegenden Sachverhalt also nicht, dass die Post-Tochter das Vertriebsnetz ihrer Mutter nutzen durfte. Beihilferelevant war vielmehr, dass die öffentlich-rechtliche französische Post ihrer privaten Tochter ihr öffentliches Vertriebsnetz zur Verfügung stellte, um dadurch privaten Konkurrenten ihrer Tochter im freien Wettbewerb gegenüber treten zu können. Darin wäre die – bei ungenügender Gegenleistung wahrscheinliche – Wettbewerbsverzerrung durch Beihilfegewährung zu sehen gewesen. Diese Überlegungen vermied der EuGH hier jedoch.

---

205 Vgl. ibid.

206 Schlussanträge GA *Tizzano* zu EuGH, Rs. C-83/01 P, *Chronopost*, (Fn. 196), Nr. 38 f., weisen diese Möglichkeit zumindest ansatzweise auf, indem GA *Tizzano* mittels Rekurs auf das „Corbeau“-Urteil, (Fn. 70), des EuGH betonte, dass die Gemeinwohldienstleistung der französischen Post lediglich in dem „als Universaldienstleistung“ zu bezeichnenden „Grundpostdienst“ bestand. Eine Einbeziehung auch des Expresszustelldienstes unterließ er letztlich.

207 Ibid., Nr. 44, legt genau diese Sichtweise zu Grunde.

208 Im Ergebnis so auch ibid., Nr. 46 f.

209 GA *Tizzano* geht in ibid., Nr. 54 f., zwar kurz auf exakt diese Fragestellung ein, verwirft die weitere Verfolgung jedoch sogleich wegen des anzunehmenden „äußerst hypothetisch[en] und abstrakt ausfallen[den]“ Prüfungsergebnisses. Die Zeit war wohl doch noch nicht reif genug für eine entsprechende Konsequenz.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kritisch anzumerken bleibt noch, dass im „Chronopost"-Fall ein öffentlich-rechtliches Monopolunternehmen indirekt von der getroffenen Entscheidung profitierte. Dadurch wird die bereits geäußerte Vermutung genährt, dass zur Sicherstellung der Leistungserbringung in den Sektoren der Daseinsvorsorge – in der Sache wohl zu Recht, mit Blick auf die Wettbewerbsfreiheit jedoch zum Teil nur mit Bedenken – zu Lasten privater Unternehmen auf bereits bestehende Infrastrukturen der (vormaligen) Monopolisten zurückgegriffen wird.

Nach Zurückweisung der Rechtssache durch den EuGH traf das EuG hinsichtlich des in der vorliegenden Arbeit gewählten Finanzierungsaspekts zwei Feststellungen: Zum einen qualifizierte es die konzerninterne Übertragung eines bestehenden Kundenstamms auf ein Tochterunternehmen ohne eine entsprechende Gegenleistung desselben als gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfe.[210] Damit hielt das EuG am Rechtfertigungserfordernis einer korrespondierenden Gegenleistung fest, ohne allerdings im Weiteren auf die zwischenzeitlich vom EuGH ausgeurteilten „Altmark"-Kriterien[211] abzustellen. Eine klare Zuordnung zu den genannten Beihilfeansätzen muss daher unterbleiben. Relevanter ist dagegen die weiterführende Aussage, dass nicht die Höhe der Finanzhilfe als solche im Verhältnis zu „normalen Marktbedingungen" für eine Beihilfequalifizierung entscheidend ist. Vielmehr komme es darauf an, ob der erhaltenen Finanzhilfe eine entsprechend gleichwertige Gegenleistung des Beihilfeempfängers gegenübersteht. Ist das der Fall, sind laut EuG die für Wettbewerber geltenden Marktkonditionen kein Bewertungsmaßstab.[212] Dies ist jedoch eine recht bedenkliche und daher abzulehnende Loslösung gemeinwohlorientierter, staatlich(erseits gewährt)er Finanzhilfen aus dem konkreten Wettbewerbskontext, da bei Akzeptanz dieser Sichtweise die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne – also zwischen Leistungserbringer und übrigen Marktteilnehmern – vollständig ausgehebelt würde.

2. Neuere Rechtsprechung

Mit seinem Urteil in der Rechtssache *Ferring* markierte der EuGH eine für viele unerwartete Trendwende in der beihilferechtlichen Bewertung öffentlicher Finanzhilfen. Trotz seiner Rückbesinnung auf seine in einigen früheren Urteilen zu Grunde gelegte Einschätzung, bedeutete dies aber keine vollständige Umkehr. Vielmehr gelang es dem Gerichtshof, das Synergiepotenzial bis dato konkurrierender Beurteilungsansätze nutzbar zu machen. Das Ergebnis hat zu einer praxisnäheren Prüfung der Gewährung finanzieller Unterstützungsmaßnahmen zu Gunsten von Gemeinwohldienstleistern geführt und kann somit zu Recht als Zeitenwende in der europäischen Beihilfenjurisdiktion betrachtet werden.

---

210 EuG, Rs. T-613/97, *UFEX*, (Fn. 196), zweites Urteil, Rdnr. 164 i.V.m. 167, 171.

211 Siehe hierzu unter D.III.2.c).

212 Vgl. EuG, Rs. T-613/97, *UFEX*, (Fn. 196), zweites Urteil, Rdnr. 190.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) „Ferring"

Eine Gemeinwohlverpflichtung der Pharmagroßhändler in Frankreich war Gegenstand dieses EuGH-Verfahrens. Die Regelung zielte auf die Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der gesamten französischen Bevölkerung mit Arzneimitteln sowie deren rasche Verfügbarkeit ab. Demnach hatte jeder Großhändler ein ständiges Arzneimittelsortiment bereitzuhalten, das dem voraussichtlichen Bedarf eines bestimmten geographischen Gebiets entsprach.[213] Für die im Wege des Direktvertriebs mit den Großhändlern konkurrierenden Pharmahersteller bestand dagegen keine vergleichbare, gemeinwohlorientierte Belastung. Zur „Wiederherstellung des Gleichgewichts der [durch die einseitige Verpflichtung verfälschten] Wettbewerbsbedingungen"[214] zwischen Großhändlern und Herstellern wurde letzteren daher eine Direktverkaufsabgabe aufgebürdet, die zur Finanzierung des französischen Krankenversicherungswesens bestimmt war.[215]

Zunächst erkannte der EuGH in der Nichterhebung einer analogen Verkaufsabgabe auch bei den Großhändlern eine wirtschaftliche Vorteilsgewährung zu deren Gunsten.[216] Die Abgabe könne „dem Grundsatz nach"[217] als Beihilfe gewertet werden. Die Berücksichtigung der Gemeinwohlverpflichtung der Großhändler schließe die „Beihilfenatur dieser Maßnahme"[218] jedoch dann und soweit aus, als der den Großhändlern durch die Nichtbelastung mit einer Vertriebsabgabe gewährte Vorteil die diesen auf Grund der auferlegten Gemeinwohlverpflichtung entstandenen Zusatzkosten nicht übersteige.[219] Damit folgte der EuGH dem einfachen Rechtfertigungsansatz, ohne aber erkennen zu lassen, ob er die gewährte Finanzhilfe von vornherein als Beihilfe qualifiziert wissen will.

