
Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?

Michael Jürgen Werner und Peter Quante*

Inhalt

| | | |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. | Einleitung | 84 |
| II. | Rechts- und Planungssicherheit unter dem europäischen Beihilfenregime | 86 |
| 1. | Das Beihilfenrecht des EG-Vertrages | 86 |
| a) | „Private Investor Test“ | 87 |
| b) | Andere Methoden zur Ermittlung der Gleichwertigkeit | 87 |
| 2. | Rechtsrahmen für den ÖPNV auf europäischer Ebene | 88 |
| 3. | Rechtsrahmen für den ÖPNV auf nationaler Ebene | 89 |
| 4. | Neuere Entwicklung der Rechtsprechung | 89 |
| a) | Anwendung der VO 1191/69 durch die Mitgliedstaaten | 90 |
| b) | Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 87 EGV auf öffentliche Zuschüsse im ÖPNV | 90 |
| 5. | Zwischenergebnis | 91 |
| III. | Pflicht zur Rückzahlung von Zuschüssen | 91 |
| 1. | Grundsätze der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen | 92 |
| 2. | Grenzen der Rückabwicklungspflicht | 93 |
| a) | Vertrauensschutz | 93 |
| b) | Unmöglichkeit | 94 |
| c) | Zwischenergebnis | 95 |

* Michael Jürgen Werner LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Norton Rose, Brüssel sowie Dozent am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Peter Quante LL.M. war Rechtsreferendar in der Kanzlei Norton Rose in Brüssel.

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Die Verzahnung von Beihilfen- und Vergaberecht als adäquate Lösung | 95 |
| 1. Vergaberechtliches Bietverfahren als Hilfsmittel zur Bestimmung der Begünstigung | 96 |
| a) Entwicklung | 96 |
| b) Neuere Rechtsprechung des EuGH in „Altmark Trans“ | 98 |
| c) Beihilfevermutung | 99 |
| d) Zwischenergebnis | 101 |
| 2. Teilnahme von Beihilfeempfängern am Bietverfahren | 101 |
| a) Automatischer Ausschluss von Beihilfeempfängern vom Bietverfahren | 102 |
| b) Berücksichtigung der Beihilfegewährung im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe | 103 |
| c) Zwischenergebnis | 104 |
| V. Änderung der Finanzierungspraxis nur für die Zukunft | 104 |
| VI. Fazit | 106 |

I. Einleitung

Nach der Überführung zahlreicher bislang monopolisierter Wirtschaftssektoren in den Wettbewerb¹ wird im Hinblick auf die Vereinbarkeit sogenannter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstärkt die Frage der europarechtlichen Rechtmäßigkeit finanzieller Zuwendungen diskutiert, die von den Behörden eines Mitgliedstaates im Wettbewerb operierenden Unternehmen gewährt werden, um Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen, welche den Unternehmen durch den Mitgliedsstaat auferlegt werden. Derartige finanzielle Zuwendungen fallen in den Anwendungsbereich des EG-Beihilfenrechts. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu dieser Problematik ist nicht einheitlich.²

1 Vgl. dazu: *Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl 2000, S. 1641 ff.; *Slot/Skudder*, Common features of Community law regulation in the network-bound sectors, CMLR 2001, S. 87 ff.; *Paul/weber/Weinand*, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, S. 232 ff.

2 Diese Problematik wird verdeutlicht durch die Tatsache, dass die Generalanwälte *Léger* und *Jacobs* in ihren Schlussanträgen in den Rechtssachen *Altmark Trans* (Schlussanträge des Generalanwalt *Léger*, EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans* – „Magdeburger Verfahren“), noch nicht in amt. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar) und *GEMO* (Schlussanträge des Generalanwalt *Jacobs*, EuGH, Rs. C-126/01 (*GEMO*), noch nicht in amt. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar) der Rechtsprechung des

In seiner jüngsten Entscheidung zu der Frage, ob staatliche Zuschüsse zum öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) der Beihilfenkontrolle nach Art. 87 ff. EGV unterliegen hat der EuGH³ entschieden, dass öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort und Regionalverkehr ermöglichen sollen, nicht unter die Bestimmung des Art. 87 Abs. 1 EGV fallen, soweit sie als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Nach der vom EuGH vorgenommenen Konkretisierung ist dieses Kriterium erfüllt und ein Zuschuss im ÖPNV damit beihilfenfrei, wenn folgende vier Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten beauftragt worden sein;
- die für die Bestimmung des Zuschusses maßgeblichen Faktoren müssen zuvor objektiv und transparent festgelegt worden sein;
- der Zuschuss darf nicht den Betrag übersteigen, der für die Deckung der Zusatzkosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen, erforderlich ist, und
- der Zuschuss darf, sofern die zu Grunde liegende Beauftragung nicht in einem transparenten Vergabeverfahren erfolgt ist, nicht den Betrag übersteigen, den ein gut geführtes Unternehmen benötigen würde, um kosten-deckend arbeiten und einen angemessenen Gewinn erzielen zu können.

Diese Entscheidung wurde mit Spannung erwartet und bietet hinreichenden Anlass der Frage nachzugehen, welche Handlungsspielräume den einzelstaatlichen Behörden hinsichtlich der Vergabe von Zuschüssen im ÖPNV verbleiben, und in welcher Weise sich die Rechtslage durch die vom EuGH nunmehr benannten Kriterien zur Bestimmung der Beihilfenfreiheit geändert oder möglicherweise stabilisiert hat. Der nachfolgende Beitrag wird daher zunächst untersuchen, in welcher Form die Einzelstaaten unter dem europäischen Beihilfenregime über Handlungsspielräume verfügen. Für eine abschließende Beurteilung sind auch die Folgen einer rechtswidrigen Beihilfe, nämlich der Gefahr einer Rückforderung, zu erörtern. Im Kern wird dann im Licht von *Altmark Trans* untersucht, ob die Verzahnung von Beihilfen- und Vergaberecht einen adäquaten Lösungsansatz zur Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit für den nationalen Rechtsanwender darstellt.

EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Ferring* offen widersprochen haben, wobei sie sich in ihrer Argumentation gegen die Rechtsprechung des EuGH uneinig waren.

3 EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), noch nicht in amt. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar; abgedruckt in NJW 2003, S. 2515. Vgl. zu diesem Urteil auch die Anmerkung von Werner/Köster, Zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im öffentlichen Nahverkehr – Das Altmark-Trans-Urteil des EuGH, EuZW 2003, S. 503.

II. Rechts- und Planungssicherheit unter dem europäischen Beihilfenregime

Die EG-Beihilfenkontrolle hat die Aufgabe, den freien Wettbewerb und die Wettbewerbsgleichheit der Unternehmen vor Beeinträchtigungen und Störungen durch staatliche Beihilfen zu bewahren. Der Begriff „Beihilfe“ ist dabei anerkanntermaßen weit auszulegen. Er umfasst jede freiwillige staatliche Leistung, die einem Unternehmen ohne adäquate Gegenleistung gewährt wird und dieses unmittelbar oder mittelbar begünstigt.⁴ Damit unterfallen dem EG-Beihilfenrecht nicht nur Subventionen im herkömmlichen Sinne, sondern alle Arten unmittelbarer oder mittelbarer staatlicher Förderung, also auch jede Verminderung von Belastungen, die das Unternehmen normalerweise zu tragen hätte.⁵

1. Das Beihilfenrecht des EG-Vertrages

Das Beihilfenaufsichtsrecht ist in den Art. 87 bis 89 EGV niedergelegt. Es ergänzt das Binnenmarktkonzept des EG-Vertrages gemäß Art. 2 lit. c) EGV, indem Art. 87 Abs. 1 EGV ein grundsätzliches Verbot für staatliche oder aus staatlichen Mitteln⁶ gewährte Beihilfen konstituiert, soweit sie aufgrund wettbewerbsverfälschender Wirkungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können.⁷ Sofern keine Spezialnormen⁸ eingreifen, unterfallen grundsätzlich sämtliche wirtschaftliche Tätigkeiten aller Unternehmen den Art. 87 bis 89 EGV.⁹

Die Anwendung des Art. 87 EGV ist mit Unsicherheiten behaftet. Problematisch ist dabei in Anknüpfung an die oben dargestellte Definition einer Beihilfe insbesondere die Frage, wann eine spezifische wirtschaftliche Förderung vorliegt, also wann einer staatlichen Leistung keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.

4 St. Rspr. des EuGH seit EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961 1 ff. (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/EGKS*).

