

Die Entscheidung der Kommission in der Rechtssache *RAI*¹⁰⁶⁵ beweist, daß der Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG ungeachtet der Parallelen zum *Altmark*-Katalog nach wie vor eigenständige Bedeutung zukommt¹⁰⁶⁶. In *RAI* war die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, daß die Parameter, auf deren Grundlage die staatlichen Zuwendungen errechnet wurden, zuvor nicht objektiv und transparent ermittelt wurden¹⁰⁶⁷. Die *RAI* wurde nicht über ein offenes Ausschreibungsverfahren ausgewählt, und auch der Umfang des erforderlichen Ausgleichs wurde nicht auf der Basis einer Kostenanalyse festgelegt¹⁰⁶⁸. Folgerichtig verneinte die Kommission das Vorliegen des zweiten (konkreter Kompensationsvoranschlag)¹⁰⁶⁹ und des vierten Kriteriums (Vermutung für Einhaltung des Transparenzgebots durch Vergabeverfahren bzw. äquivalente Kostenanalyse)¹⁰⁷⁰ des *Altmark*-Katalogs und prüfte sodann Art. 86 Abs. 2 EG. Hierbei verschärfte die Kommission im Hinblick auf das Verbot der Überkompensation ihren Prüfungsmaßstab, indem sie verlangte, daß die Durchführung von unabhängigen Aufsichtsbehörden überwacht wird¹⁰⁷¹. Allein ein unabhängiger Aufsichtsmechanismus biete hinreichende und stichhaltige Hinweise darauf, daß die öffentliche Dienstleistung tatsächlich dem Auftrag entsprechend erbracht wurde¹⁰⁷².

III. Effizienz der Beihilfenkontrolle

1. Vorwurf der Verschlechterung der Beihilfenkontrolle

Die Argumente, die bislang gegen die Tatbestandslösung und den differenzierenden Transparenzansatz in Stellung gebracht wurden, eröffnen jedoch lediglich Nebenscharmützel und lenken von der eigentlichen Arena ab. Im Zentrum der Skepsis gegen die neue Interpretation des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils steht in Wirklichkeit die kompetenzrechtliche Komponente von Tatbestandslösung und Transparenzansatz¹⁰⁷³, die zu einer Machtverlagerung von der Kommission hin zu den Mitgliedstaaten führt: Gemeint sind der Wegfall der Notifikationspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG und des Durchführungsverbots gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, die im Fall ihrer Verletzung die formelle Illegalität der staatli-

1065 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 95.

1066 *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 (123); *Nicolaides*, Intereconomics 2002, 190 (197).

1067 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1068 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1069 *EuGH*, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1070 *EuGH*, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1071 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1072 *Kommission*, Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1073 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 111; *Jennert*, WRP 2003, 459 (459); *Quardt*, EuZW 2002, 424 (427).

chen Maßnahme zur Folge haben¹⁰⁷⁴. Dazu kommt die Frage der Beweislast der Kommission bzw. der Rechtfertigungspflicht der Mitgliedstaaten. Beruft sich nämlich ein Mitgliedstaat auf Art. 86 Abs. 2 EG, ist er für das Vorliegen seiner Voraussetzungen darlegungspflichtig¹⁰⁷⁵. Findet dagegen die Prüfung im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils statt, trägt die Kommission die vollumfängliche Beweislast¹⁰⁷⁶. Die eigentliche Sprengkraft der Urteile in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark* liegt daher darin, daß der EuGH im Bereich der Daseinsvorsorge der Kommission den präventiven Genehmigungsvorbehalt und damit die Alleinverantwortung für die beihilfenrechtliche Prüfung weggenommen hat¹⁰⁷⁷.