Unter ausdrücklichem Verweis auf seine „ADBHU"-Rechtsprechung[220] verstand der EuGH die Direktverkaufsabgabe als Ausgleich für den Wettbewerbsvorteil der Pharmahersteller gegenüber den mit gemeinwohlverpflichtungsbedingten Vorhaltekosten belasteten Großhändlern und wertete ihn analog als „Gegenleistung".[221] Mit seinem Rekurs auf dieses tatbestandausschließende Element entsprach der EuGH im Weiteren dem Verhältnismäßigkeitsansatz.[222] Zu Recht wurde einge-

213 Vgl. EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, (Fn. 2), Rdnr. 24.

214 Ibid., Rdnr. 19.

215 Vgl. ibid., Rdnr. 20.

216 Vgl. ibid.

217 Ibid., Rdnr. 18.

218 Ibid.

219 Vgl. ibid., Rdnrn. 27, 29.

220 Ibid., Rdnr. 26.

221 Vgl. ibid., Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendet, das dies zu einer Systemaufweichung führen könne,[223] wenn die Berücksichtigung nicht normierter Aspekte zur nachträglichen Legalisierung wettbewerbsbeeinträchtigender und somit vertragswidriger öffentlicher Finanzhilfen führt. Dadurch ergebe sich eine Vermengung der Fragen nach der „Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe" einerseits und nach der „Rechtfertigung der staatlichen Maßnahme" andererseits, was im Widerspruch zur „SIC"-Formel der Unbeachtlichkeit eines möglichen staatlichen Ausgleichswillen stehe.[224]

Missverstanden würde der EuGH allerdings, deutete man seine Maßnahmenwertung betragsunabhängig als generell tatbestandausschließend.[225] Zwar wird der die Daseinsvorsorgekosten nicht übersteigende Vorteilsbetrag ausgleichshalber von vornherein nicht als Beihilfe qualifiziert, weshalb eine Sanktionierung gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV entfällt. Der den Kostenausgleich übersteigende, einer Rechtfertigung bedürfende Mehrvorteil wird hiernach aber gerade nicht vom Schutzbereich des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV erfasst und ist somit als Beihilfe zu qualifizieren. Diesen Teil der Finanzhilfe einerseits als für die Erbringung der Gemeinwohldienstleistung „nicht notwendig" anzusehen,[226] ist konsequent und richtig. Aus dieser Einschätzung andererseits jedoch zu folgern, dass eine Beihilfequalifizierung des zu viel Gewährten zu unterbleiben hat,[227] verkennt die Sanktionslogik von EGV und EuGH gleichermaßen.

So kühn der Vergleich einer Abgabenbelastung des einen Marktteilnehmers mit einer Gegenleistung zu Gunsten eines anderen scheint,[228] so sehr ist das Bemühen des EuGH anzuerkennen, nach Kräften das Gemeinwohlprinzip schützen und finanzierbar halten zu wollen. Mit seiner Bewertung schuf der EuGH öffentlich betrauenden Stellen nämlich eine Möglichkeit, gemeinwohlnotwendige Dienste gewissermaßen mit einer Vorabzusicherung hinsichtlich des Kostenausgleichs an Leistungserbringer zu delegieren. Diese Art einer in Aussicht gestellten Ausgabenbegrenzung erleichtert es Gemeinwohldienstleistern gleichzeitig, ihrer eigenen Budgetverantwortung nachkommen zu können.

---

222 Vgl. *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 103), Art. 87 EGV, Rdnr. 6; sowie *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 96.

223 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nrn. 61, 79 ff.

224 Vgl. ibid., Nr. 76 f.; zum „SIC"-Urteil siehe unter D.III.1.c).

225 So aber Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nrn. 79 ff., 82. Dagegen wendet sich auch *Nettesheim*, Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, S. 260 f.

226 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 32. Die Notwendigkeitsbedingung findet sich bereits in der Erläuterung des Verhältnismäßigkeitsansatzes, siehe unter D.II.2.

227 Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 82.

228 Die Gegenleistungsanalogie hinkt insbesondere deshalb, weil die Direktverkaufsabgabe nicht zu Gunsten der mit der Gemeinwohlverpflichtung belasteten Großhändler erhoben wird, sondern allgemein der Finanzierung des öffentlichen Gesundheitssystems zu dienen bestimmt war.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem entsprach der EuGH mit seinem Urteil in Sachen *Ferring* beiläufig einem seit seinem „FFSA"-Urteil immer stärker werdenden Wunsch der Kommission. Dieser oblag eine stetig steigende Prüfungslast auf Grund der pauschalen Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV, weshalb sie nach Abhilfe trachtete. Bis auf Weiteres genügte somit wieder die Gegenüberstellung von Vorteils- und Kostenbetrag, um die weitere Ahndung einer etwaigen Vertragsverletzung bei entsprechend vorliegender, ausgeglichener Zahlenrelation einfacher und früher zu stoppen.

b) „GEMO"

Im französischen Ausgangsverfahren wurde die Erhebung einer Abgabe betreffend den Einzelhandel mit Fleisch oder Fleischprodukten angefochten. Die sogenannte Fleischkaufabgabe floss in einen Fonds, mittels dessen ein öffentlicher Dienst zur Sammlung und Beseitigung von Tierkörpern und Schlachthofabfällen finanziert wurde. Dessen Inanspruchnahme war für die gesamte Fleischeinzelhandelsbranche obligatorisch vorgeschrieben. Von der Abgabenentrichtung ausgenommen waren allerdings Viehzüchter und Schlachthöfe selbst. Dagegen wandte sich eine Supermarktkette, die in Frankreich Fleisch und Fleischerzeugnisse vertrieb und entsprechend von der Abgabenlast betroffen war.

Der EuGH bejahte die ihm vom französischen Instanzgericht vorgelegte Frage, ob es sich bei der Fleischkaufabgabe um eine staatliche Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV handele, nach kurzer Prüfung von dessen Tatbestandsmerkmalen. Hierbei stellte er maßgeblich auf den selektiven Charakter der Abgabenerhebung sowie auf die damit verbundene Begünstigung bestimmter Branchenteilnehmer ab.[229] Schließlich erkannte der EuGH in der Fleischkaufabgabe zudem eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung. Die Befreiung der Viehzüchter und Schlachthöfe von der Abgabenlast wirke sich „zwangsläufig positiv" auf den Fleischpreis aus und begünstige somit offensichtlich die Wettbewerbssituation französischer Fleischexporte in solche EU-Mitgliedstaaten, die Konkurrenten mit entsprechenden Kosten belasten.[230] Deshalb stand der Beihilfecharakter der Fleischkaufabgabe für den EuGH fest.

Eine Rechtfertigung kam aus Sicht des Gerichtshofs nicht in Betracht. Als solche wandte die französische Regierung zwar die gesundheitspolitische Zielsetzung der Abgabe ein.[231] Jedoch verwarf der EuGH dies mittels des Verweises auf seine ständige Rechtsprechung, derzufolge nicht die Gründe und Ziele staatlicher Interventionsmaßnahmen für die Anwendung oder Nichtanwendung von Art. 87

229 Siehe EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Rdnr. 35.

230 Vgl. ibid., Rdnr. 42 f.

231 Siehe ibid., Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 EGV maßgeblich seien, sondern vielmehr deren Wirkungen.[232] Die öffentliche Betrauung des Sammlungs- und Beseitigungsdienstes als möglicher Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV kam für den EuGH erst gar nicht in Betracht.