5 Vgl. dazu: *Boesen*, Vergaberecht, Einleitung, Rdnr. 28.

6 Das Tatbestandsmerkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“ wird vom EuGH so weit ausgelegt, dass eine Involvierung staatlicher Mittel i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV schon dann vorliegt, wenn der Staat auf die Mittelvergabe substanzien Einfluss nehmen kann. Hierfür kann beispielsweise schon eine staatliche Einflussnahme auf eine Unternehmensentscheidung durch Ausübung von Mehrheitsrechten ausreichend sein. Vgl. EuGH, Rs. C-290/83, Slg. 1985, 439, 449, Rdnr. 14 (*Frankreich/Kommission*); EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109, 2131, Rdnr. 56 (*Air France/Kommission*).

7 Vgl. hierzu ausführlich: *Werner*, ÖPNV-Unternehmen im Visier der europäischen Beihilfenaufsicht, ZEuS, 2003, S. 309 ff.

8 Z.B. Art 36 EGV (Landwirtschaft); Art 73, 76, 78 EGV (Verkehr) oder Art. 48 EAGV.

9 *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Aufl., 1999, Art. 87 EGV, Rdnr. 4.

a) „Private Investor Test“

Zur Ermittlung, wann eine solche Förderung¹⁰ gegeben ist, bedienen sich der EuGH, das EuG und die Europäische Kommission in ständiger Rechtsprechungs- und Entscheidungspraxis einer (doppelt hypothetischen) gedanklichen Hilfskonstruktion, dem sogenannten *Private Investor Test* (oder *Market Economy Investor Test*)¹¹. Im Rahmen dieses Tests wird das Verhalten eines fiktiven marktwirtschaftlich handelnden Unternehmers überprüft.¹² Ein so gedachter wirtschaftlich denkender Unternehmer würde Vergünstigungen (ergo: Beihilfen) nur unter den Bedingungen gewähren, dass ihm eine gleichwertige Gegenleistung zufließt. Somit liegt eine rechtswidrige Beihilfe dann vor, wenn der beihilfenverdächtigen Vergünstigung unter reellen Marktbedingungen kein gleichwertiges Äquivalent gegenübersteht.¹³

Der *Private Investor Test* stellt jedoch lediglich ein Denkmodell zur Ermittlung der gleichwertigen Gegenleistung dar. Aus ihm lassen sich keine Methoden zur Überprüfung der Äquivalenz entnehmen. Vielmehr setzt er lediglich voraus, dass solche Überprüfungsmethoden existieren.¹⁴ Gerade hierin liegt jedoch die Problematik. Für den Rechtsanwender ist es äußerst schwer vorauszusehen, ob ein hypothetischer privater Investor die fragliche Investition in Form der Beihilfe getätigt hätte. Fast immer ist dafür eine sachverständige Marktanalyse erforderlich.

b) Andere Methoden zur Ermittlung der Gleichwertigkeit

Das Gemeinschaftsrecht schließt die Anwendung verschiedener Methoden zur Überprüfung der Gleichwertigkeit der Gegenleistung nicht völlig aus.¹⁵ Dies ergibt sich insbesondere aus der Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission vom 20. September 2000¹⁶. Der Rechtsanwender ist also nicht zwangsläufig an den *Private Investor Test* gebunden, sondern kann grundsätzlich eine zulässige, nach Möglichkeit rechtssichere Methode selbst auswählen. Dabei ist der Einsatz von vorhan-

10 Der *Private Investor Test* dient als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktüblichkeit und damit der Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung.

11 Vgl. EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, 3596, Rdnr. 60 f. (*SFEI u.a.*); EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109, 2134, Rdnr. 70 f. (*Air France/Kommission*).

12 Vgl. *König/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 45.

13 Vgl. *Zeiss*, Das vergaberechtliche Bestbieterprinzip, EWS 2003, S. 114, 116 f.

14 Vgl. *Zeiss*, ibid., S. 117.

15 Vgl. *Zeiss*, ibid., S. 117.

16 Europäische Kommission, Mitteilung betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4. Die Mitteilung sieht vor, dass eine Ausschreibung derjenigen Gemeinwohlaufgaben erfolgen soll, die mit der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte verbunden sind oder mit der Übertragung staatlicher Mittel einhergehen. Vgl. dazu auch *Koenig*, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW, 2001, S. 741, 744.

denen einzelstaatlichen Preisermittlungsregelungen (z.B. Vergabeverfahren nach VOL/A und VOB/A) legitim, jedenfalls solange gemeinschaftsrechtliche Verfahrensregelungen fehlen.¹⁷ Ob der Einsatz von vergaberechtlichen Bietverfahren ein taugliches Mittel darstellt, um die Gleichwertigkeit der Gegenleistung auf rechts sichere Art und Weise für künftige Zuschüsse zu ermitteln, wird im weiteren Verlauf diskutiert.

2. Rechtsrahmen für den ÖPNV auf europäischer Ebene

Einen eingeschränkten Handlungsspielraum besitzen die Rechtsanwender im Bereich des ÖPNV aufgrund der europarechtlichen Ausnahmeregelungen zugunsten des Verkehrssektors.

Maßgebliche Norm des EG-Vertrags für den ÖPNV ist grundsätzlich Art. 73 EGV. Nach dieser Vorschrift sind staatliche Beihilfen an Verkehrsunternehmen zulässig, wenn sie entweder der Koordinierung des Verkehrs dienen oder durch sie Verpflichtungen eines Verkehrsträgers aufgrund der Leistung eines öffentlichen Dienstes kompensiert werden sollen. In seiner Entscheidung in der Rechtssache *Altmark Trans* hat der EuGH jedoch klargestellt, dass aufgrund der sekundärrechtlichen Ausprägung in der Verordnung Nr. 1191/69 vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs¹⁸ (im Folgenden VO 1191/69) auf die Vorschrift des Art. 73 EGV nicht mehr zurückzugreifen ist¹⁹: Soweit die VO 1191/69 im Einzelfall nicht anwendbar ist und die fraglichen staatlichen Zuschüsse unter Art. 87 Abs. 1 EG fallen, legt die Verordnung 1107/70 abschließend fest, unter welchen Voraussetzungen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen i.S. von Art. 73 EGV gewähren können.²⁰ Im Ergebnis kommt daher aufgrund der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Rechtsgedankens des Art. 73 EGV ein Zurückgreifen unmittelbar auf die primärrechtliche Norm nicht mehr in Betracht.

Nach der sekundärrechtlichen Legalausnahme vom Beihilfenverbot der VO 1191/69 sind jedoch Ausgleichszahlungen auch nur dann zulässig, wenn diejenige Verkehrslösung gewählt wurde, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit verursacht.²¹ Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich um eine rechtswidrige Beihilfe.

¹⁷ Ein spezielles gemeinschaftsrechtliches Vergabeverfahren ist erstmals in der Neufassung der EG-VO 1191/69 vorgesehen. Dazu zuletzt der Änderungsvorschlag des europäischen Parlaments v. 14.11.2001 sowie der Europäischen Kommission v. 21.2.2002 (KOM [2000] - 2000/0212 [COD]).

¹⁸ ABl. EG Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1; geändert durch VO (EWG) 1893/91, ABl. EG Nr. L 169 v. 29.6.1991, S. 1.

¹⁹ EuGH, (Fn. 2), (*Altmark Trans*), Rdnr. 101 ff.

²⁰ EuGH, (Fn. 2), (*Altmark Trans*), Rdnrn. 106-108.

²¹ Werner, ZEuS 2003, (Fn. 7), S. 316.

Demnach ist zu fragen, ob der Ausgleichszahlung eine „angemessene“ Gegenleistung gegenübersteht, nämlich in Form der Erbringung der an den Bedürfnissen der Allgemeinheit gemessenen Verkehrsdiestleistungen, die allerdings nur mit den geringst möglichen Kosten verbunden sein darf. Ist dies nicht der Fall, unterliegt die Bezugsschussung der Beihilfenaufsicht der Art. 87 ff. EGV. In der Praxis ist es mit großen Schwierigkeiten verbunden zu ermitteln, welches die mit den geringsten Kosten verbundene Verkehrslösung darstellt. Insoweit ist der nationale Handlungsspielraum mit immensen Unsicherheiten auf der Planungsebene behaftet.