Nach Ansicht von GA Léger und seiner Anhänger ist die exklusive¹⁰⁷⁸ Präventivkontrolle der Kommission unabdingbar, um über die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu wachen¹⁰⁷⁹. Die Exklusivität der Kontrollkompetenz sei dadurch gerechtfertigt, daß die beihilfenrechtliche Prüfung einer staatlichen Maßnahme wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetze, welche sich auf die Gemeinschaft als Ganzes bezögen¹⁰⁸⁰. Angesichts der Sensibilität der Materie und wegen der „essentiellen Bedeutung“ für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes“ hätten die Verfasser des Vertrages die Prüfung gerade nicht die Mitgliedstaaten anvertrauen wollen, sondern sie einem Gemeinschaftsorgan, das mit der Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen beauftragt ist. Im übrigen sei eine konkrete *ex post*-Kontrolle durch die Kommission naturgemäß weniger effektiv als eine generell-präventive Kontrolle, die uniforme Anwendung des Gemeinschaftsrechts und einen Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten¹⁰⁸¹. *De facto* seien mit der neuen Linie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse die Möglichkeiten der Kommission, beihilfenrechtlichen Irregularien auf die Schliche zu kommen und zu sanktionieren, erheblich beschnitten worden¹⁰⁸².

Weiterhin wird angezweifelt, daß der Faktor „Zeit“ für die Frage eines Auslegungswechsels von Art. 87 Abs. 1 EG eine Rolle spielen darf¹⁰⁸³. Die Eilbedürftigkeit sei kein Spezifikum der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹⁰⁸⁴. Zudem bestünden insbesondere bei umfangreicheren Infrastrukturfördermaßnahmen oftmals lange Vorlaufzeiten, die es erlaubten, eine beihilfenrechtliche Prüfung durchzuführen¹⁰⁸⁵. Außerdem gelte Art. 88 Abs. 3 EG nicht für alle staatlichen Maßnahmen¹⁰⁸⁶: Im Bereich der Finanzierung

1074 Vgl. *Jennert*, ZFK 2002, 266 (267); *Koenig*, EuZW 2001, 741 (745); *Nicolaides*, Intereconomics 2002, 190 (192); *Rizza*, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (437, 442); *Winter*, CMLR 2004, 475 (499).

1075 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (679).

1076 *Bartosch*, WuW 2001, 673 (679).

1077 *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3029); *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (34).

1078 Vgl. *EuGH*, Rs. 78/76 (Steinike & Weinlig), Slg. 1977, 595, Rdnr. 9; Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 17.

1079 *EuGH*, C-48/90 und C-66/90 (Niederlande/Kommission), Slg. 1992, I-565, Rdnr. 29.

1080 *EuGH*, Rs. 730/79 (Philip Morris/Kommission), Slg. 1980, 2671, Rdnr. 24; Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 18; Rs. C-301/87 (Frankreich/Kommission – Boussac), Slg. 1990, I-307, Rdnr. 49; Rs. C-142/87, (Belgien/Kommission – Tubemusee), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 56; Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Slg. 1993, I-3203, Rdnr. 24.

1081 Vgl. *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (294); *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 48.

1082 Vgl. *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162.

1083 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (295).

1084 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (295).

1085 *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (295).

1086 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 63.

mitgliedstaatlichen Kernaufgaben (Sicherheit, Justiz, auswärtige Beziehungen, Systeme der obligatorischen sozialen Sicherung, Ausbildung und Erziehung) sei Art. 88 Abs. 3 EG nicht anwendbar. Gleiches gelte für Maßnahmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen könnten, i.e. bei der Finanzierung lokaler oder regionaler öffentlicher Dienstleistungen¹⁰⁸⁷. Letztendlich entziehe sich die öffentliche Hand ihrer Verantwortung für die Einhaltung gemeinschaftlicher Standards und wälze das Risiko behördlicher Fehleinschätzung auf den Zuwendungsempfänger ab¹⁰⁸⁸.

Darüber hinaus habe die Kommission bei der Beihilfenkontrolle verbindliche, nicht einseitig verlängerbare¹⁰⁸⁹ Fristen zu beachten¹⁰⁹⁰: Wenn die Kommission nach der zweimonatigen Vorprüfungsphase keine Entscheidung getroffen habe, dürfe der Mitgliedstaat die Beihilfe einführen, sofern er dies der Kommission zuvor anzeigt. Diese gelte gemäß Art. 4 Abs. 6 VO 659/1999/EG als genehmigt. Nach achtzehn Monaten förmlichen Prüfverfahrens könne der Mitgliedstaat gemäß Art. 7 Absätze 6 und 7 VO 659/1999/EG verlangen, daß die Kommission eine Entscheidung auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen erläßt. Den Einwand, daß selbst eine Frist von zwei Monaten für bestimmte Arten öffentlicher Dienstleistungen zu lang sein könnte, parierte der GA mit einem Verweis auf die Verpflichtung zur loyalen Kooperation zwischen Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 EG, wonach sich die Kommission veranlaßt sehen könnte, eine Angelegenheit von besonderer Dringlichkeit vorrangig zu behandeln oder eine andere geeignete Lösung zu wählen¹⁰⁹¹.