Zu Recht verwertete der EuGH nicht die Bemühungen des Generalanwalts um eine Klärung der Anwendbarkeit beider bis dato bekannten Beihilfeansätze.[233] Nach dessen Zusammenhangsansatz hätte die gewährte finanzielle Unterstützung dem Erbringer gemeinwohlorientierter Dienstleistungen zu Gute kommen müssen. Wäre dies als Gegenleistung für eine vorab klar definierte Gemeinwohlverpflichtung geschehen, wäre der Verhältnismäßigkeitsansatz zum Tragen gekommen, andernfalls der einfache Rechtfertigungsansatz. Tatsächlich aber wurden durch die Befreiung von der Abgabenlast bestimmte Leistungsempfänger des öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienstes begünstigt. Der Zusammenhangsansatz konnte daher erst gar nicht zur Anwendung kommen.

c) „Altmark"

Ein Streit zweier konkurrierender deutscher Busunternehmen brachte die Gewährung staatlicher Finanzhilfen für den Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) vor den EuGH. Ausgangspunkt des Verfahrens war die Verlängerung der Liniendienstgenehmigung des einen Unternehmens bezüglich der Personenbeförderung mittels Omnibussen im Stadt-, Vorort- bzw. Regionallinienverkehr. Die unterlegene Wettbewerberin klagte. Sie begründete dies mit der angeblichen Rechtswidrigkeit der erteilten Genehmigung. Diese sei darin zu sehen, dass das ausgewählte Konkurrenzunternehmen auf die Gewährung öffentlicher Zuschüsse angewiesen sei, um die von ihm angebotenen Liniendienste überhaupt erst erbringen zu können. Mit den behördlich bereits genehmigten Zuschüssen in Höhe von Deutsche Mark 0,58 je Fahrplankilometer sollte die Unterdeckung des privaten Liniendiensterbringers seitens der öffentlichen Hand ausgeglichen werden. Zudem bestritt die Klägerin, dass das begünstigte Busunternehmen den geringsten Subventionsbedarf nachgewiesen hätte.

---

232 Vgl. ibid. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-241/94, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20; sowie EuGH, Rs. C-382/99, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2002, I-5163, Rdnr. 61; vgl. ebenso EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 83.

233 Vgl. Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, (Fn. 4), Nr. 114 ff.; ausführlicher zum sog. Zusammenhangsansatz siehe unter D.II.4.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Gemeinschaftsrechtskonformer Kostenausgleich

Im Kern seiner Urteilsbegründung entwickelte der EuGH seine „ADBHU"- und „Ferring"-Rechtsprechung stringent weiter.[234] Ausdrücklich nahm er darauf Bezug[235] und postulierte so erneut, dass eine staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe dann kein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV ist, wenn und „soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden." Das Ausgleichsmoment hätte nämlich zur Folge, dass die begünstigten Unternehmen „in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die [gewährte Finanzhilfe] somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen."[236]

Das Nichtvorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV schließt dessen Anwendbarkeit unmittelbar aus. Allerdings machte der EuGH diese Ausschlusswirkung im Weiteren von der vollständigen[237] Erfüllung der vier folgenden Kriterien abhängig[238]:

1. Tatsächliche Betrauung mit klar vordefinierten Gemeinwohlverpflichtungen

Alles, was zu den spezifischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zählt, die vom konkreten Leistungserbringer zu erfüllen sind, muss vor Gewährung der Finanzhilfe „klar definiert" worden sein. Darüber hinaus ist es notwendig, dass der Dienstleister „tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut" wurde.[239]

Daraus ergibt sich, dass es weder ausreicht, den Begünstigten mit der Erbringung irgendwelcher Leistungen zu verpflichten, noch, dass ein Unternehmen einfach tätig wird, wenngleich mit Gemeinwohlorientierung.[240] Vielmehr muss es sich aus-

---

234 *Jennert*, (Fn. 120), S. 426, 431, spricht hier im Vergleich zur „Ferring"-Rechtsprechung von einer „modifizierten Tatbestandslösung", die er „als dogmatisch fragwürdig und systematisch inkonsequent" ablehnt. Demgegenüber stellt *Kämmerer*, (Fn. 16), S. 31, ein Abweichen („kopernikanische Wende") von der bisherigen Rechtsprechungslinie fest, bezieht sich dabei aber auf die längst verlassene „FFSA"-Rechtsprechungspraxis.

235 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 85 f.

236 Vgl. ibid., Rdnr. 87.

237 Vgl. ibid., Rdnr. 94.

238 Vgl. ibid., Rdnr. 88. Einige der im Weiteren formulierten Vorbehaltspunkte wurden bereits im Rahmen der Rundfunk-Mitteilung, (Fn. 56), Rdnr. 29, erwogen.

239 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 89. So urteilte der EuGH bereits im Jahre 1974 in seiner Entscheidung zu EuGH, Rs. 127/73, *BRT-II*, Slg. 1974, 313, Rdnrn. 19, 22; siehe dazu auch *Nettesheim*, (Fn. 226), S. 257.

240 Vgl. *Koenig/Kühling*, (Fn. 68), S. 672.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

drücklich um gemeinwohlorientierte Aufgaben handeln, zu deren Erfüllung der Leistungserbringer ganz konkret bestimmt wurde.[241] Zudem sollten die Aufgabenbestandteile – zwecks Übersichtlichkeit und Kontrolle – detailliert aufgeführt werden, z.B. in einem Pflichtenheft. Hiermit greift der EuGH die Filterregelung des Zusammenhangsansatzes auf.[242]

2. Parameter für Ausgleichsberechnung

Bereits im Voraus sind auch die für die Ausgleichsberechnung maßgeblichen Parameter „objektiv und transparent aufzustellen."[243] Dies verbietet eine Kostenerstattung bei nachträglicher Feststellung der Nichterbringbarkeit einer Gemeinwohlleistung zu normalen Marktkonditionen.[244] Darin finden sich deutliche Spuren der „SFEI"- bzw. „SIC"-Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte,[245] die auf eine spätere Anwendung von Rentabilitätskriterien hoffen lassen.

Aus der Kombination mit der tatsächlichen Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen könnte man nämlich auf die (noch) nicht explizit geforderte Notwendigkeit einer Wirtschaftlichkeitsprognose bezüglich der Erfüllbarkeit gewünschter Gemeinwohlaufgaben schließen. Diese sollte spätestens vor Betrauung des Leistungserbringers, besser aber noch vor Ausschreibung und jedenfalls auf der Grundlage normaler Marktkonditionen erstellt werden. Je nach Ergebnis wäre die Ausschreibung bzw. Betrauung vorzunehmen oder zu unterlassen.

3. Betragshöchstgrenze für Ausgleich

Es gilt das Prinzip der (Nettomehr-)Kostendeckung. Abweichend von seiner „Ferring"-Rechtsprechung, legte der EuGH hierzu jedoch nicht (mehr) die dem Leistungserbringer tatsächlich entstandenen (Nettomehr-)Kosten zu Grunde. Vielmehr führte er mit dem Abstellen auf ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen"[246] einen hypothetischen (Nettomehr-)Kosten-Maßstab ein.[247] Entsprechend bestimmt sich die Maximalgrenze für staatlich(erseits gewährt)e

241 Im vorliegenden Fall mangelte es dem EuGH in diesem Punkt an Bestimmtheit und Klarheit der mitgliedstaatlichen Normierung, vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 63. Abzugrenzen war hier zwischen „eigenwirtschaftlicher" und „gemeinwirtschaftlicher" Leistungserbringung im Sinne des deutschen Personenbeförderungsrechts. Sehr kritisch zum Betrauungskriterium äußert sich *Jennert*, (Fn. 120), S. 426, der hierin ein unzulässiges „Hinüberziehen" des entsprechenden Tatbestandsmerkmals aus Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV nach Art. 87 Abs. 1 EGV sieht.