3. Rechtsrahmen für den ÖPNV auf nationaler Ebene

Auf nationaler Ebene hat der deutsche Gesetzgeber die in der VO 1191/69 niedergelegten Grundsätze aufgegriffen und in das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) inkorporiert. Grundsätzlich gilt, dass eine Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich durchgeführt werden soll, es sei denn, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung nur gemeinwirtschaftlich möglich ist. Darüber hinaus konkretisiert die Anwendungsverordnung zu § 13 a PBefG²² die Frage, wann eine mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit verbundene Verkehrslösung anzunehmen ist und folglich eine Ausgleichszahlung für gemeinwirtschaftlich erbrachte Verkehrsleistungen gewährt werden darf. Die Anwendungsverordnung zu § 13 a PBefG sieht hierfür die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens im Sinne der VOL/A vor. Eigenwirtschaftliche Dienste hingegen unterliegen lediglich einer (einfachen) Genehmigung nach Maßgabe des § 13 PBefG.²³

4. Neuere Entwicklung der Rechtsprechung

Das „Altmark Trans“-Urteil des EuGH wird für die zukünftige Finanzierungspraxis für ÖPNV-Unternehmen von großer Bedeutung sein. Leider liefert es jedoch auch nicht das erwünschte Maß an Sicherheit für den nationalen Rechtsanwender.²⁴ Dazu im einzelnen:

²² Verordnung zur Anwendung von § 13 a Abs. 1 Satz 3 PBefG v. 15.12.1995, BGBl. I, S. 1705.

²³ Zur Frage der Differenzierung zwischen Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit siehe Werner, ZEuS 2003, (Fn. 7), S. 318 ff.

²⁴ Vgl. Bartosch, Rulings in Altmark and Chronopost, EStAL 2003, S. 375 ff. Dieser bezeichnet zwar die nach Altmark verbliebene Unsicherheit als akzeptabel, stellt dies jedoch unter die Bedingung, dass im Rahmen des vierten Kriteriums ein Bietverfahren durchgeführt wird.

a) Anwendung der VO 1191/69 durch die Mitgliedstaaten

Zunächst hat der EuGH entschieden, dass die VO 1191/69 dahin auszulegen sei, dass einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet wird, diese Verordnung nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Linien-diensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr anzuwenden und ihre Anwendung auf die Fälle zu beschränken, in denen andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist. Für den deutschen Rechtsrahmen bedeutet das, dass es auf die Frage, ob ein Zuschuss im ÖPNV eine staatliche Beihilfe darstellt, nur dann ankommt, wenn man zu dem Ergebnis gelangt, dass nach deutschem Recht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen ist, dass die VO 1191/69 auch auf eigenwirtschaftliche Verkehre Anwendung findet. Zu dieser Frage wird das Bundesverwaltungsgericht in Kürze Stellung beziehen müssen. Sollte es dabei zu dem (naheliegenden) Schluss kommen, dass die Anwendbarkeit der VO 1191/69 vom deutschen Gesetzgeber nicht mit der gebotenen Rechtssicherheit ausgeschlossen worden ist, so bliebe diese auch für eigenwirtschaftliche Verkehre anwendbar.²⁵ Für die planungsrechtliche Ebene hätte das zur Folge, dass, auch wenn es im deutschen Recht Vorgaben für Zuschüsse bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gibt, diese darüber hinaus danach zu beurteilen sind, ob die bezuschusste Verkehrsleistung auch diejenige ist, die mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit verbunden ist.

b) Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 87 EGV auf öffentliche Zuschüsse im ÖPNV

Daneben hat der EuGH festgestellt, dass öffentliche Zuschüsse, die Unternehmen zum Ausgleich für die Kosten der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden, unter den bestimmten (eingangs zitierten) Bedingungen keine Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV sind. Insoweit muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Kriterien, die der EuGH für die Beihilfenfreiheit aufgestellt hat, insgesamt restriktiv zu bewerten sind. Öffentliche Zuwendungen sind nach diesen Kriterien nur dann beihilfenfrei, wenn sie sich auf das für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen notwendige Maß beschränken. Den Wettbewerb verzerrende Finanzierungspraktiken wie pauschale Verlustübernahmen oder Quersubventionierungen unterliegen der Beihilfenaufsicht der Art. 87 ff. EGV.²⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Verlustausgleich bzw. die Quersubventionierung innerhalb eines von der öffentlichen Hand kontrollierten Unternehmens erfolgt. Es kann also festgestellt werden, dass die neuen Kriterien des EuGH qualitativ keine wesentliche Verbesserung zu den sich aus der VO 1191/69 ergebenden Vorgaben für die Beihilfenfreiheit darstellen.

²⁵ Vgl. dazu die Urteilsanmerkung von Werner/Köster, EuZW 2003, (Fn. 3), S. 503.

²⁶ Vgl. Werner, ZEuS 2003, (Fn. 7), S. 309 ff.

Darüber hinaus ist es sehr bedauerlich, dass der EuGH es unterlassen hat, den bei der vierten Bedingung aufgestellten Vergleichsmaßstab „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ näher zu konkretisieren. Wegen des Fehlens allgemein anerkannter Standards hat dies zur Folge, dass in der Praxis häufig Unsicherheit darüber bestehen wird, ob der betreffende öffentliche Zuschuss sich im Rahmen dessen bewegt, was ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ an öffentlichem Zuschuss benötigt, um kostendeckend gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllen und einen angemessenen Gewinn erzielen zu können. Insbesondere scheint völlig ungeklärt, ob als Vergleichsmaßstab öffentliche Unternehmen oder die regelmäßig kostengünstiger arbeitenden Privatunternehmen heranzuziehen sind. Auch ist nur schwer feststellbar, wann ein Gewinn angemessen in diesem Sinne ist. Die Grenze zu einem zu hohen Gewinn ist fließend.

5. Zwischenergebnis

Eigenwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen dürfen grundsätzlich nach den vorgegebenen Kriterien öffentlich bezuschusst werden. Die Entscheidung des BVerwG darüber, ob die VO 1191/69 auf bundesdeutscher Ebene auch für eigenwirtschaftliche Verkehre Geltung beansprucht, bleibt abzuwarten. Einstweilen ist von dem wahrscheinlicheren Fall ihrer Anwendbarkeit auch auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen auszugehen. Daraus folgt, dass auch diese sich, genau wie die Bezugsschussung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsdienstleistungen, daran messen lassen müssen, ob die jeweils bezuschusste Verkehrsleistung diejenige Lösung darstellt, die mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit verbunden ist. Bei der tatsächlichen Anwendung der VO 1191/69 geben die vom EuGH in der „Altmark Trans“-Entscheidung aufgestellten Kriterien keine hinreichende Hilfestellung. Die Voraussetzung der Verursachung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit durch die Verkehrsleistung konkretisiert der EuGH, indem er fordert, dass der Zuschuss den Betrag nicht überschreiten darf, den ein gut geführtes Unternehmen benötigen würde, um kostendeckend zu arbeiten und einen angemessenen Gewinn erzielen zu können. Das hilft dem Rechtsanwender wenig. Die Zuschussgeber werden daher kaum umhin kommen, im Vorfeld ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen, um das erwünschte Maß an Rechtssicherheit unter dem europäischen Beihilferegime zu erhalten. Eine detaillierte Darstellung dieser Vorgehensweise erfolgt im weiteren Verlauf.

III. Pflicht zur Rückzahlung von Zuschüssen

Zuvor sind aber die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Beihilfe zu untersuchen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellt die Anordnung der Rückforde-

rung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe die „logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit“ dar.²⁷ Die Rechtsprechung betrachtet die Rückforderung als ein den wettbewerblichen Zielen des Vertrages angemessenes und daher nicht unverhältnismäßiges Mittel, weil sie der Wiederherstellung des unverfälschten, wettbewerblichen Zustandes dient, der ohne die rechtswidrige Beihilfe bestanden hätte.²⁸ Der Erlass von Entscheidungen, die die Mitgliedstaaten zur Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen auffordern, gehört seit geraumer Zeit zur ständigen Praxis der Kommission.²⁹ Im Laufe des Jahres 2001 ordnete die Kommission in 20 Fällen die Rückforderung staatlicher Beihilfen an. Zum Ende des Jahres 2001 waren bei der Kommission noch 67 nicht erledigte Rückforderungsfälle anhängig.³⁰

1. Grundsätze der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen

Derjenige Mitgliedsstaat, der eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV vergeben hat, ist verpflichtet, diese von dem Begünstigten zurückzufordern.³¹ Artikel 14 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 659/199 des Rates vom 22. März 1999³² („VerfVO“) schreibt insofern zwingend vor, dass die Kommission materiell rechtswidrige Beihilfen zurückzufordern hat, soweit dies nicht gegen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt.³³ Für lediglich formell rechtswidrige Beihilfen sieht Art. 11 Abs. 2 VerfVO vor, dass die Kommission auch diese einstweilig zurückfordern kann, wovon die Kommission allerdings bis dato – soweit ersichtlich – noch keinen Gebrauch gemacht hat. Stellt die Kommission jedoch in einer Negativentscheidung fest, dass die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so muss die Kommission deren Rückforderung anordnen.³⁴ Dabei

²⁷ EuGH, Rs. C-169/95, Slg. 1997, I-135, 162, Rdnr. 47 (*Spanien/Kommission*).