Zuallerletzt hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ganze Regelwerke für Kompensationsleistungen zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bei der Kommission anzumelden¹⁰⁹². Dieser Mechanismus habe den Vorteil, daß die Mitgliedstaaten eine einzige Genehmigung durch die Kommission erhielten, so daß später nicht jeder einzelne Anwendungsfall notifiziert werden müßte¹⁰⁹³. Der Rat könne jederzeit gemäß Art. 89 EG Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen bzw. die Kommission zu deren Erlaß ermächtigen, die dann Einzelverfahren obsolet machen würden¹⁰⁹⁴.

2. Analyse und Bewertung

Die Integration der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in das beihilfenrechtliche Prüfungs raster ist nicht nur eine grundlegende Frage der Vertragsinterpretation, sondern hat auch Auswirkungen auf Macht- und Kompetenzaufteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten¹⁰⁹⁵. Nun ist die Debatte um die Kompetenzfrage *Wer ist rechtlich zuständig?* im Beihilfenrecht deshalb so aufgeladen, weil die Frage *Wer soll rechtlich zuständig sein?* bereits entschieden zu sein scheint. Hinter der Opposition gegen den neuen Auslegungsansatz von Art. 87 Abs. 1 EG verbirgt sich das allseits tief sitzende Mißtrauen, die Mitgliedstaaten würden ihre Definitionsmacht dazu nutzen, in großem Stil Marktmanipulationen zu betreiben und

1087 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 63.

1088 *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (33).

1089 *EuGH*, Rs. C-99/98 (Österreich/Kommission), Slg. 2001, I-1101, Rdnrn. 73 ff.

1090 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 64.

1091 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 67.

1092 *Vorsitz des Europäischen Rates (Laeken)*, Schlußfolgerungen vom 14.-15. Dezember 2001, Rdnr. 26.

1093 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 69.

1094 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 70.

1095 *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (334).

durch schwer rückgängig machbare *faits accomplis* den Wettbewerb zu verzerren¹⁰⁹⁶. Dieser Verdacht speist sich aus der Einsicht, daß sich insbesondere indirekte Zuwendungen, die weniger offen zutage treten als klassische Subventionen, zur Umgehung des Beihilfenverbots anbieten¹⁰⁹⁷.

a. Ineffizienz des Notifikationssystems

Es erscheint allerdings nur auf den ersten Blick logisch, daß niemand anders als die unabhängige, auf supranationaler Ebene verankerte Kommission in der Lage ist, eine objektive Kontrolle auszuüben. Tatsächlich trägt das geltenden Notifikationssystem nicht zu einer effizienten Beihilfenkontrolle auf Gemeinschaftsebene bei. Auf die letztendlich mit hohen Geldbußen sanktionierten Verstöße gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht wurde die Kommission nämlich nicht durch das Aktenstudium mitgliedstaatlicher Notifizierungen aufmerksam¹⁰⁹⁸. Die hierzu einschlägigen Statistiken¹⁰⁹⁹ demonstrieren vielmehr, daß die Kommission staatlichen Beihilfen in erster Linie dadurch auf die Schliche kam, daß sie den von Wettbewerbern und Konkurrenten initiierten Beschwerden nachging¹¹⁰⁰. Diese sind nach wie vor die Hauptquelle für die von der Kommission gegen Mitgliedstaaten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren¹¹⁰¹. Dagegen ist die Zahl der von Amts wegen ermittelten Fälle aufgrund von Notifizierungen rückläufig¹¹⁰². Die Kommission selbst zieht daher in neueren Dokumenten das Fazit, daß das geltende Notifikationssystem nicht geeignet und praktikabel ist, eine effiziente Beihilfenkontrolle zu gewährleisten¹¹⁰³. Der Gefahr, daß Mitgliedstaaten den Kompensationscharakter der Zuwendung lediglich behaupten, wird dadurch begegnet, daß die Kommission auch ohne Notifikation zur Prüfung schreiten kann¹¹⁰⁴. Schließlich verbleibt der Kommission als Reaktionsmöglichkeit stets die Option, ein Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG zu initialisieren¹¹⁰⁵. Das von den Gegnern der neuen Auslegungslinie gezeichnete Szenario einer zu Hilflosigkeit und notdürftiger Beihilfenkontrolle verdamten Kommission trifft daher nicht zu.