242 Siehe unter D.II.4.

243 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 90.

244 Vgl. ibid., Rdnr. 91.

245 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *SFEI*, (Fn. 98), Rdnr. 60 ff.; EuG, Rs. T-46/97, *SIC*, (Fn. 100), Rdnr. 78; sowie ausführlicher unter D.III.1.c).

246 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93.

247 Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 12 a.E.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Finanzhilfen nach dem, „was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen [...] ganz oder teilweise" auszugleichen.[248] Zu berücksichtigen sind dabei jedenfalls im Rahmen der Leistungserbringung erzielte Einnahmen sowie ein daraus resultierender, „angemessener Gewinn."[249] Wie bereits in seinem „Ferring"-Urteil[250] reicherte der EuGH den Verhältnismäßigkeitsansatz erneut mit Rechtfertigungsmerkmalen – z.B. der Nettomehrkosten-Betrachtung – an und hat somit der Forderung nach Wirtschaftlichkeit gemeinwohlorientierter Leistungserbringung Rechnung getragen.[251]

Bis keine quasi allgemeinverbindlichen Durchschnitts-Branchenkostenwerte vorliegen, hat der EuGH mit seinem Zugrundelegen der hypothetischen Kosten die Beihilfenqualifizierung nicht gerade vereinfacht. Gleichwohl ist das Ansinnen, auf längere Sicht ein höheres Maß an objektiver Vergleichbarkeit daseinsvorsorgebedingter Kosten je nach Leistungssektor zu erreichen, überaus begrüßenswert. Unproblematisch ist diese Maxime jedenfalls für solche – schätzungsweise aber eher die Minderheit darstellenden – Fälle, in denen die tatsächlichen Kosten unterdurchschnittlich hoch sind. Liegen diese dagegen über dem jeweiligen Branchenmittel, sollte auf die Begründetheit im Einzelfall abgestellt werden. In diesem Zusammenhang ist dann sowohl die Schlüssigkeit und Sinnhaftigkeit der bereits erwähnten, *a priori* bestimmten Berechnungsparameter relevant, als auch die nachfolgend noch zu erläuternde Auswahl des Leistungserbringers sowie nicht zuletzt die Besonderheiten und Bedeutung der konkreten Dienstleistung für das Allgemeininteresse. Bestehen diese Faktoren einer nachträglichen Prüfung, ist kein Grund erkennbar, weshalb einem Gemeinwohldienstleister nicht auch überdurchschnittliche Kosten ausgeglichen werden sollten, wenn er dadurch keinen Wettbewerbsvorteil hat.

---

248 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 92.

249 Vgl. ibid. Zu den verschiedenen Wegen zur Ermittlung dessen, welche (Nettomehr-)Kosten einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstehen „dürfen", gibt *Fuchs*, Was ist ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen"?, Zum Urteil des EuGH in der Rs. Altmark Trans, ZEuS 2007, S. 587 ff., einen ausführlichen Überblick. Die dort aufgeführten Evaluierungsmethoden sind allerdings dahingehend zu verstehen, dass sie ein (erst) im vierten „Altmark"-Kriterium gefordertes Ausschreibungsverfahren vorzugsweise auf Grund einer Wettbewerbssimulation ersetzen könnten.

250 Siehe unter D.III.2.a).

251 Unterstützt wird der EuGH in seiner modifizierten Rückbesinnung auf den Verhältnismäßigkeitsansatz durch die Kommission, siehe deren mit Ausgleichsbeihilfeentscheidung, (Fn. 11), und Gemeinschaftsrahmen, (Fn. 12), geschaffenes Regelungs-Tandem; sowie durch das EP, siehe insb. den Rapkay-Bericht, (Fn. 13), und die entsprechende EP-Entschließung, (Fn. 14). Siehe auch *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 103), Art. 87 EGV, Rdnr. 6 sowie Art. 86 EGV, Rdnr. 28 a.E.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Auswahl und Ausstattung des Leistungserbringers

In der Regel sollte die Auswahl eines Erbringers gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens erfolgen, um den günstigsten geeigneten Anbieter festzustellen.[252] Ausnahmsweise kann die „Höhe des erforderlichen Ausgleichs" auf der Grundlage einer objektiven Kostenanalyse bestimmt werden.[253] Referenzmaßstab ist ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann."[254] Relevant sind demnach diejenigen Kosten, die einem idealen Unternehmen im Rahmen seiner Erfüllung der entsprechenden Verpflichtungen entstünden. Zu berücksichtigen sind dabei aber jedenfalls solche Einnahmen sowie ein angemessener Gewinn, die auf Grund der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erzielt werden.[255]

Was unter einem „durchschnittlich, gut geführten Unternehmen" konkret zu verstehen ist, ließ der EuGH allerdings dahingestellt. Eine Sache ist es, objektive Vergleichsparameter anhand der jeweiligen Branchendurchschnittswerte zu berechnen.[256] Etwas anderes gilt jedoch für das sehr vage „corporate governance"-Kriterium guter Unternehmensführung.[257] Hierzu besteht weiterer Konkretisierungsbedarf in künftigen Urteilen.

---

252 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93. Zur problematischen Praktikabilität des vierten Kriteriums siehe u.a. *Sinnaeve*, (Fn. 137), S. 357; *Travers*, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?, EStAL 2003, S. 391.

253 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93; ausführlich *Fuchs*, (Fn. 249), S. 586 ff.

254 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93.

255 Vgl. ibid.

256 Vgl. *Fuchs*, (Fn. 249), S. 588 ff., mit eingehenden Erläuterungen zum methodologischen Kern möglicher unterschiedlicher Prozeduren, wie das „klassische Benchmarking" im Sinne eines direkten Unternehmensvergleichs, das „Cost-Benchmarking" sowie das kombinierte „DEA-based Yardstick Competition"-Benchmarking. Gemäß *Fuchs* sei die letztgenannte Evaluierungsvariante vorzuziehen. Allein sie gewährleiste durch ihre Verknüpfung der Ergebnisse empirischer Kostendurchschnittsauswertungen durch die „Yardstick Competition"-Methode mit der „Orientierung am Effizienzwert der ‚Data Envelopment Analysis (DEA)'" die ökonometrisch fundierte Simulierung eines objektiven Effizienswertes, der als Maßstab für generelle Kostenanalysen bzw. -schätzungen herangezogen werden könne.

257 Als Bemessungsgrundlage vorstellbar wären hierfür etwa die OECD-Grundsätze der Corporate Governance von 2004, http://www.oecd.org/dataoecd/57/19/32159487.pdf (17.9.2008). Diese sind allerdings auf börsennotierte Unternehmen beschränkt und wären demzufolge nur analog anwendbar. Umfassender ausgerichtet – wenngleich knapper formuliert – ist dagegen die japanische Keidanren Charter for Good Corporate Behavior von 1996, http://www.keidanren.or.jp/english/policy/pol052.html (17.9.2008). Diese zielt u.a. ausdrücklich auf gemeinwohlorientierte Unternehmensführung, bleibt jedoch auf Grund ihrer Knappheit und intendierten Allgemeinverbindlichkeit sehr vage. Dennoch könnten diese Prinzipien im vorliegenden Fall als Maßstab herangezogen werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der einfache Rechtfertigungsansatz[258] ist hierin klar erkennbar: in der Fokussierung auf die Erforderlichkeit der auszugleichenden Kosten, in der Anrechnung pflichterfüllungsbedingter Erträge und schließlich in der Postulierung des Ergebnisses als Höchstgrenze staatlich(erseits gewährt)er Finanzhilfen.[259]

Die Summe der in den einzelnen Punkten erkennbaren Theorieansätze führt zu der Feststellung, dass der EuGH seinem „Altmark"-Urteil den einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde legte und insoweit seiner „ADBHU"- bzw. „Ferring"-Rechtsprechung treu blieb. Gleichwohl ergänzte er diesen Ansatz um das Zusammenhangskriterium der tatsächlichen Betrauung und betonte die Notwendigkeit der Ertrags- und Gewinnanrechnung bei der Vorteilsbewertung.