²⁸ EuGH, Rs. C-169/95, Slg. 1997, I-135, 162, Rdnr. 47 (*Spanien/Kommission*); EuG, Rs. T-198/01 R, (*Technische Glaswerke Illmenau/Kommission*), noch nicht in amt. Slg., unter <http://curia.eu.int> abrufbar.

²⁹ Vgl. *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 2003, Rdnr. 587.

³⁰ Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2001), SEK(2002) 462 – 2002/2142(COS), Tz. 484.

³¹ Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 216.

³² ABI. EG Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1 ff.

³³ Basierend auf der zutreffenden Beobachtung, dass die Beihilfenrückforderung zur Liquidation des begünstigten Unternehmens führen und darüber hinaus die Mitgliedstaaten zur Einhaltung der Verfahrensregeln bringen kann, wird ihr in der Literatur teilweise auch ein Sanktionscharakter zugeschrieben, dessen Berechtigung in Frage gestellt wird. Dem wird man entgegnen können, dass die genannten Wirkungen bloße Nebenfolgen der auf die Restitution gerichteten Beihilfenrückforderung darstellen und keine darüber hinausgehenden Sanktionen, wie beispielsweise Geldbußen. Auf diesen Streit soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Vgl. zum Streitstand: *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 217.

³⁴ Art. 14 Abs. 1 S. 1 VerfVO.

richtet sich die Rückforderungsanordnung zwar jeweils an den Mitgliedstaat, jedoch ist die Beihilfe immer an diejenige Einrichtung zu zahlen, die sie gewährt hat.³⁵ Die Rückforderung erfolgt nach dem Verfahren des betreffenden Mitgliedstaates, und umfasst gemäß Art. 14 Abs. 2 VerfVO auch die Zahlung von Zinsen ab dem Zeitpunkt des Empfanges der rechtswidrigen Beihilfe. Die Anordnung der Rückforderung ist gemäß Art. 15 Abs. 1 VerfVO erst ausgeschlossen, wenn seit der erstmaligen Gewährung der Beihilfe zehn Jahre vergangen sind. In mehreren Entscheidungen hat die Kommission den Adressatenkreis einer Rückzahlungsverpflichtung auch auf dritte Unternehmen ausgedehnt, um einer Umgehung der Rückforderungsanordnung entgegenzuwirken.³⁶ In diesen Fällen wurden jeweils in den unterschiedlichsten Konstruktionen die wesentlichen Vermögensbestandteile des ursprünglich begünstigten Unternehmens auf dritte Unternehmen übertragen, wobei das begünstigte Unternehmen als „leere Hülle“ zurückblieb.

2. Grenzen der Rückabwicklungspflicht

Die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH lässt kaum noch Raum für Einwendungen, die einer Rückforderung entgegengehalten werden könnten.

a) Vertrauensschutz

In der viel beachteten „Alcan“-Entscheidung hat der EuGH zur Berufung auf Vertrauensschutzregeln zur Abwehr von Rückforderungen Stellungen bezogen:³⁷ Grundsätzlich könne danach der zu Unrecht Begünstigte kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit einer rechtswidrig gewährten Beihilfe haben. Ihm stehe es daher weder zu, sich auf Treu und Glauben noch auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Auch die in § 48 Abs. 4 VwVfG vorgesehene Ausschlussfrist von einem Jahr für die Rücknahme eines Zuwendungsbescheides könne keine Anwendung finden, weil ja die Kommission die Rückforderungsentscheidung erlassen hat. Nach dem EuGH ist es einem sorgfältigen Gewerbetreibenden regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob das Notifizierungsverfahren und das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 EGV eingehalten wurden, so dass bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot ein berechtigtes Vertrauen nicht

³⁵ EuGH, Rs. C-350/93, Slg. 1995, I-699 (716), Rdnr. 22 (*Kommission/Italien*).

³⁶ Kommission v. 8.7.1999, „Gröditzer Stahlwerke GmbH“, AbI. Nr. L 292 v. 13.11.1999, S. 27, Rdnr. 102; Kommission v. 2.6.1999, „Seleco“, AbI. Nr. L 227 v. 7.9.2000, S. 24; Kommission v. 11.4.2000, „SMI“, AbI. Nr. L 238 v. 22.9.2000/50; Kommission v. 22.6.2000, „CDA Albrechts GmbH“, AbI. Nr. L 318 v. 16.12.2000, S. 62.

³⁷ EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (*Alcan*). Das Urteil ist auf einen Vorlagebeschluss des BVerwG hin ergangen. Die Verfassungsbeschwerde gegen das auf die „Alcan“-Entscheidung des EuGH gestützte Urteil des BVerwG (NJW 1998, S. 3728) hat das BVerfG mangels Aussicht auf Erfolg nicht angenommen, BVerfG, 2 BvR 1210/98, Beschl. v. 17.2.2000, <http://www.bverfg.de>.

geltend gemacht werden kann. Im Hinblick auf die grundlegende Bedeutung, die damit dem Notifizierungsverfahren zuerkannt wird, bleiben nur noch wenige Fälle denkbar, in denen der Vertrauensschutz einem Rückforderungsanspruch entgegenstehen könnte.³⁸ In der Rechtsprechung sind lediglich Fälle erkennbar, in denen das berechtigte Vertrauen auf den Bestand einer Beihilfe für einwendungsfähig gehalten wurde, sofern der Vertrauenstatbestand nicht durch nationale Behörden, sondern durch ein Verhalten der Gemeinschaftsorgane begründet wurde. So durfte die Kommission beispielsweise eine rechtswidrige Beihilfe nicht zurückfordern, gegen die sie trotz Kenntnis erst 26 Monate nach der Gewährung vorging.³⁹

b) Unmöglichkeit

Auch die Berufung auf die Unmöglichkeit wird dem zu Unrecht Begünstigten selten gelingen. In Betracht kommt dabei ohnehin nur eine absolute und tatsächliche, nicht jedoch eine lediglich rechtliche Unmöglichkeit.⁴⁰ Nach ständiger Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte kann „die Befürchtung interner Schwierigkeiten, auch wenn sie unüberwindlich sein sollten, es nicht rechtfertigen, dass ein Mitgliedsstaat die ihm nach dem Gemeinschaftsrecht obliegende Verpflichtungen nicht einhält“⁴¹. Daher kann sich beispielsweise die Bundesrepublik nicht auf ihre föderale Staatsstruktur berufen, wenn für die Beihilfenrückforderung nicht der Bund, sondern ein Land zuständig ist.⁴²

An die Gegebenheiten, die eine absolute Unmöglichkeit begründen können, stellt der EuGH sehr hohe Anforderungen. In dem Fall besonderer Steueranrechnungen für in Italien ansässige Güterkraftverkehrsunternehmen nahm der EuGH beispielsweise keine absolute Unmöglichkeit an, obwohl Italien ausführte, dass eine Rückforderung Sozialkonflikte heraufbeschwören würde und technische Schwierigkeiten im Hinblick auf die hohe Anzahl der Begünstigten bestünden.⁴³ Nicht einmal in der Notwendigkeit der Liquidation des zu Unrecht begünstigten Unternehmens sah der EuGH einen Grund für eine absolute Unmöglichkeit,⁴⁴ so dass die Beihilfenrückforderung sogar zum Insolvenzauslöser werden kann.

Die Mitgliedstaaten werden daher nur selten mit dem Einwand der Unmöglichkeit der Rückforderung durchdringen. In Betracht kommen allenfalls Fälle der (Teil-) Unmöglichkeit, wenn sich das begünstigte Unternehmen bereits in der Insolvenz

³⁸ Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 228.

³⁹ EuGH, Rs. 223/85, Slg. 1987, 4617, 4659, Rdnr. 14 ff. (*RSV*).

⁴⁰ Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 230.

⁴¹ So etwa: EuGH, Rs. C-404/97, Slg. 2000, I-4897, Rdnr. 52 (*Kommission/Portugal*).

⁴² EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, 3458 (*BUG/Alutechnik*).

⁴³ EuGH, Rs. C-6/97, Slg. 1999, I-2981, 3008, Rdnr. 32 ff. (*Italien/Kommission*).

⁴⁴ EuGH, Rs. 52/84, Slg. 1986, 89, 104, Rdnr. 14 (*Boch*).

befindet.⁴⁵ In diesen Fällen verlangen EuGH und Kommission nicht, dass dem Mitgliedsstaat im Insolvenzverfahren für die Rückforderung Vorzugsrechte zu gewähren sind.

c) Zwischenergebnis

Sofern eine Beihilfe rechtswidrig gewährt wurde, ist ihre Rückforderung durch den Mitgliedsstaat in der Praxis die notwendige und zwingende Folge. Die Rechtsprechung hierzu ist restriktiv, so dass die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten begrenzt sind, der Rückforderungsanordnung Einwendungen entgegenzuhalten. Hierdurch verschärft sich das Risiko für den Rechtsanwender (Mitgliedstaat). Für ihn kann sich die Situation durch die Gewährung einer rechtswidrigen und damit zwingend zurückzufordernden Beihilfe, die ihrerseits bei den zu Unrecht begünstigten Unternehmen zu verheerenden Schäden führen kann, wesentlich ungünstiger darstellen, als wenn die Beihilfe erst gar nicht gewährt worden wäre.