Überdies vollziehen sich die mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bei Anwendung des Transparenzansatzes gerade nicht indirekt. Im Gegenteil, die mitgliedstaatlichen Zuwendungen präsentieren sich als direktes *quid pro quo* für die Leistung des im Wege des offenen Ausschreibungsverfahrens ermittelten privaten Dienstleisters.

1096 Vgl. Gundel, RIW 2002, 222, (225); Koenig, EuZW 2001, 741 (745); Nicolaides, Intereconomics 2002, 190 (197); *idem*, ECLR 2002, 313 (318); Rizza, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (443).

1097 Vgl. Koenig/Sander, EuR 2000, 743 (744).

1098 Vgl. Sinnaeve, EStAL 2003, 351 (360).

1099 Kommission, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001); Anhang I - Aufdeckung von Vertragsverletzungen; Abrufbar unter: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/act0324de01/2.pdf>.

1100 Vgl. Bartosch, NJW 2002, 3588 (3590); Hube, EuR 2004, 230 (246).

1101 Kommission, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001), Rdnr. 1.1.; abrufbar unter: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/act0324de01/2.pdf>.

1102 Kommission, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001), Rdnr. 1.1.; abrufbar unter: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/act0324de01/2.pdf>.

1103 Kommission, XXXII. Wettbewerbsbericht (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1104 Bartosch, NJW 2002, 3588 (3590); Franzius, NJW 2003, 3029 (3031); Hube, EuR 2004, 230 (246); Pünder, NZBau 2003, 530 (533).

1105 GA Stix-Hackl, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. I-14527, Rdnr. 160.

b. Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer

Ausschlaggebend für die Beurteilung, daß der Wegfall von Notifikationspflicht und des Durchführungsverbots im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse akzeptabel ist, ist der Umstand, daß die Verletzung beihilfenrechtlicher Standards auch unter dem Transparenzansatz sanktioniert wird. Denn nach dem Transparenzansatz wird die beihilfenrechtliche Kontrolle über eine verstärkte Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer garantiert. Der Kriterienkatalog des *Altmark*-Urteils¹¹⁰⁶ versetzt dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben die betroffene Konkurrenten in die Position, den Betrauungsakt zu attackieren und auf seine Stichhaltigkeit hin zu kontrollieren zu lassen¹¹⁰⁷. Diese haben die Möglichkeit, bei der Kommission Beschwerde einzureichen gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art 1 1 lit. h VO 659/99/EG¹¹⁰⁸, gegen die Kommission Untätigkeitsklage gemäß Art. 232 EG zu erheben¹¹⁰⁹ sowie über Art. 88 Abs. 3 S. 1 und 3 EG vor den nationalen Gerichten zu klagen¹¹¹⁰. Zudem genießen sie über den *Altmark*-Katalog die individuellen Rechte, welche die Vergabерichtlinien ihnen verleihen und auf die sie sich vor den nationalen Gerichten berufen können.

Rückenwind erhalten die betroffenen Konkurrenten insbesondere durch die Transparenz- und Publizitätsvorschriften von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG. Gemäß Art. 41 Abs. 1 und 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 1 und 2 RL 2004/17/EG haben die öffentlichen Auftraggeber jedes nicht erfolgreiche Bieterunternehmen auf Verlangen innerhalb von fünfzehn Tagen über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots sowie über die Merkmale und Vorteile des letztendlich erfolgreichen Angebots zu unterrichten. Die nationalen Gerichte können die Zuschlagsentscheidung auf Einhaltung der in der Veröffentlichung der Vergabekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen gemachten Vorgaben prüfen. Es findet eine umfängliche, an Sachgerechtigkeitsgesichtspunkten orientierte Kontrolle der Entscheidung statt¹¹¹¹. Darüber hinaus erlauben die Rechtsmittelrichtlinien es den nationalen Gerichten nicht nur, rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 92/13/EWG und Schadensersatzansprüche zu gewähren gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. d RL 92/13/EWG, sondern auch vorläufige Maßnahmen zu ergreifen gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 92/13/EWG. Das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem beschränkt sich nicht nur auf eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr haben die betroffenen Konkurrenten die Möglichkeit, bereits im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Entscheidungsfindung Einfluß zu nehmen¹¹¹². Der vorläufige Rechtsschutz ist das Kernstück des vergaberechtlichen Rechtsschutzes¹¹¹³.