(2) Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht in Bezug auf den ÖPNV

Des Weiteren hatte der EuGH über die Gemeinschaftsrechtskonformität der Liniendienstgenehmigung zu entscheiden. Hierzu prüfte er, ob im vorliegenden Fall die Vorschriften der EWG-Eisenbahnverkehr-Verordnung[260] oder die allgemeinen bzw. besonderen Beihilfebestimmungen des EGV anzuwenden waren und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen.

Soweit nach Ansicht des EuGH die Eisenbahnverkehr-Verordnung auf Verkehrsdienstleistungen im ÖPNV anwendbar ist,[261] eröffne diese einem Mitgliedstaat die Möglichkeit, ihre Bestimmungen „nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regional-

258 Siehe unter D.II.3.

259 Kritisch u.a. *Kämmerer*, (Fn. 16), S. 33, der eine „teleologische Reduktion des Beihilfebegriffs" auszumachen glaubt, die dazu führt, dass fortan für die Beihilfequalifizierung nicht mehr das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung für die Vorteilsgewährung maßgeblich sei, sondern vielmehr, dass „zum Zuwendungszeitpunkt keine marktgerechte Gegenleistung nachgewiesen [werden kann]." „Rundweg ablehnend" sogar *Jennert*, (Fn. 120), S. 427, der hierfür eine „dogmatische unhaltbare Vermengung verschiedener Elemente aus beiden Normen" ins Feld führt.

260 Siehe Fn. 21.

261 Gemeint sind sog. „gemeinwirtschaftliche". Für sie gilt, dass sie „aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung [...] erforderlich [sind] und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt", EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 17 f. Dagegen sei die Verordnung nicht auf „eigenwirtschaftlich" erbrachte Verkehrsdienstleistungen anwendbar, ibid., Rdnr. 62, „deren Aufwand [...] durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne [gedeckt wird]", ibid., Rdnr. 15 f. Im Ausgangsverfahren hatte das Bundesverwaltungsgericht allerdings bereits vor Einreichung der Vorlagefragen festgestellt, dass es sich im vorliegenden Fall um eigenwirtschaftliche Leistungen handelte. Möglicherweise bestehende Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung, etwa wegen der „Beauftragung" des Busunternehmens, sind hier jedoch unbeachtlich, da diese insbesondere an der Kernaussage des EuGH-Urteils nichts änderten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verkehr anzuwenden". Vielmehr sei es der nationalen Legislative erlaubt, die Anwendung der Verordnungsvorschriften „auf die Fälle zu beschränken, in denen andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist."[262] Daraus folgt, dass die Eisenbahnverkehr-Verordnung auf dem Gebiet gemeinwirtschaftlich erbrachter Verkehrsdienstleistungen vorrangig einschlägig aber nicht zwingend anwendbar ist. Insofern der Regelungsbereich dieser sekundärrechtlichen *lex specialis* des ÖPNV jedoch nicht zur Anwendung kommt, aber auch nur dann, gelten die Beihilfebestimmungen des EGV.[263] Hier stellt Art. 73 EGV im Vergleich zu Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV die speziellere, sektorspezifischere Ausnahmeregelung gegenüber Art. 87 Abs. 1 EGV dar.[264] Zur Anwendung kommt dessen Wortlaut allerdings erst, wenn die staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe nicht schon über die vorhin erläuterte Kriterien-Quadriga des „Altmark"-Urteils als gemeinschaftsrechtskonform eingestuft werden konnte.[265] Doch auch mit Hilfe von Art. 73 EGV ist ein Ausgleich von Mehrkosten, die im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entstanden sind, nicht zu rechtfertigen.[266] Damit folgte der EuGH dem einfachen Rechtfertigungsansatz.

(3) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Irrelevant ist laut EuGH darüber hinaus die örtliche oder regionale Begrenzung des Tätigkeitsgebiets des Beihilfeempfängers[267] sowie eine gegebenenfalls relative Geringfügigkeit hinsichtlich Umfang der Beihilfe oder Größe des begünstigten Unternehmens.[268] Die potenzielle innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung bestehe bereits darin, dass eine gewährte Finanzhilfe dem begünstigten Unternehmen ermögliche, sein Angebot beizubehalten oder auszuweiten. Selbst wenn der Beihilfeempfänger ausschließlich in seinem Heimatstaat agiere, erschwere die Beihilfegewährung möglicherweise den Markteintritt ausländischer Verkehrsdienstleister.[269]

---

262 Vgl. ibid., Rdnr. 64.

263 Nichts anderes wird insofern auch nach Inkraftreten der neuen VO (EG) Nr. 1370/07, (Fn. 21), gelten.

264 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnrn. 103-105, 108.

265 Vgl. ibid., Rdnr. 105.

266 Vgl. ibid., Rdnr. 109.

267 Vgl. ibid., Rdnr. 77.

268 Vgl. ibid., Rdnr. 81. Diese Feststellung beruht auf der Einschätzung in Schlussanträge I GA *Léger* zu ibid., Nr. 127, Unterpunkt 2; *Hakenberg/Tremmel*, (Fn. 153), S. 171 m.w.N.

269 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 77 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4) Resümee

Die Schaffung eines richterrechtlichen Prüfungskatalogs zur objektiven Vorteilsbestimmung sowie dessen Verknüpfung mit den primär- und sekundärrechtlichen Beihilferegelungen der Gemeinschaft ist der Hauptverdienst dieses EuGH-Urteils. Auf dieser Grundlage sollten Stellen, die staatliche(rseits) Finanzhilfen gewähren, ihre Vergünstigungen gemeinschaftsrechtskonform gestalten können, so dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Anfang an vermieden werden. Vor allem erleichtern die hier entwickelten vier Kriterien die Qualifizierung einer Vorteilsgewährung als zu Unrecht erfolgt oder als gerechtfertigt. Davon profitieren insbesondere Stellen, wie Gerichte oder die Kommission, die solche Finanzhilfen später zu prüfen haben.