IV. Die Verzahnung von Beihilfen- und Vergaberecht als adäquate Lösung?

Aufgrund dieser Erkenntnis drängt sich um so mehr die Frage auf, wie man das mitgliedstaatliche Bedürfnis nach mehr Rechts- und Planungssicherheit unter dem geltenden europäischen Beihilfenregime für künftige Begünstigungen verwirklichen kann. Oben wurde bereits erwähnt, dass die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens zur Problemlösung beitragen kann. In der Tat können in den jüngeren Entscheidungen von Kommission und Rechtsprechung zunehmend Verbindungen zwischen diesen beiden grundsätzlich streng voneinander zu trennenden Rechtsgebieten der Auftragsvergabe⁴⁶ einerseits und dem Beihilfenregime⁴⁷ andererseits festgestellt werden.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959, 1019, Rdnr. 60 ff (*Tubemeuse*).

⁴⁶ Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe wurde von der Gemeinschaft in Form von Richtlinien seit Beginn der 70er Jahre entwickelt. Ziel des Vergaberechts ist es, die seit jeher voneinander abgeschotteten Beschaffungsmärkte in Europa auch für Bieter anderer Mitgliedstaaten zu eröffnen. Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben sich daher zunächst aus dem primären Gemeinschaftsrecht (Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie dem allgemeinen Diskriminierungsverbot). Die entsprechenden Vorschriften des EG-Vertrages reichten jedoch nicht aus, um die vorbezeichnete Öffnung der Märkte zu verwirklichen. Demgemäß wurden die materiell-rechtlichen Vergabebestimmungen in vier Richtlinien festgelegt: der Baukoordinierungsrichtlinie (93/37 EWG = BKR), der Lieferkoordinierungsrichtlinie (93/36 EWG = LKR), der Sektorenkoordinierungsrichtlinie (93/38 EWG = SKR) und der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie (92/50 EWG = DKR). Im deutschen Recht wurden diese Richtlinien durch die §§ 97 ff. GWB umgesetzt. Vgl. dazu *Boesen, Vergaberecht, Einleitung*, Rdnr. 10 ff.

Die Praxis der Kommission lässt erkennen, dass sie im Bereich der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV immer mehr dazu übergegangen ist, ein nach den Grundsätzen der öffentlichen Auftragsvergabe durchzuführendes Bietverfahren zu verlangen, um den Vorwurf der rechtswidrigen Beihilfenvergabe zu entkräften. Diese Möglichkeit hat nun auch der EuGH in *Altmark Trans* für den Bereich des ÖPNV explizit erwähnt. Wird ein öffentliches Bietverfahren gefordert, so ist im gleichen Atemzug auch zu klären, ob ein Empfänger staatlicher Beihilfen als Bieter in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zugelassen werden kann. Insbesondere im Bereich des ÖPNV ist dies von großer Relevanz, weil die dort tätigen Unternehmen regelmäßig öffentliche Zuschüsse empfangen.

1. Vergaberechtliches Bietverfahren als Hilfsmittel zur Bestimmung der Begünstigung

Es gibt (bisher) keine Bestimmung, nach welcher die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens Voraussetzung für die Zulässigkeit eines staatlichen Zuschusses ist. Das vergaberechtliche Bietverfahren dient lediglich als Hilfsmittel zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von beihilfenrechtlichen Kriterien. Teilweise wird die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens darüber hinaus sogar empfohlen.

a) Entwicklung

Die Kommission empfahl die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens erstmals im Kontext mit der Privatisierung staatlicher Unternehmen, um von vornherein sämtliche Zweifel daran auszuräumen, dass der erzielte Verkaufspreis des staatlichen Verkäufers möglicherweise nicht mit demjenigen übereinstimmte, den ein privatwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber akzeptiert hätte (*Private Investor Test*, s.o.). Für Privatisierungen ohne Börsengang stellte die Kommission in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht fest, es könne ohne weitere Prüfung davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmensverkauf zu marktüblichen Bedingungen stattgefunden habe, wenn folgende Voraussetzungen vorlägen:

⁴⁷ Kern der europäischen Beihilfenkontrolle bildet Art. 87 Abs. 1 EGV. Staatliche Beihilfen können Wettbewerbstörungen hervorrufen, da sie durch die selektive Begünstigung einzelner Unternehmen oder Produktionszweige eine effiziente Ressourcenallokation verhindern, zu Fehlallokation der Produktivkräfte und letztlich zu Wohlstandsverlusten führen können. Auf der anderen Seite vermag der Einsatz von Beihilfen die Funktionsfähigkeit marktwirtschaftlicher Lenkungsmechanismen zu verbessern; etwa wenn sie dazu dienen, Marktversagen zu kompensieren oder erhöhte Marktbarrieren zu überwinden. Demgemäß beinhaltet das EG-Beihilfenregime kein absolutes Beihilfenverbot, sondern unterstellt die staatliche Beihilfengewährung einer umfassenden Kontrolle durch die Kommission. Kontrolliert wird dadurch in erster Linie das staatliche Ausgabeverhalten. Vgl. vor allem: *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 19 ff.

- „- Es muss ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten;
- das Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden und
- die Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können, auf die sich ihr Angebot stützt.“⁴⁸

Sofern sich die öffentliche Hand bei Unternehmensverkäufen an diese Vorgaben halte, sei eine Notifizierung, wie sie von Art. 88 Abs. 3 EGV gefordert wird, grundsätzlich entbehrlich. Allerdings könne der Mitgliedstaat sie dennoch vornehmen, um maximale Rechtssicherheit zu erlangen.

Dass die ordnungsgemäße Durchführung eines Bietverfahren keine absolute Gewähr für den Ausschluss des beihilfenrechtlichen Vorwurfs bietet, sondern nur als Hilfsmittel zur Bestimmung der Begünstigung dient, zeigt der Fall des Verkaufs des spanischen Textilunternehmens *Hytasa* durch den spanischen Staat. Hier hatte die Kommission, obwohl ein Bietverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden war und der Zuschlag an den Bieter mit dem höchsten Gebot erfolgt war, in dem Verkauf eine staatliche Beihilfe gesehen, weil die öffentliche Hand den Verkauf durch erhebliche finanzielle Unterstützungsleistungen erst ermöglicht hatte.⁴⁹ Ohne die staatliche Vorteilsgewährung wäre kein Bieter bereit gewesen, die Unternehmen zu erwerben. Dieser Bewertung waren sowohl der Generalanwalt *Jacobs*, als auch der EuGH gefolgt.⁵⁰

Auch in Fällen, in denen es um die Marktangemessenheit von Entgelten geht, die der öffentlichen Hand gegenüber entrichtet werden, hat die Kommission die ordnungsgemäße Durchführung eines Bietverfahrens als Hilfsmittel zur Beurteilung herangezogen. In ihrer Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand⁵¹ wird hinsichtlich des Verkaufs von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vorgeschlagen, beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit zu erreichen, indem das Angebot über einen hinreichend langen Zeitraum (zwei Monate oder mehr) ausgeschrieben, die Auswahl der Bieter bedingungs- und diskriminierungsfrei durchgeführt und der Zuschlag dem Bieter erteilt wird, der das höchste oder einzige Gebot abgegeben hat.

⁴⁸ Kommission, XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, KOM/94/161 endg., Tz. 403; vgl. auch Fall C 42/92, ABl. EG Nr. L 171 v. 26.6.1992, S. 54.

⁴⁹ Kommission v. 25.3.1992, Fall 92/317/EWG, „Hilaturas y Tejidos Andaluces“, ABl. EG Nr. L 171 v. 26.6.1992, S. 54.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-415/96, Slg. 1998, I-6993 (*Spanien/Kommission*).

⁵¹ ABl. EG Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3, Ziff. II 1.