Daß sich das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe als eine äußerst rechtsschutzfreundliche Domäne des Gemeinschaftsrechts präsentiert¹¹¹⁴, liegt nicht zuletzt an der Rechtspre-

1106 *EuGH*, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88 ff.

1107 *v. Ysendyck/Zühlke*, RIW 2003, 717 (719).

1108 VO 659/99/EG des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften fuer die Anwendung von Art. 88 des EG-Vertrags, ABl. 1999, L 83, S. 1 ff.

1109 Vgl. *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 573 ff.

1110 Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, Beihilfenrecht, Rdnr. 210 ff.; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 652 ff.

1111 Vgl. *EuGH*, Rs. C-92/00, (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 63; vgl. *Schwarze*, EuZW 2000, 133 (143).

1112 *Nowak*, EuZW 2001, 293 (300).

1113 *Dreher*, NVwZ 1996, 345 (346); *Nowak*, EuZW 2001, 293 (301).

1114 *Bibiza*, in: *Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. III, 5 (47); *Dreher*, EuZW 1998, 197 (201); *Schwarze*, EuZW 2000, 133 (143).

chung des EuGH. Im „Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Individualrechtschutz“¹¹¹⁵ entschied sich der EuGH frühzeitig für letzteres, indem er aus den materiellen Vergaberichtlinien individuell einklagbare Rechte der Bieterunternehmen herleitete, um diese zur effektiven Durchsetzung des Vergaberechts zu animieren¹¹¹⁶. Die Einbindung der privaten Wirtschaftsteilnehmer in die Vollzugskontrolle und der damit korrespondierende gerichtliche Rechtsschutz ist im übrigen ein klassisches Instrument des Gemeinschaftsrechts, um Markttöffnung zu erreichen¹¹¹⁷. Es wachen nämlich diejenigen am besten über die Einhaltung der sie schützenden gemeinschaftlichen Standards, die sich in vitalen Geschäftsinteressen betroffen sehen. Diese Rollenverteilung korrespondiert auch mit dem in Art. 211, 1. Spiegelstrich EG niedergelegten Vollzugsdefizit der Gemeinschaft, wonach die Organe der Gemeinschaft grundsätzlich nur begrenzt mit Kontrollkompetenzen ausstattet werden.

In der Regel werden daher die Wettbewerber und Konkurrenten dafür sorgen, daß entweder die Kommission oder die nationalen Gerichte intervenieren¹¹¹⁸. Die nationalen Gerichte besitzen das Rüstzeug für den Schutz individueller Rechte. Mittlerweile vertraut man zu Recht darauf, daß sie den betroffenen Konkurrenten angemessen Rechtsschutz gewähren¹¹¹⁹. Der EuGH hatte frühzeitig den Weg in die richtige Richtung gewiesen, indem er im *SFEI*-Urteil die Bedeutung der nationalen Gerichte betonte¹¹²⁰. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß der EuGH den nationalen Gerichten die Beihilfenkontrolle selbst dann anvertraut, wenn der einschlägige Markt, wie im Fall *GEMO* der Abfallbeseitigungssektor, als massiv korruptions- und betrugsanfällig gilt¹¹²¹.