Den Schlussanträgen des Generalanwalts[270] folgte der EuGH nur in Teilen. Bereits in deren erster Fassung findet sich eine harsche Kritik am „Ferring"-Urteil. Darin habe der EuGH fälschlicherweise zentral auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Finanzhilfe und gemeinwohlleistungsbedingten Kosten abgestellt.[271] Notwendig sei vielmehr eine Rückbesinnung auf die frühere „FFSA"- bzw. „SIC"-Rechtsprechungslinie.[272] Damit hatte der EuGH seinerzeit die Trendwende hin zum einfachen Rechtfertigungsansatz markiert. Mit Blick auf die grundsätzliche Beihilfebewertung sei die hierin vorgesehene Anrechnung von Erträgen und angemessenem Gewinn auf Grund der Leistungserbringung jedoch verfehlt.[273] Statt dessen verlangte der Generalanwalt eine Brutto-Betrachtung der gewährten Vergünstigung als Beihilfe und kreierte so den „qualifizierten Rechtfertigungsansatz".[274] Damit glaubte er unter anderem, die im „Ferring"-Urteil praktizierte Verneinung der Beihilfequalität der gewährten Finanzhilfe verhindern zu können. Diese führe nach seiner Ansicht systemwidrigerweise letztlich zur Umgehung der in Art. 88 Abs. 3 EGV normierten Notifizierungsverpflichtung.[275] Gerade deren Einhaltung sei zur Wahrung wettbewerbsrechtlicher Objektivität jedoch von zentraler Bedeutung.[276]

---

270 Dass in der Rechtssache *Altmark* gleich zweimal Schlussanträge gestellt wurden, liegt an der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Diese beschloss der EuGH, weil die Beteiligten in Sachen *Altmark* ihre mündlichen Stellungnahmen bereits abgegeben hatten, bevor das Urteil in der Rechtssache *Ferring* ergangen war. Hierauf hatte GA *Léger* in seinen Schlussanträgen jedoch rekurriert, so dass die nachträglich ermöglichte Stellungnahme hierzu seitens der „Altmark"-Verfahrensbeteiligten geboten schien. Siehe auch *Kämmerer*, (Fn. 16), S. 31 f. Das wesentliche Modifizierungsmerkmal des sog. „qualifizierten Rechtfertigungsansatzes" erwähnt GA *Léger* in seinen zweiten Schlussanträgen vom 14.1.2003, siehe ausführlich unter D.II.5.

271 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 85 ff.

272 Vgl. ibid., Nr. 98.

273 Vgl. Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 43.

274 Siehe unter D.II.5.

275 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 93.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Als indirektes Ergebnis der generalanwaltlichen Kritik ist zumindest punktuell die bereits erläuterte Kriterien-Quadriga des EuGH zur Vorteilsbewertung zu betrachten. Die in den Schlussanträgen enthaltene Unbestimmtheitsrüge am Gegenleistungsmerkmal des Zusammenhangsansatzes[277] nahm der EuGH zum Anlass zur Konkretisierung des Betrauungskriteriums. Nachweisbar sind hier die vom Generalanwalt genannten Gemeinwohlleistungsmerkmale. Als solche forderte dieser sowohl, dass die „auferlegten Verpflichtungen mit dem Ziel der Dienstleistung von allgemeinem Interesse hinreichend in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen", als auch, dass diese Verpflichtungen „spezifisch sind und hinreichend konkret festgelegt" wurden.[278]

d) „Enirisorse"[279]

Die im „Altmark"-Urteil entwickelten Vorteilskriterien wendete der EuGH gleich anschließend auf einen Gebührenstreit in Italien an. Dort hatten Hafenbenutzer für das Ver- und Entladen von Waren eine Abgabe zu entrichten. Deren Höhe bemaß sich nach dem bewegten Warenvolumen. Mit der Vornahme entsprechender Ladetätigkeiten war grundsätzlich eine eigens hierfür geschaffene, wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtung betraut. Obwohl den Hafenbenutzern das Ver- und Entladen mit eigenen Sach- und Personalmitteln gestattet war, fiel die Gebühr auch in diesen Fällen an. Zwei Drittel der erhobenen Abgabe wurden später dem öffentlichen Hafendienstleister zugewiesen, der Rest verblieb in der Staatskasse.

Seiner Entscheidung legte der EuGH den einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde und begann mit der Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EGV. Zunächst bejahte er das Vorliegen staatlicher Mittel, sodann eine zumindest mögliche Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels. Die Prüfung einer seinerzeit drohenden oder realisierten beihilfebedingten Wettbewerbsverfälschung leitete der EuGH mit einer Zusammenfassung der Anwendungsvoraussetzungen seiner „Altmark"-Vorteilskriterien ein. Demnach falle eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 87

---

276 Vgl. Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 53 ff.; *Hochbaum/Klotz*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (Fn. 68), Art. 86 EGV, Rdnr. 56 a.E.

277 Vgl. Schlussanträge II GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 86.

278 Vgl. Schlussanträge I GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Nr. 89 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815.

279 EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, (Fn. 3). Dabei handelt es sich um das vorerst letzte Verfahren mit konkretem Bezug zur Bewertung von Finanzhilfen gemäß einem der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Beihilfeansätze. Lediglich im Urteil zu EuG, Rs. T-17/02, *Olsen/Kommission*, Slg. 2005, II-2031, Rdnr. 179 ff., lassen sich die „Altmark"-Kriterien schemenhaft anhand des darin dargestellten Parteivorbringens erkennen. Das EuG leistete in diesem Zusammenhang jedoch keinen eigenen Beitrag – weder zur Bestätigung der „Altmark"-Rechtsprechung des EuGH, noch zu deren Einschränkung oder Abwendung hiervon.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 1 EGV, „soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen."[280]

Im vorliegenden Fall mangelte es sowohl an einer tatsächlichen Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als auch an deren klarer Definition.[281] Zudem fehlten hinreichende Angaben über die Ausgleichsberechnung.[282] Auch die vorgebliche Geringfügigkeit des Gebührenaufkommens auf Grund nur geringen Warenumschlags im Hafen war nicht relevant.[283] Darauf, dass es sich bei der Hafengebühr um eine Existenzsicherungsbeihilfe handelte, ging der EuGH in seinen Urteilserwägungen nicht weiter ein.[284] Schließlich ist die Zielsetzung einer Beihilfegewährung nach ständiger Rechtsprechung unbeachtlich.[285]

Die in dieser Rechtssache zuständige Generalanwältin kam zu demselben Ergebnis, machte sich allerdings nicht die „Altmark"-Vorteilskriterien zu eigen. Als Prüfungsmaßstab zur Subsumtion unter Art. 87 Abs. 1 EGV wählte sie vielmehr das Merkmal „normaler Marktbedingungen" für die Beihilfegewährung.[286] Sodann schloss sie eine „Tatbestandslösung wie im Urteil Ferring" aus, weil Leistung und Gegenleistung nicht eindeutig definiert und zu identifizieren gewesen seien, weshalb es auch an einem unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang beider fehle.[287] Diese Vorgehensweise verwundert, zumal es insoweit an jeglichem Rekurs auf das „Altmark"-Urteil des EuGH mangelt. Einen Mehrwert bzgl. der Beihilfequalifizierung bietet sie jedenfalls nicht.

---

280 EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, (Fn. 3), Rdnr. 31.

281 Ibid., Rdnrn. 32-34.

282 Vgl. ibid., Rdnrn. 35-39.

283 Vgl. ibid., Rdnr. 28.

284 Vgl. ibid., Rdnr. 24. Dagegen betonte der EuGH – unter Verweis auf EuGH, verb. Rs. C-261/01 und C-262/01, *Van Calster u.a.*, Slg. 2003, I-12249, Rdnrn. 49, 65 – ausdrücklich die Relevanz der Finanzierungsmodalitäten einer Beihilfe hinsichtlich deren letztlicher Gemeinschaftsrechtskonformitätsbewertung. Die Unterscheidung zwischen Abgabenerhebung einerseits und Mittelzuweisung andererseits – von der GAin ausführlich in Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, (Fn. 3), Nr. 21 ff., thematisiert – wirkt sich im Ergebnis aber nicht auf die in der vorliegenden Arbeit thematisierten Beihilfeansätze aus.