Auch hier muss noch einmal betont werden, dass die Kommission die ordnungsgemäße Durchführung eines Bietverfahrens nur als ein Instrument zur Ermittlung der Beihilfenfreiheit betrachtet. Die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung kann jedoch auch auf andere Weise erteilt werden. So erkennt die Kommission z.B. im Bereich der Gebäudeveräußerung Beihilfenfreiheit auch dann an, wenn der Marktwert des Gebäudes durch einen unabhängigen Sachverständigen ermittelt wurde und der Kaufpreis dem Marktwert entspricht.⁵² Es gestaltet sich jedoch oft schwierig, einen marktangemessenen Verkaufspreis für im Eigentum des Staates stehende Unternehmen bzw. Gebäude durch Sachverständige zu ermitteln. Dies hat sich z.B. im Fall *Niedersachsen/Preussag Stahl AG* gezeigt, wo die Kommission erst nach langwieriger Prüfung zweier von unabhängigen Wirtschaftsprüfern angewandter Methoden (einer Vermögensbewertung und einer Bewertung des zukünftigen *Cash-flow*) zu dem Ergebnis gelangte, dass der zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Erwerber vereinbarte Preis den Grundsätzen der Marktangemessenheit genügte.⁵³

Aus diesem Grund bevorzugt die Kommission regelmäßig die Durchführung eines offenen Bietverfahrens gegenüber der Erstellung eines oder mehrerer Wertgutachten. Ein Bietverfahren ist auch insoweit von Vorteil, als dass durch seine Durchführung eigens ein transparenter Markt geschaffen wird, was Manipulationsmöglichkeiten bei der Bestimmung des Marktpreises erheblich reduziert.⁵⁴

b) Neuere Rechtsprechung des EuGH in „Altmark Trans“

Für den Bereich des ÖPNV hat der EuGH nun festgestellt, dass ein Zuschuss beihilfenfrei ist, wenn die vier oben dargestellten Kriterien kumulativ erfüllt sind. Damit unterwirft der EuGH die öffentlichen Zuschüsse im ÖPNV sehr strengen Vorgaben. Den größten Faktor an Unsicherheit für den Rechtsanwender bietet dabei das vierte Kriterium des EuGH. Danach ist, selbst dann, wenn die drei ersten Kriterien erfüllt sind, der Zuschuss erst dann beihilfenfrei, sofern bewiesen ist, dass er nicht den Betrag überschreitet, den ein gut geführtes Unternehmen benötigen würde, um kostendeckend arbeiten zu können. Aus Ex-ante-Sicht ist dieses Kriterium sehr hypothetisch. In der Praxis wird es den Sachverständigen kaum gelingen können, den Betrag zu ermitteln, den ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen benötigt, um ÖPNV-Dienstleistungen kostendeckend erbringen zu können. Das bedeutet auf der Kehrseite, dass weder von der öffentlichen Hand noch von dem begünstigten Unternehmen im vorhinein mit der erwünschten Sicherheit beurteilt werden kann, ob der gewährte Zuschuss beihilfenfrei ist, selbst

⁵² Vergleiche zu den Einzelheiten: AbI. EG Nr. 209 v. 10.7.1997, S. 3, Ziff. II 2 u. 3.

⁵³ Fall NN 83/98, AbI. EG Nr. C 392 v. 16.12.1998, S. 3.

⁵⁴ Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 44.

dann nicht, wenn die anderen drei Kriterien zweifellos erfüllt sind. Um eine Möglichkeit zu finden, diese Unsicherheit zu umgehen, konstatiert der EuGH, dass das vierte Kriterium nur dann zu überprüfen ist, wenn die Auswahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines transparenten Vergabeverfahrens erfolgt ist.

Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur dann die gewünschte (wenn auch nicht absolute) Rechtssicherheit für die Beihilfenfreiheit des Zuschusses gegeben ist, wenn ein transparentes Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Der EuGH eröffnet damit auch für den Bereich des ÖPNV das Einfallstor des EG-Beihilfenrechts in das Vergaberecht. Hinzuweisen ist darauf, dass die Bedeutung dieses Urteils wohl weit über den Bereich des ÖPNV hinausgeht. Seine Grundsätze müssen auch dann Geltung beanspruchen, wenn die öffentliche Hand Ausgleichszahlungen als Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt.

c) Beihilfevermutung

Die Kommission ging in ihrer beihilfenrechtlichen Kontrollpraxis teilweise so weit, das Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe zu vermuten, sofern kein öffentliches Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. In ihrer Entscheidung vom 22. März 1999 war über die Frage zu bescheiden, ob die finanziellen Zuwendungen, die den Fernsehkanälen ARD und ZDF im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb der beiden Spartenkanäle „Kinderkanal“ und „Phoenix“ gewährt worden waren, lediglich als Gegenleistung für die mit dem öffentlichen Auftrag verbundenen Verpflichtungen anzusehen oder als rechtswidrige Beihilfe zu qualifizieren waren. Die Kommission entschied in folgender Weise:

„Wird die Gegenleistung für die Verpflichtung, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erbringen, zu Marktbedingungen festgesetzt, d.h. allen interessierten Unternehmen die Möglichkeit gegeben, die Höhe der Gegenleistung anzugeben, die sie für die im Auftrag des Mitgliedstaats zu erbringende Dienstleistung fordern würden, und wird das mit der Dienstleistung betraute Unternehmen nach objektiven, geeigneten Kriterien ausgewählt, so kann die Kommission annehmen, dass die Gegenleistung keine staatliche Beihilfe an den Dienstleistungserbringer darstellt. Andernfalls besteht eine *Beihilfevermutung*, doch kann eine solche Beihilfe unter Umständen nach Art. 92 Abs. 2 oder 3 oder Art. 90 Abs. 2 EGV als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden.“⁵⁵

⁵⁵ Entscheidung der Kommission v. 24.2.1999, Fall NN 70/98, Ziff. 6.1.1, ABl. Nr. C 238 v. 21.8.1999, S. 3 (Hervorhebung durch die Autoren).

Die Kommission hatte in diesem Fall das Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe bejaht und den Fall über die Ausnahmeverordnung des Art. 86 Abs. 2 EGV gelöst⁵⁶.

Diese Beihilfevermutung der Kommission im Zusammenhang mit Art. 87 Abs. 1 EGV widerspricht der Rechtsprechung und wird auch in der Literatur kritisiert.

Bereits in seinem „Altöl“-Urteil aus dem Jahre 1985⁵⁷ hatte der EuGH entschieden, dass die begünstigten Unternehmen keinen Vorteil durch den Empfang finanzieller Leistungen erhalten, sofern durch diese Leistungen lediglich die Mehrkosten der öffentlichen Dienstleistung (Daseinsvorsorge) ausgeglichen würden. Damit könne auch keine Begünstigung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV und so auch keine rechtswidrige Beihilfe vorliegen.

Auch in *Altmark Trans* geht der EuGH nicht von einer Beihilfevermutung aus. Vielmehr erkennt er an, dass es auch andere Methoden gibt, das Vorliegen einer Begünstigung zu ermitteln. Denn ansonsten hätte er innerhalb seines vierten Kriteriums nur gefordert, dass für die Beihilfenfreiheit ein öffentliches Bietverfahren durchzuführen ist. Das tut er aber ausdrücklich nicht. Vielmehr nennt er die Durchführung des Bietverfahrens nur als Alternative zu der aufwendigen Feststellung des Betrages, den ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen zur kostendeckenden Erbringung der Leistung benötigen würde.

Ebenso wird die Beihilfevermutung zu Recht heftig kritisiert. Insbesondere wird neben dem Widerspruch zu der dargestellten Rechtsprechungspraxis dazu angeführt, dass eine Beihilfevermutung mit dem der Kommission obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz korrespondiere. Die grundsätzlich der Kommission obliegende Darlegungslast würde durch die Verlagerung der Prüfung auf den Tatbestand der Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV in unzulässiger Weise weg von der Kommission hin zu dem jeweiligen Mitgliedsstaat (und damit mittelbar zu dem jeweiligen Beihilfenempfänger) verlagert.⁵⁸

⁵⁶ Gestützt wird diese Beihilfevermutung der Kommission durch zwei Urteile des EuG (T-106/95, Slg. 1997, II-299, *FFSA*; T-46/97, Slg. 2000, II-2125, *SIC/Kommission*), in denen in Abweichung zur EuGH-Rechtsprechung („Altöl“-Urteil, s.u. Fn. 57) festgestellt wurde, dass die finanziellen staatlichen Leistungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, als Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren seien. Die Absicht der öffentlichen Hand, die im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehenden Kosten zu kompensieren, könne grundsätzlich keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe haben. Die finanziellen Leistungen könnten allerdings gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein, wenn sie nur die Mehrkosten ausgleichen sollen, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgaben entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

⁵⁷ EuGH, Rs. 42/83, Slg. 1985, 531, Rdnr. 18 (*Procureur de la République/Association de Défense des bruleurs d'huiles usagées [ADBHU]*) sowie Schlussanträge des GA Lenz in dieser Sache, Slg. 1985, 536.

⁵⁸ *Bartosch*, Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht, WuW 2001, S. 673, 678 f.