Der EuGH erweckte den Eindruck, das Problem in seiner Dimension nicht adäquat gewürdigt und damit unterschätzt zu haben. Denn er versäumte es bislang, sich inhaltlich mit der Problematik des Wegfalls von Notifikationspflicht und Durchführungsverbot auseinanderzusetzen. In den Urteilen *Ferring* und *Altmark* hätte es einer offenen Kurskorrektur bedurft, welche die Unterschiede zu den Erwägungen in den Rechtssachen *CELF*¹¹²² und *Banco Exterior*¹¹²³ erklärt. Viel Opposition gegen den Richtungswechsel im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beruht darauf, daß es der EuGH diesbezüglich an argumentativer Fundiertheit hat fehlen lassen¹¹²⁴.

c. Begrenzte Leistungsfähigkeit der Kommission

Auch die drohende „Verfahrensüberlastung der Kommission“¹¹²⁵ spricht für eine Anwendung des Transparenzansatzes. Im Jahr 2000 hatte die Kommission 1200 Beschwerden und 1600 Anfragen nachzugehen¹¹²⁶. Angesichts der limitierten personellen wie sachlichen Resourcen muß die Kommission ihre Kräfte bündeln und sich auf die Verfolgung der gravieren-

1115 Schwarze, EuZW 2000, 133 (139).

1116 Vgl. EuGH, Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, Rdnr. 15; Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 26, 42; Rs. C-433/93 (Kommission/Deutschland), Slg. 1995, I-2303, Rdnr. 19.

1117 Nowak, in: Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, 47 (50); Schwarze, EuZW 2000, 133 (135, 143).

1118 Vgl. GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. , I-14527, Rdnr. 165.

1119 Vgl. Winter, CMLR 2004, 475 (477).

1120 EuGH, Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnrs. 40, 49.

1121 GA *Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. I-14527, Rdnr. 131.

1122 EuGH, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

1123 EuGH, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, 877, Rdnr. 21.

1124 Vgl. GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 144.

1125 Koenig, ZIP 2000, 53 (55).

1126 Delsaux, PPLR 2004, 130 (132).

den Verstöße gegen das EG-Wettbewerbsrecht konzentrieren¹¹²⁷. Diese Forderung erlangt besondere Dringlichkeit vor dem Hintergrund, daß die Kommission seit der Osterweiterung über das beihilferechtlich relevante Gebahren von fünfundzwanzig Mitgliedstaaten zu wachen hat. Zwar ist zum Beitrittszeitpunkt jedenfalls „auf dem Papier“ Gemeinschaftsrechtskonformität der nationalen Normen erreicht worden¹¹²⁸. Es steht aber zu erwarten, daß die neuen Mitgliedstaaten einer verstärkten Fürsorge und Kontrolle aus Brüssel bedürfen werden. Berücksichtigt man die enorme Anzahl der Prüfungsfälle, erscheint es unvorstellbar, daß die Kommission dieser Aufgabe allein gewachsen ist¹¹²⁹. Die Erweiterung der Gemeinschaft gibt damit Anlaß, aus Gründen der Effizienz die Beihilfenkontrolle weiter zu „dezentralisieren“. Es gilt bei der Auslegung des Beihilfentatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG strategisch zu denken. Das Szenario einer erweiterten Gemeinschaft vor Augen hält mittlerweile auch die Kommission das Notifikationssystem für nicht länger praktikabel¹¹³⁰.

d. Zeitgewinn und Planungssicherheit für Mitgliedstaat und Wirtschaftsteilnehmer

Der präventive Genehmigungsvorbehalt der Kommission birgt in der Praxis zudem die Gefahr, die Erbringung einer Reihe von dringlichen Dienstleistungen (z.B. Abfallentsorgung, Ambulanzdienste) zu erschweren oder gar unmöglich zu machen¹¹³¹. Daß es trotz der geregelten Fristen sowohl bei der vorläufigen Prüfungsphase gemäß Art. 88 Abs. 3 EG bzw. Art. 4 Abs. 2 VO 659/1999/EG als auch bei der förmlichen Prüfungsphase gemäß Art. 88 Abs. 2 EG bzw. Art. 4 Abs. 4 VO 659/1999/EG Defizite in der zügigen Bearbeitung gibt, läßt sich nicht bestreiten. Schließlich kann sich *de lege lata* ein Verfahren über bis zu 22 Monate hinziehen. Die Dauer eines Hauptprüfverfahrens läßt sich im voraus kaum präzise abschätzen. Zumeist geht es weit über die Dauer des Vorprüfungsverfahrens hinaus¹¹³². In der Kommissionspraxis sind eine Reihe von derart langen Verfahren dokumentiert. Sonst hätte die Kommission für sich auch nicht als Hauptanliegen der im Beihilfenrecht anstehenden Reformen formuliert, „die Verfahren zu straffen und unnötigen verfahrensrechtlichen Aufwand bei der Prüfung staatlicher Beihilfen abzuschaffen, damit die Entscheidungen überwiegend rasch getroffen und mehr Mittel für die Klärung der strittigsten Beihilfefragen bereitgestellt werden können“¹¹³³. Im übrigen ist anzumerken, daß sich die ersten Zweifel am herkömmlichen Beihilfenansatz gerade an den zeitlichen Verzögerungen entzündeten, welche das Durchführungsverbots gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG gerierte¹¹³⁴.

Der den Aktionsbedarf der öffentlichen Hand determinierende Kriterienkatalog des *Altmark*-Urteils garantiert – in der hier vertretenen Fassung, wonach zwingend die Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens erforderlich ist – die angemahnte¹¹³⁵ notwendige Rechtssicherheit. Der Wegfall von Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot bedeutet für alle Rechtsanwender im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einen

1127 *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3031); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (261); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (533).

1128 *Steiff*, NZBau 2004, 75 (82).

1129 *Thouvenin/Lorieux*, Revue du Marché Commun et de l’Union européenne 2003, 633 (640).

1130 *Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1131 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 484.

1132 *Koenig*, ZIP 2000, 53 (56).

1133 *Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 333; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1134 *GA Tizzano*, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 77 ff.

1135 *Stockhausen*, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 48.

nicht zu unterschätzenden Zeitgewinn. Wenn behauptet wird, daß an die Wirtschaftsteilnehmer nun höhere Anforderungen gestellt werden¹¹³⁶, so ist dem zu entgegnen, daß der Transparenzansatz die Last der beihilfenrechtlichen Kontrolle gleichmäßig auf die Schultern aller Wirtschaftsteilnehmer verteilt: Zwar sehen sich die Wirtschaftsteilnehmer, die sich um einen öffentlichen Auftrag für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bemühen, im Auswahlprozeß einem höheren Konkurrenzdruck ausgesetzt. Das System baut darauf, daß die Wirtschaftsteilnehmer zur Wahrung des objektiven Rechts die Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte geltend machen. Auf lange Sicht profitieren jedoch alle Wettbewerber von kürzeren Planungs- und Umsetzungsfristen. Der Transparenzansatz fügt sich insoweit auch in das generelle Konzept der Kommission für das Wettbewerbsrecht ein, wonach den privaten Wirtschaftsteilnehmern mehr Verantwortung abzuverlangen ist¹¹³⁷. Der Transparenzansatz beseitigt für den Teilbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse den generellen Mißstand, daß mitgliedstaatliche Investitionen hinausgezögert werden.

e. Ergebnis

Für eine effiziente Beihilfenkontrolle im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind Notifikationspflicht und Durchführungsverbot entbehrlich. Das Notifikationssystem ist ineffizient und birgt die Gefahr der Überlastung der Kommission. Der Wegfall wird dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben des *Altmark*-Katalogs durch eine verschärzte Kontrolle seitens der privaten Wirtschaftsteilnehmer ausgeglichen. Die Befürchtungen, daß das beihilfenrechtlichen Kontrollniveau bedenklich abgesenkt wird, erscheinen übertrieben und sind damit in der Abwägung als nachrangig einzustufen¹¹³⁸. Die Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle sollte wegen des Zeit- und Effizienzgewinns daher als Chance begriffen werden¹¹³⁹.

IV. Besonderheit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs trägt dem hohen Stellenwert des Gemeinschaftsziels der sozialen Kohäsion und der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angemessen Rechnung, wie er in Art. 3 Abs. 1 lit. k, Art. 16 EG, Art. 36 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta)¹¹⁴⁰ sowie Art. II-36 des *Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa*¹¹⁴¹ zum Ausdruck kommt.

1. Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 16 EG verwenden den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ohne ihn jedoch näher zu konkretisieren. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden gemeinhin marktbezogene Tätig-

1136 *v. Ysendyck/Zühlke*, RIW 2003, 717 (719).

1137 *Kommission*, XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1138 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3592).

1139 Vgl. *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (19); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3031); *Winter*, CMLR 2004, 475 (501).

1140 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

1141 *Verfassungskonvent*, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 18. Juli 2003, CONV 847/03.