285 Vgl. EuG, Rs. T-46/97, SIC, (Fn. 100), Rdnr. 83.

286 Schlussanträge GAin *Stix-Hackl* zu EuGH, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse*, (Fn. 3), Nr. 53.

287 Ibid., Nrn. 54-56.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Schlussfolgerungen

Der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gebührt im Kontext des europäischen Beihilfenrechts ein besonderer Stellenwert. Im Zentrum der Diskussion um deren Gemeinschaftsrechtskonformität steht die Bewertung der Angemessenheit des Ausgleichs gemeinwohlleistungsbedingter Kosten vor dem Hintergrund der spezifischen Wettbewerbssituation.[288] Eine sich daran orientierende Bepreisung von Leistungen der Daseinsvorsorge, die gleichzeitig die Wirtschaftlichkeitskriterien der jeweiligen Betätigungssektoren nicht außer Acht lässt, veranschaulicht in besonderem Maße, dass „Liberalisierung nicht zum Selbstzweck werden darf."[289] Um eine möglichst wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Leistungsbedingungen sowie deren tatsächlicher Durchführung zu gewährleisten, entstand nach und nach eine Art Kriterienkatalog, zu dem die verschiedenen europäischen Institutionen beigesteuert haben. Der Entwicklungsprozess ist auch heute noch nicht abgeschlossen. Dessen derzeit maßgebliche Elemente sind die im „Altmark"-Urteil genannten vier Merkmale zur Qualifizierung einer nicht gemeinschaftsschädlichen Finanzhilfe: Tatsächliche Betrauung mit klar vordefinierten Gemeinwohlverpflichtungen (1), Vorabfestlegung der Ausgleichsparameter (2), Ausgleichsbetragshöchstgrenze (3) sowie transparente und faire Auswahl des geeignetsten Leistungserbringers (4). Diese Beurteilungs-Quadriga veranschaulicht erneut das offenkundige Bemühen des EuGH um eine pragmatische Weiterentwicklung des auf Leistungen der Daseinsvorsorge bezogenen EU-Beihilferegimes zum Zwecke sowohl der Gemeinwohlförderung als auch der Wahrung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften.[290]

I. Zu den einzelnen Bewertungsansätzen

Was den qualifizierten Rechtfertigungsansatz anbelangt, zeichnet dieser sich durch eine gleichermaßen zu wenig praxisbezogene und zu dogmatische Haltung aus. Für ihr Bemühen um Klärung der exakt systematischen Anwendung der Beihilfevorschriften des EGV ist dieser Auffassung jedenfalls zu danken. Hinsichtlich ihrer Folgerungen, die zum Teil recht unpragmatische Resultate bei der Bewertung ausgleichshalber gewährter Finanzhilfen bedingten, ist sie jedoch klar abzulehnen, denkt man etwa an die grundsätzlich getrennte Betrachtung von ersichtlichem Vorteil – einschließlich eines auf Grund der Gemeinwohlleistungserbringung erwirtschafteten Gewinns – und aufgewandten Kosten.

---

288 Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 12.

289 *von Danwitz*, Wächter der Gemeinschaft, FAZ v. 27.3.2007, S. 8.

290 Wie bereits unter D.III.2.a) im Rahmen der Erläuterungen zum „Ferring"-Urteil festgestellt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-489 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Indem der EuGH nun wieder auf das Gegenleistungskriterium abstellt, hat er das Filtermerkmal des Zusammenhangsansatzes in die von ihm weiterentwickelte Fassung des Verhältnismäßigkeitsansatzes inkorporiert. Insofern wurde der konstruktive, klärende Beitrag dieser Auffassung mit Blick auf die Schaffung eines einheitlichen Bewertungsmodells für staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfen gewürdigt.

Übrig bleiben der einfache Rechtfertigungsansatz sowie der – inzwischen moderat modifizierte – Verhältnismäßigkeitsansatz. Ersterem kommt das Verdienst der Aufrechterhaltung einer generellen Anfangsvermutung unzulässiger Beihilfegewährung zu. Dies ermöglicht ihm, gewährte oder zu gewährende Vergünstigungen weitestgehend objektiv zu erfassen und zu berücksichtigen. Eindeutig nachteilig wirkt sich jedoch der hierfür erforderliche, hohe Bürokratieaufwand auf Seiten der Kommission aus[291] – als scheinbar zwangsläufige Konsequenz der gemeinschaftsweit einheitlichen und notwendigen Rechtfertigungsprüfung. Dem Verhältnismäßigkeitsansatz ist demgegenüber zu Gute zu halten, dass er den deutlich pragmatischeren Weg bereitstellt, indem Ausgleichszahlungen, die bestimmte Kriterien erfüllen, von vornherein nicht als unzulässige staatliche Beihilfen gewertet werden. Nach beiden Ansätzen ist ein reiner, d.h. nicht überkompensierender Ausgleich gemeinwohlleistungsbedingter Kosten letztlich aber zulässig.[292]

Denkt man die beiden unterschiedlichen Betrachtungskonstellationen konsequent zu Ende, führt dies zu einem möglicherweise überraschenden Resultat: Der vermeintlich weniger Bürokratie erfordernde Verhältnismäßigkeitsansatz könnte sich ins Gegenteil verkehren. So hat die Kommission allen Hinweisen – z.B. von Wettbewerbern der Begünstigten oder auf Grund eigener Erkenntnisse – auf eventuell unstatthafte Vergünstigungen nachzugehen. Je mehr Vergünstigungen nicht mehr obligatorisch geprüft werden müssen, weil sie lediglich kostenausgleichshalber gewährt wurden bzw. werden sollen, wäre ein Anstieg an nicht von vornherein auszuschließenden Zweifeln an deren Gemeinschaftsrechtskonformität leicht vorstellbar. Dies gilt – außer bei unangefochtenen und insoweit evtl. problematischen Monopolstellungen[293] – sogar unabhängig von der herrschenden Wettbewerbssituation. In Zeiten allgemeiner wirtschaftlicher Prosperität konkurrieren regelmäßig mehr Unternehmen hinsichtlich einer letztlich begrenzten Zahl erbringbarer Gemeinwohlleistungen, während die Dienstleister in schlechteren Zeiten um so erbitterter um mögliche bzw. angestammte Pfründe kämpfen. Andererseits bietet das Regime des einfachen Rechtfertigungsansatzes allen Marktteilnehmern ein solides Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich der Gleichbehandlung gewährter Vergünstigungen. Die zentral bei der Kommission angesiedelte Kontroll- und Ent-

291 Vgl. *Bartosch*, (Fn. 72), S. 923.

292 Vgl. *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 98.

293 *Nicolaides*, (Fn. 37), S. 197 f., zeigt die Möglichkeit zur Aufgliederung von Monopolunternehmen in unterschiedliche Substrukturen, deren Aufgaben zum Teil auch von anderen Marktteilnehmern erbracht werden könnten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidungskompetenz birgt somit einen objektiven und allgemeingültigen Prüfungsmaßstab, der für eine auf die Balance zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlorientierung bedachte Beihilfepraxis unabdingbar ist.

II. Ausblick

Eine künftige, objektive und branchenspezifische Marktpreisevaluierung[294] ist für die Kostenausgleichsbewertung sowohl nach Verhältnismäßigkeits- als auch nach einfachem Rechtfertigungsansatz gleichermaßen unverzichtbar.[295] Mit Blick auf ersteren bedeutete sie die Schaffung des vom EuGH in seinem „Altmark"-Urteil geforderten Vergleichsmaßstabs bzgl. der einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen"[296] im Rahmen dessen Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen entstehenden Kosten. Hinsichtlich des einfachen Rechtfertigungsansatzes könnte diese Datenbasis zu einer Verfahrensstandardisierung und -beschleunigung führen, auf Grund derer der geschilderte bürokratische Aufwand auf Seiten der Kommission bestmöglich reduziert würde.