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl die Kommission als auch die Gemeinschaftsgerichte vielfach ein nach den Grundsätzen der öffentlichen Auftragsvergabe durchgeführtes Bietverfahren als Hilfsmittel akzeptieren, um den beihilfenrechtlichen Vorwurf zu entkräften. Dies gilt seit *Altmark Trans* auch für den Bereich des ÖPNV. Absolute Rechtssicherheit kann allerdings auch ein ordnungsgemäß durchgeführtes Bietverfahren nicht gewähren. Andererseits muss auch von einer indizierten Beihilfevermutung nicht ausgegangen werden, sofern kein öffentliches Bietverfahren durchgeführt worden ist. Daraus ergibt sich für die Praxis, dass ein Zuschlag, der unter Verletzung wesentlicher Regelungen des Vergaberechts – insbesondere über das öffentliche Bietverfahren – erfolgt, zwar keine Beihilfevermutung enthält, jedoch dem latenten Verdacht unterliegt, eine verbotene Beihilfe zu enthalten.⁵⁹

Nicht zuletzt deswegen ist die Durchführung eines transparenten Bietverfahrens als Hilfsmittel zur Ermittlung der Angemessenheit der Höhe der Ausgleichszahlungen bzw. des zwischen der öffentlichen Hand und dem Erwerber vereinbartem Entgelts als akzeptable Problemlösung zu werten. Dieses Mittel wird sich in der dargelegten Weise zunehmend im Bereich des europäischen Beihilfenrechts etablieren. Nicht nur Aufgabenträger im ÖPNV sondern auch in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge werden daher künftig vermehrt dazu übergehen müssen, Leistungen im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen. Andernfalls wird es ihnen immer schwerer fallen, dem Beihilfenvorwurf im Vorhinein durch aufwendige Sachverständigengutachten zu begegnen.

2. Teilnahme von Beihilfenempfängern am Bietverfahren

Wertet man die Durchführung eines bedingungsfreien Bietverfahrens nach öffentlichem Vergaberecht als maßgebliches Beurteilungskriterium für die Beihilfenfreiheit eines künftigen, staatlichen Zuschusses, so geht damit die Frage einher, ob auch Empfänger von staatlichen Beihilfen an einem solchen Bietverfahren teilnehmen dürfen. Gerade im Bereich des ÖPNV erhalten die dort tätigen Unternehmen vielfach staatliche Zuschüsse. Würde man diese nun von der Teilnahme an den empfohlenen Bietverfahren ausschließen, hätte dies zur Folge, dass die im ÖPNV bereits tätigen Unternehmen solange an der Teilnahme an den Bietverfahren gehindert wären, wie sie staatliche Zuschüsse erhalten, obwohl ihre Teilnahme eigentlich gemeinwirtschaftlich erwünscht ist. Andererseits sind Unternehmen, denen öffentliche Zuschüsse gewährt werden, in einem Vergabeverfahren regelmäßig in der Lage, ein günstigeres Angebot abzugeben, als ihre Wettbewerber, so dass bestimmte Unternehmen durch die Gewährung von Subventionen in die

⁵⁹ Zu diesem Ergebnis gelangt auch: *Zeiss*, Das vergaberechtliche Bestbieterprinzip, EWS 2003, S. 114 ff.

Lage versetzt werden könnten, ihre Konkurrenten auszuschalten. Diese Gefahr und das damit verbundene Spannungsfeld zwischen dem öffentlichen Vergaberecht einerseits und dem europäischen Beihilfenrecht andererseits hatte die Kommission bereits in ihrem XXVIII. Wettbewerbsbericht erkannt.⁶⁰

Am 7. Dezember 2000 hatte der EuGH diese Problematik im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens zu lösen.⁶¹ Im Kern ging es hier darum, ob die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren Einrichtungen zuzulassen, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auftraggebern staatliche Beihilfen erhalten, die es diesen ermöglichen, in einem Vergabeverfahren zu deutlich geringeren Preisen anzubieten, als ihre kommerziell tätigen Konkurrenten, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter darstelle. Der Generalanwalt *Léger* und der EuGH verfolgten den gleichen Weg zur Lösung des Problems. Dabei gliederten sie ihre Antwort in zwei Teile. Erstens beantworteten sie die Frage, ob ein einzelner Bieter, der Empfänger von staatlichen Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV ist, allein wegen dieses Umstandes automatisch vom Bietverfahren ausgeschlossen werden muss. Zweitens beschäftigten sie sich mit dem Folgeproblem, in welcher Weise der Umstand der Subventionierung eines Bieters im Verfahren Berücksichtigung finden kann.

a) Automatischer Ausschluss von Beihilfeempfängern vom Bietverfahren

Bei der Beantwortung dieser Frage differenzierten Generalanwalt *Léger* und der EuGH zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beihilfen.

Hinsichtlich der rechtmäßigen Beihilfen gingen sie davon aus, dass diese nicht automatisch zum Ausschluss der Empfänger führen dürfen. Es würde einen Widerspruch bedeuten, einerseits bestimmte Unternehmen in gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise zu unterstützen und ihnen zugleich nur deshalb, weil sie unterstützt worden seien, zu verbieten, eine normale wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben oder bestimmte Verträge abzuschließen.⁶² Ihre Auffassung stützten der Generalanwalt und der EuGH auch auf Art. 6 der in diesem Fall einschlägigen Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie (DKR)⁶³, wonach die DKR nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gelte, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits die Definition des öffentlichen Auftraggebers erfüllt. Die Definition des öffentlichen Auftraggebers in

⁶⁰ Vgl. Kommission, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1998), SEK (99), 743 endg., Tz. 1996. Die Kommission hatte in dem Fall „Ente Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato“ Bedenken dieser Art geäußert.

⁶¹ EuGH, Rs. C-94/99, Slg. 2000, I-11037 (*ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*).

⁶² Vgl. Schlussanträge GA *Léger*, *ibid.*, Nrn. 103 bis 105.

⁶³ Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50 EWG v. 18.6.1992, ABl. Nr. L 209 v. 24.7.1992, S. 1.

dieser Richtlinie umfasse auch öffentliche Einrichtungen, die überwiegend von Körperschaften des öffentlichen Rechts getragen würden. Daraus folge, dass dann, wenn die Auftragsvergabe nicht aufgrund eines ausschließlichen Rechts erfolge, die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht bereits deshalb ausgeschlossen werde, weil der öffentliche Auftraggeber einen Vertrag mit einer Einrichtung abschließe, welche Empfängerin staatlicher Zuschüsse sei.⁶⁴

Hinsichtlich der rechtswidrigen Beihilfen kamen der Generalanwalt und der EuGH gleichfalls zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss eines Bieters, der rechtswidrige Beihilfen empfangen habe, von einem Verfahren, welches den Vorschriften der DKR unterliege, nicht zulässig sei.⁶⁵ Dies begründeten sie mit der Entstehungsgeschichte der DKR. So sei im ursprünglichen Kommissionsvorschlag zur DKR eine ähnliche Bestimmung enthalten gewesen, wie in Art. 34 Abs. 5 Unterabsatz 3 Sektorenkoordinierungsrichtlinie (SKR)⁶⁶. Dieser sieht vor, dass Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, von den Auftraggebern nur zurückgewiesen werden dürfen, wenn diese den Bieter darauf hingewiesen haben und dieser nicht den Nachweis liefern konnte, dass die Beihilfe der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV gemeldet oder von ihr genehmigt wurde. Diese Vorschrift wurde aber im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens gerade gestrichen, um eine Diskriminierung zwischen privaten und öffentlichen Bieter zu verhindern. Diese Entwicklung möge zwar bedauernswert sein, weil kein Grund für die unterschiedliche Handhabung in der DKR und der SKR ersichtlich ist. Sie zeige aber, dass der öffentliche Auftraggeber nach der DKR nicht befugt ist, das Angebot eines Bieters abzulehnen, der eine rechtswidrige oder nicht notifizierte Beihilfe erhält.⁶⁷

Im Ergebnis darf daher ein Bieter nicht allein deshalb von einem öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil er eine (rechtmäßige oder rechtswidrige) Beihilfe erhalten hat.

b) Berücksichtigung der Beihilfengewährung im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe

Von der Frage, ob ein Beihilfeempfänger vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse, trennten der Generalanwalt und der EuGH die Frage, ob der Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe im Rahmen der Prüfung der Eignung des Bieters Berücksichtigung finden könne. Die Berücksichtigung von rechtmäßig gewährten

⁶⁴ Vgl. Schlussanträge GA *Léger*, (Fn. 62), Nr. 106.

⁶⁵ Vgl. Schlussanträge GA *Léger*, (Fn. 62), Nrn. 114 bis 118.

⁶⁶ Sektorenkoordinierungsrichtlinie 93/38 EWG v. 14.6.1993, ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 84, berichtigt durch ABl. Nr. L 82 v. 25.3.1994, S. 39, 40.

⁶⁷ Vgl. Schlussanträge GA *Léger*, (Fn. 62), Nrn. 115 bis 118.

Zuschüsse scheidet nach den Schlussanträgen aus. Die Kommission bejahte dies in ihrer Stellungnahme mit der Begründung, dass bei Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe die Gefahr der Rückforderung bestehe, was bei der Beurteilung der Eignung des Bieters unter dem Gesichtspunkt seiner finanziellen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden könne.⁶⁸ Der EuGH folgte dieser Beurteilung und entschied, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Empfänger rechtswidriger Beihilfen zwar nicht vom Verfahren ausschließen, diesen jedoch möglicherweise wegen mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit ablehnen könne.⁶⁹

c) Zwischenergebnis

Auch vor diesem Hintergrund bietet die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens einen guten Lösungsansatz, um die Auslegung der beihilfenrechtlichen Kriterien zu vereinfachen oder gar zu ermöglichen. Unternehmen, die bereits (rechtswidrige oder rechtmäßige) Beihilfen erhalten, werden grundsätzlich nicht von der Teilnahme an weiteren Bietverfahren ausgeschlossen. Das Bietverfahren führt daher nicht dazu, dass Unternehmen, die bereits im ÖPNV tätig sind, und deren Teilnahme am Bietverfahren aus diesem Grunde besonders erwünscht sein kann, daran gehindert werden, ihre Tätigkeit im ÖPNV-Sektor auszuweiten.

V. Änderung der Finanzierungspraxis nur für die Zukunft

Insbesondere für defizitäre Transportunternehmen im Konzernverbund stellt sich nun die Frage, wie sich die erwartete Änderung der Finanzierungspraxis auf derzeit bereits laufende Begünstigungen auswirken wird. Die Verfasser gehen nicht davon aus, dass die Kommission verlangen wird, die Finanzierungspraxis rückwirkend zu ändern. Es würde ein Ding der Unmöglichkeit darstellen, laufende Begünstigungen rückwirkend durch ein Bietverfahren beihilfenrechtlich zu verifizieren. Ein Bietverfahren wird die Kommission nur für künftige Begünstigungen erwarten können.

Laufende Begünstigungen unterliegen daher den herkömmlichen Beurteilungskriterien. Maßgeblich ist dabei der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Rahmen des oben bereits erläuterten *Private Investor Tests*. Kapitalzuführungen oder Zuwendungen der öffentlichen Hand an private oder öffentliche Unternehmen sind stets dahingehend zu prüfen, ob eine private Stelle (z.B. eine Geschäftsbank) ebenfalls derartige Kapitalinvestitionen bei den gegebenen

⁶⁸ Schlussanträge GA *Léger*, (Fn. 62), Nr. 123.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-94/99, (Fn. 61), Rdnr. 30 (*ARGE*).

Verhältnissen vorgenommen hätte.⁷⁰ Dabei ist die finanzielle Lage des Unternehmens, seine Struktur und sein Verschuldungsgrad von erheblicher Bedeutung.⁷¹ Bei der Prüfung ist davon auszugehen, dass ein solcher Privatinvestor in angemessener Zeit mit einem normalen Ertrag seiner Investitionen rechnet und deshalb nicht in ein Unternehmen ohne ausreichende Selbstfinanzierungsmarge investiert.⁷² Erforderlich ist damit ein Finanzplan für einen kurz- bis mittelfristigen Zeitraum. Es müssen genaue Vorgaben über die Umstrukturierung gemacht werden. Insbesondere ist ein genauer Zeitrahmen festzulegen, innerhalb dessen die defizitäre Lage des begünstigten Unternehmens beendet werden soll.

Dabei wird ein öffentlicher Investor einer privaten Unternehmensgruppe gleichgesetzt, die eine globale und sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt und dieses Verhalten einem gewöhnlichen Investor gegenübergestellt, der sich von mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilitätsüberlegungen leiten lässt.⁷³ Wenn Kapitalzuschüsse eines öffentlichen Kapitalgebers selbst langfristig von jeder Rentabilitätsaussicht absehen, sind sie als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV anzusehen und von der Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt zu überprüfen.⁷⁴ Mit dieser Differenzierung gewinnt das Kriterium, ob es dem Unternehmen möglich gewesen wäre, die betreffenden Geldbeträge auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen, erheblich an Schärfe.⁷⁵

Die Kommission erkennt bei der Anwendung des *Private Investor Tests* eine Reihe von Beurteilungskriterien an.⁷⁶ Zum Beispiel kann ein Investor bei einer bereits bestehenden Investition eine kurzfristig niedrigere Rentabilität hinnehmen.⁷⁷ Eine angemessene Rendite kann sich der Kapitalgeber dann zum Beispiel dadurch sichern, dass die Beteiligungsverhältnisse geändert und eine der Kapitalzufuhr ent-

⁷⁰ Vgl. *van Ysendyck*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 87, Rdnr. 10.

⁷¹ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 92 und 93 EGV und des Art. 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. Nr. C 307 v. 13.11.1993, S. 3, Rdnr. 16.

⁷² Entscheidungen der Kommission, ABl. Nr. L 220 v. 11.8.1988, S. 30; ABl. Nr. L 121 v. 11.5.1988, S. 57; EuGH, Rs. 323/82, Slg. 1984, 3809 (*Intermills/Kommission*); EuGH, Rs. C 147/87, Slg. 1990, I-959 (*Belgien/Kommission*).

⁷³ EuGH, Rs. C-305/89, Slg. 1991, I-1603, 1640 (*Italien/Kommission* - „Alfa Romeo“).

⁷⁴ EuGH, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433, 1476 (*Italien/Kommission* - „ENI/Lanerossi“).

⁷⁵ Vgl. *van Ysendyck*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 87, Rdnr. 16.

⁷⁶ Mitteilung der Kommission über die Anwendung von Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und Art. 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. Nr. L 254 v. 12.10.1993, S. 16, Rdnr. 27.

⁷⁷ Entscheidung der Kommission (2000/392/EG) v. 8.7.1999, „WestLB“, ABl. Nr. L 150 v. 23.6.2000, S. 1, Rdnr. 171.

sprechende Erhöhung der Stimmrechte vorgenommen wird.⁷⁸ Neben rein wirtschaftlichen Erwägungen kann ein Investor auch strategische subjektive Ziele in seinen Investitionsplänen berücksichtigen. Bei einem Mutter-Tochter-Verhältnis können in die Rentabilitätsüberlegungen auch Kriterien wie beispielsweise die Imagepflege über einen beschränkten Zeitraum eine Rolle spielen und zu der Übernahme von Verlusten durch die Muttergesellschaft führen.⁷⁹

VI. Fazit

Bereits laufende Begünstigungen sind trotz *Altmark Trans* nach den herkömmlichen Kriterien (insbesondere dem *Private Investor Test*) zu bewerten. Für künftige Begünstigungen hingegen ist die Durchführung eines vergaberechtlichen Bietverfahrens bei der derzeitigen Rechtslage ein kaum zu umgehendes Muss, um auf dieser Grundlage die Marktangemessenheit des zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Erwerber vereinbarten Entgelts oder der Angemessenheit von Ausgleichszahlungen im Vorhinein zu bejahen. Auf diese Weise erhält der Rechtsanwender zwar auch keine absolute, jedoch das größtmögliche Maß an Sicherheit unter der europäischen Beihilfenaufsicht.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der „Altmark Trans“-Entscheidung ist den Trägern des ÖPNV daher anzuraten, ihre Finanzierungspraxis im Lichte der VO Nr. 1191/69 und den vom EuGH entwickelten Vorgaben für beihilfenfreie Zuschüsse im ÖPNV zu überprüfen. Um den dargestellten Unsicherheiten bei der geltenden Rechtslage aus dem Wege zu gehen, empfiehlt es sich für die Aufgabenträger im ÖPNV, künftig auch ohne eine entsprechende Rechtspflicht vermehrt dazu überzugehen, Leistungen im ÖPNV im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen. Nur so kann dem mit der Gewährung öffentlicher Zuschüsse im ÖPNV verbundenen Risiko, gegen das Beihilfenverbot des Art. 87 EGV zu verstößen, mit hinreichender Sicherheit aus dem Wege gegangen werden. Insoweit ist es erforderlich, von der bisher etablierten Finanzierungspraxis im ÖPNV abzuweichen. Dies dürfte über den ÖPNV hinaus auch für andere Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge zunehmend Geltung beanspruchen.

⁷⁸ Entscheidung der Kommission (2000/392/EG) vom 8.7.1999, „WestLB“, (Fn. 77), Rdnr. 182.

⁷⁹ EuGH, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 u. C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 25 (*Spanien/Kommission - „Hytasa“*).