Gruppenfreistellungsverordnungen kommen für daseinsvorsorgebezogene Ausgleichsmaßnahmen allerdings nicht als geeignetes Regelungsinstrument in Betracht. Dies folgt zum einen daraus, dass der Verhältnismäßigkeitsansatz von der tatbestandausschließenden Wirkung angemessener Ausgleichszahlungen ausgeht, Gruppenfreistellungsverordnungen aber gerade das Vorliegen eines Beihilfetatbestands voraussetzen.[297] Zum anderen ergibt sich dieser Schluss, weil diese Befreiungsregelungen von der gemäß einfachem Rechtfertigungsansatz geltenden, generellen Notifizierungsverpflichtung des Art. 88 Abs. 3 EGV von vornherein ausgenommen sind.

Diese Wirkungskongruenz beider Ansätze bezüglich der Angemessenheitsbewertung von Ausgleichsmaßnahmen sowie deren letztendlicher Statthaftigkeit auf der Basis des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegimes legt den Schluss nahe, sie voll-

---

294 Vgl. *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 98, die eine zweifelsfreie Feststellung gemeinwohlleistungsbedingter Mehrkosten für unabdingbar halten.

295 So auch *Nicolaides*, (Fn. 37), S. 196 f., auf Grund seiner Analyse der Schlussanträge der jeweiligen Generalanwälte in Sachen *GEMO*, *Altmark* und *Enirisorse*.

296 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark*, (Fn. 3), Rdnr. 93.

297 Vom Prinzip ebenso *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 98. Allerdings rechnen sie dem Verhältnismäßigkeitsansatz größere Durchsetzungschancen aus. Da es sich bei Gruppenfreistellungsverordnungen jedoch um Rechtfertigungsvorschriften handelt und diese daher naturgemäß das Bestehen eines Beihilfetatbestands voraussetzen, können sie in diesem Rahmen nicht zur Anwendung kommen. Siehe auch *Sinnaeve*, (Fn. 137), S. 361, die eine entsprechende Gruppenfreistellungsverordnung zu Recht lediglich für solche Ausgleichsmaßnahmen einschlägig hält, die den vier „Altmark"-Kriterien nicht genügen. Die Auswirkungen der neuen Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung, (Fn. 72), bleiben insoweit abzuwarten.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ends miteinander zu verknüpfen.[298] Durch seine rechtsfortbildende Aufnahme an Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV orientierter[299] Ausschlusskriterien zum Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV hat der EuGH bereits einen Anfang gemacht. Seitens der Kommission wurden mit der Erarbeitung von Ausgleichsbeihilfeentscheidung und Gemeinschaftsrahmen ebenfalls erste Schritte in diese Richtung unternommen.[300] Diese Vorschriften enthalten eine definitive Klärung, einerseits „unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichssysteme mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbar sind und nicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag im Voraus notifiziert werden müssen"[301] bzw. andererseits „unter welchen Voraussetzungen [...] staatliche Beihilfen [die nicht in den Anwendungsbereich der Ausgleichsbeihilfeentscheidung fallen] gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können".[302] Dazu zählen unter anderem Vorgaben hinsichtlich der Berechnung zu berücksichtigender Kosten, Einnahmen sowie der Angemessenheit einer Rendite.[303]

Welchen weiteren Verlauf die Diskussion um die beihilferechtliche Bewertung staatlich(erseits gewährt)er Ausgleichsmaßnahmen bezüglich daseinsvorsorgebedingter Kosten tatsächlich nehmen wird, bleibt abzuwarten. Letztlich ist aber davon auszugehen, dass alle beteiligten Akteure die Weiterentwicklung zu einem für alle akzeptablen Kompromiss betreiben werden.[304] Dieser sollte einerseits den

298 In diesem Sinne könnte auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 22), Art. 87 EGV, Rdnr. 13, verstanden werden, der den „Altmark"-Ansatz befürwortet. Diesem Ansatz als solchem rechnen *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 98, insgesamt größere Durchsetzungschancen aus. Vgl. auch *Bartosch*, (Fn. 72), S. 386; Verweise auf weitere Befürworter des vom EuGH modifizierten Verhältnismäßigkeitsansatzes bei *Herrmann*, Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe, ZEuS 2004, S. 440, Fn. 143.

299 Vgl. *Sinnaeve*, (Fn. 137), S. 357. Siehe auch *Jennert*, (Fn. 120), S. 426, der das „Hinüberziehen" jedenfalls des Betrauungsmerkmals für „systematisch inkonsistent" und folglich ablehnenswert hält. Zur weiteren Diskussion um Prüfungsaufbau bzgl. Art. 87 i.V.m. 86 Abs. 2 EGV und der Frage, ob es sich bei letztgenannter Norm um eine „Legalausnahme" oder einen „Vereinbarkeitstatbestand" handelt siehe ibid., S. 428, 431; sowie *Sinnaeve*, (Fn. 137), S. 359 f. Für den Legalausnahmecharakter von Art. 86 Abs. 2 EGV sprechen sich *Hochbaum*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 66), Art. 90 EGV, Rdnr. 49; sowie *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 103), Art. 87 EGV, Rdnr. 43, aus. So auch *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 115), Art. 86 EGV, Rdnr. 53, die mit Blick auf die „Auslegung des Art. 87 i.V.m. 86 Abs. 2 EGV [...] wegen der Einschränkung des Beihilfenbegriffs für den ‚Tatbestandsansatz'" ausdrücklich von „teleologischer Reduktion" sprechen.

300 Vgl. *Herrmann*, (Fn. 298), S. 440.

301 Erwägungsgrund 6 Ausgleichsbeihilfeentscheidung, (Fn. 11).

302 Ziffer 2 Gemeinschaftsrahmen, (Fn. 12).

303 Vgl. Art. 5 Ausgleichsbeihilfeentscheidung, (Fn. 11).

304 Als aktuelles Beispiel ist hier der gemeinsam von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen und den kommunalen Spitzenverbänden aus Nordrhein-Westfalen erarbeitete Leitfaden zum Thema „EG beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge"

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wettbewerbsbezogenen primär- und sekundärrechtlichen Gemeinschaftsvorgaben genügen, andererseits aber auch in angemessener Weise die mit der Gemeinwohlleistung verbundenen Erbringungs-, Kosten- sowie Ertragsszenarien berücksichtigen. Eine nachhaltig verbesserte Ausgangssituation würde jedenfalls dadurch hergestellt, dass die Vergünstigungen gewährenden (staatlichen) Einrichtungen, sich hierbei von vornherein an einem solchen Ergebnis orientierten und eine gleichermaßen umfassende wie nachvollziehbare Dokumentation zur Mittelvergabe vorhielten.

aus Juni 2008 zu nennen, http://www.wirtschaft.nrw.de/400/100/100/Leitfaden_Schlussfassung_Juni_2008.pdf (17.9.2008). Dieser Leitfaden soll den mit der Vergabe oder dem Empfang staatlich(erseits gewährt)er Finanzhilfen befassten Stellen als Orientierungshilfe bzgl. der Anforderungen des europäischen Beihilferechts für die Finanzierung kommunaler Unternehmen und Dienstleistungen dienen und bietet konkrete Hilfestellungen. Damit kommt dem Leitfaden eine bedeutende Unterstützungsfunktion für die kommunale Praxis bei der Anwendung des europäischen Beihilferechts zu.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/1435-436X-2006-3-469 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -