

Europa-Institut der Universität des Saarlandes
- Sektion Rechtswissenschaft -

Magisterarbeit zum Thema:

**Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge
im Kontext des europäischen Beihilfenrechts**

Gutachter:

Prof. Dr. Helmuth Schröter

vorgelegt von

Norbert Tüllmann (Studienjahrgang: 1999/2000)

Rambla República del Perú 999/902

11300 Montevideo (Uruguay)

Telefon: +598.2.7085008

Mobil: +598.95.262562

eMail: ntuellmann@web.de

skype-ID: ntuellmann

13.07.2007

| | |
|---|----|
| Gliederung - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge | |
| I. Einleitung | 1 |
| II. Daseinsvorsorge – Begriffsherkunft und –abgrenzung | 3 |
| 1. Was sind Leistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Sprachgebrauch?..... | 5 |
| 2. Wer erbringt Leistungen der Daseinsvorsorge?..... | 7 |
| a) Die Entstehung der Daseinsvorsorge-Sektoren..... | 8 |
| b) Private und öffentliche Dienstleister..... | 8 |
| c) Risiko: Unterversorgung mit Gemeinwohldiensten..... | 10 |
| 3. Wie werden Leistungen der Daseinsvorsorge finanziert?..... | 12 |
| III. Daseinsvorsorge und europäisches Gemeinschaftsrecht. | 13 |
| 1. Die Vorschriften des Primär- und Sekundärrechts der EU..... | 13 |
| a) Europäisches Primärrecht..... | 13 |
| aa) Art. 16 EGV und Art. III–6 VVE..... | 14 |
| bb) Art. 5 Absatz 2 i.V.m. 295 EGV..... | 16 |
| cc) Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 Satz 1, 73, 88 Absatz 3 Satz 1 EGV.... | 16 |
| aaa) Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Absatz 1 EGV..... | 17 |
| bbb) Bedeutung des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV für Gemeinwohlleistungen – lex specialis-Regelung des Art. 73 EGV..... | 19 |
| ccc) Notifizierungsverpflichtung gem. Art. 88 Absatz 3 Satz 1 EGV... | 21 |
| dd) Art. 36 EGRCh..... | 21 |
| ee) Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk..... | 23 |
| b) Europäisches Sekundärrecht..... | 24 |
| aa) Sekundärrechtliche Gemeinwohlverpflichtungen..... | 24 |
| aaa) Land-, Flug- und Seeverkehr..... | 24 |

| | |
|---|----|
| Gliederung - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge | 2 |
| bbb) Telekommunikations- und Postdienste..... | 25 |
| ccc) Energieversorgung..... | 26 |
| bb) Sekundärrechtliche Bestimmungen zur Finanzierung gemeinwohl- verpflichtungsbedingter Aufwendungen..... | 27 |
| aaa) Einnahmensubstituierung..... | 27 |
| bbb) Marktbezogene Finanzierung..... | 28 |
| ccc) Umlagefinanzierung..... | 28 |
| cc) Sekundärrechtliche Beihilfevorschriften..... | 29 |
| aaa) Gruppenfreistellungsverordnungen..... | 29 |
| bbb) Entscheidung über Kostenausgleichsbeihilfen für Daseinsvorsor- geunternehmen und Gemeinschaftsrahmen..... | 30 |
| 2. Sonstige europäische und mitgliedstaatliche Rechtsäußerungen... | 32 |
| a) Europäischer Rat – Schlusserklärungen diverser Vorsitze..... | 32 |
| b) Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften - EntschlieÙung zu Universaldienstgrundsätzen..... | 33 |
| c) Europäische Kommission..... | 34 |
| aa) Mitteilungen zu „Leistungen der Daseinsvorsorge“..... | 34 |
| aaa) Mitteilung von 1996..... | 34 |
| bbb) Mitteilung von 2000..... | 35 |
| bb) Bericht für den Europäischen Rat in Laeken..... | 37 |
| cc) Non-Paper der Kommission..... | 38 |
| dd) Grünbuch „Über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“.. | 40 |
| ee) Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse..... | 40 |
| d) Europäisches Parlament..... | 42 |

| | |
|---|-----------|
| Gliederung - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge | 3 |
| aa) EntschlieÙung zur (ersten) Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge“..... | 42 |
| bb) EntschlieÙung zu staatlichen Beihilfen als Ausgleich für öffentliche Dienstleistungen..... | 43 |
| cc) EntschlieÙung über das Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse..... | 43 |
| e) Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Union..... | 44 |
| aa) Initiativstellungnahme von 1999..... | 44 |
| bb) Sondierungsstellungnahme von 2002..... | 45 |
| cc) Stellungnahme zum Grünbuch „Daseinsvorsorge“..... | 46 |
| f) Ausschuss der Regionen..... | 46 |
| g) Mitgliedstaatliche Erklärungen zu EGV-Protokollbestimmungen.... | 47 |
| aa) Erklärung zu Art. 16 (ex 7d) EGV | 47 |
| bb) Erklärungen zu (öffentlich-rechtlichen) Kreditinstituten..... | 47 |
| IV. Beihilfebegriff, Theorieansätze, EuGH- und EuG-Rechtsprechung..... | 48 |
| 1. Begriff der Beihilfe..... | 48 |
| 2. Beihilferechtliche Bewertungsansätze zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse..... | 49 |
| a) Rentabilitätsansatz..... | 50 |
| b) Verhältnismäßigkeitsansatz..... | 51 |
| c) Einfacher Rechtfertigungsansatz..... | 52 |
| d) Zusammenhangsansatz..... | 54 |
| e) Qualifizierter Rechtfertigungsansatz..... | 56 |
| 3. Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse..... | 56 |

| | |
|---|----|
| Gliederung - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge | 4 |
| a) Ältere Rechtsprechung..... | 57 |
| aa) ADBHU (Association de défense des brûleurs d'huiles usagées).. | 58 |
| bb) Corbeau..... | 59 |
| cc) Almelo..... | 61 |
| dd) FFSA (Fédération Française des Sociétés d'Assurances)..... | 62 |
| ee) SIC (Sociedade Independente de Comunicação)..... | 65 |
| ff) Chronopost/UFEX..... | 66 |
| b) Neuere Rechtsprechung..... | 69 |
| aa) Ferring..... | 69 |
| bb) GEMO..... | 71 |
| cc) Altmark..... | 72 |
| aaa) Gemeinschaftsrechtskonformer Kostenausgleich..... | 73 |
| 1. <u>Tatsächliche Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen</u> | 73 |
| 2. <u>Parameter für Ausgleichsberechnung</u> | 74 |
| 3. <u>Betragshöchstgrenze für Ausgleich</u> | 74 |
| 4. <u>Auswahl und Ausstattung des Leistungserbringers</u> | 75 |
| bbb) Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht bzgl. ÖPNV..... | 76 |
| ccc) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels..... | 77 |
| ddd) Resümee..... | 78 |
| dd) Enirisorse..... | 79 |
| V. Schlussfolgerungen | 80 |
| 1. Zu den einzelnen Bewertungsansätzen..... | 81 |

| | |
|---|-----------|
| Gliederung - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge | 5 |
| 2. Ausblick..... | 82 |
| Anhang: | |
| I. Relevante Primärrechtsnormen..... | 85 |
| 1. Wortlaut Art. 5 EGV..... | 85 |
| 2. Wortlaut Art. 16 EGV..... | 85 |
| 3. Wortlaut Art. III-6 VVE – angelehnt an Art.16 EGV..... | 85 |
| 4. Wortlaut Art. 73 EGV – entspricht Art. III-136 VVE..... | 85 |
| 5. Wortlaut Art. 86 EGV – entspricht Art. III-55 VVE..... | 86 |
| 6. Wortlaut Art. 87 Absatz 1 EGV – entspricht Art. III-56 Absatz 1 VVE..... | 86 |
| 7. Wortlaut Art. 88 Absätze 1 und 3 EGV – entspricht Art. III-57 Absätze 1 und 3 VVE..... | 86 |
| 8. Wortlaut Art. 295 EGV – entspricht Art. III-331 VVE..... | 87 |
| 9. Wortlaut Art. 36 EGRCh – entspricht Art. II-36 VVE..... | 87 |
| II. Schemata zur beihilferechtlichen Bewertung öffentlicher Finanzierungshilfen..... | 88 |
| 1. (Ursprünglicher)Verhältnismäßigkeitsansatz..... | 88 |
| 2. Einfacher Rechtfertigungsansatz..... | 88 |
| 3. Zusammenhangsansatz..... | 89 |
| 4. Verhältnismäßigkeitsansatz unter Einbeziehung (einfacher) Rechtfertigungsmerkmale („Netto-Konzeption“) | 89 |
| 5. Qualifizierter Rechtfertigungsansatz („Brutto-Konzeption“)..... | 89 |
| III. Keidanren Charter for Good Corporate Behavior (17.12.1996)..... | 90 |

Bibliografie - Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge

AMBROSIUS, Gerold

„Services public, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik“, in: Cox (Hrsg.), „Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse“, Baden-Baden, 2000

BADURA, Peter

„Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat“, Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 1966, Seiten 624-633

BARTOSCH, Andreas

„Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Beihilfenrecht“, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2001, Seiten 921-927

BARTOSCH, Andreas

„Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost“, European State Aid Law Quarterly (EStAL), 2003, Seiten 375-386

BLONDEAU, Ange

„La concession de service public“, Paris, 1930

BREIDENSTEIN, Gert D.

„Das Recht des service public in Frankreich“, Würzburg, 1969

BUßMANN, Annette

„Die französische Konzeption des service public im Lichte des Art. 90 Abs. 2 EGV“, Magisterarbeit am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken/Bonn, 1999

CALLIESS, Christian / RUFFERT, Matthias (Hrsg.)

„Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV“, 3. Auflage, München, 2007, Bearbeiter u.a.: CREMER, Wolfram / JUNG, Christian / KAHL, Wolfgang / KALLMAYER, Axel / KINGREEN, Thorsten / RUFFERT, Matthias

Cox, Helmut

„Entscheidungskriterien und Prinzipien für öffentliche Dienste – Thesen zur Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen in Europa“, in: ders. (Hrsg.), „Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsfeld zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip“, Baden-Baden, 1996,

DAUSES, Manfred A.

„Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts“, Band 2, Stand: Mai 2001, Bearbeiter: EMMERICH, Volker

DOUCET, Michel / FLECK, Klaus E. W.

„Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Teil II Deutsch-Französisch“, 6. Auflage, München, Basel, 2002

FISCHERHOF, Hans

„Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung“, Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 1957, Seiten 305-316

FISCHERHOF, Hans

„Daseinsvorsorge' und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden“, Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 1960, Seiten 41-46

FORSTHOFF, Ernst

„Die Verwaltung als Leistungsträger“, Stuttgart, Berlin, 1938

GRABITZ, Eberhard / HILF, Meinhard (Hrsg.)

„Das Recht der Europäischen Union. Band II. EUV/EGV“, Stand: Oktober 2006, 31. Ergänzungslieferung, Bearbeiter u.a.: BOEING, Detlev / PERNICE, Ingolf / WERNICKE, Stephan / VON WALLEMBERG, Gabriela

GRÖTTRUP, Hendrik

„Die kommunale Leistungsverwaltung. Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge“, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1973

GUNDEL, Jörg

„Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht“, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2002, Seiten 222-230

HAKENBERG, Waltraud / TREMMEL, Ernst

„Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen im Jahre 1996“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS), 1997, Seiten 217-225

HAKENBERG, Waltraud / TREMMEL, Ernst

„Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1997 und 1998“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS), 1999, Seiten 167-175

HAKENBERG, Waltraud / ERLBACHER, Friedrich

„Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1999 und 2000“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS), 2001, Seiten 208-220

HAKENBERG, Waltraud / ERLBACHER, Friedrich

„Die Rechtsprechung des EuGH und EuGeI auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 2001 und 2002“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS), 2003, Seiten 201-216

HARTWIG, Karl-Hans

„Der Staat als Unternehmer: Zur Rolle der öffentlichen Unternehmen in der Sozialen Marktwirtschaft“, in: CASSEL, Dieter (Hrsg.), „50 Jahre Soziale Marktwirtschaft. Ordnungstheoretische Grundlagen, Realisierungsprobleme und Zukunftsperspektiven einer wirtschaftspolitischen Konzeption“, Stuttgart, 1998, Seiten 651-676

HELLERMANN, Johannes

„Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik“, Tübingen, 2000

HERRMANN, Christoph

„Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe“, Zeitschrift für Europäische Studien (ZEuS), 2004, Seiten 415-445

HöSCH, Ulrich

„Die kommunale Wirtschaftstätigkeit. Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge“, Tübingen, 2000

HUBER, Ernst Rudolf

„Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins“, in: SCHNUR, Roman (Hrsg.); „Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag“, München, 1972, Seiten 139-163

IMMENGA, Ulrich

„Grenzen des Wettbewerbs auf deregulierten Märkten – Generalbericht“, in: BLAUROCK, Uwe (Hrsg.); „Grenzen des Wettbewerbs auf deregulierten Märkten. Tagungsband Graz 1997“, 1. Auflage, Baden-Baden, 1999, Seiten 73-95

IMMENGA, Ulrich / MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.)

„EG-Wettbewerbsrecht. Kommentar. Band II“, München, 1997, Bearbeiter: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

INTERNATIONALES INSTITUT FÜR RECHTS- UND VERWALTUNGSSPRACHE

„Handbuch der Internationalen Rechts- und Verwaltungssprache. Deutsch/Englisch. Das Recht des öffentlichen Dienstes“, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988

IPSEN, Hans Peter

„Öffentliches Wirtschaftsrecht. Entwicklungsbeiträge unter dem Grundgesetz“, Tübingen, 1985, zitiert: IPSEN (WIRTSCHAFTSRECHT)

IPSEN, Hans Peter

„Europäisches Gemeinschaftsrecht“, Tübingen, 1972, zitiert: IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT)

ISENSEE, Josef/KIRCHOF, Paul (Hrsg.)

„Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland. Band III. Das Handeln des Staates“, 2. Auflage, Heidelberg, 1996: „§ 80 – Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit“ (Bearbeiter: RÜFNER, Wolfgang), „§ 84 – Wirtschaftliche Betätigung des Staates“ (Bearbeiter: RONELLENFITSCH, Michael)

JENNERT, Carsten

„Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark-Trans“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2004, Seiten 425-31

KÄMMERER, Jörn Axel

„Strategien zur Daseinsvorsorge. Dienste im allgemeinen Interesse nach der ‚Altmark‘-Entscheidung des EuGH“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2004, Seiten 28-34

KOENIG, Christian / KÜHLING, Jürgen

„‚Totgesagte Vorschriften leben länger‘: Bedeutung und Auslegung der Ausnahme Klausel des Art. 86 Abs. 2 EG“, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), Nr. 166 (2002), Seiten 656-684

LENZ, Carl Otto / BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.)

„EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“, 4. Auflage, Köln, Basel, Genf, München, Wien, 2006, Bearbeiter: GRILL, Gerhard / KREUSCHITZ, Viktor / RAWLINSON, Francis

LÖWENBERG, Fabian

„Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa. Ein Beitrag zu Art. 16 des EG-Vertrages“, Berlin, 2001

MERK, Bruno / VON KORTZFLEISCH, Gert

„Gemeindliche Daseinsvorsorge in neuerer Sicht. Die Grenzen des Wachstums“, Köln, 1973

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

„Daseinsvorsorge und Universaldienste im europäischen Kontext. Ein Beitrag zur Funktion von Art. 90 Abs. 2 EGV“, in: RULAND, Franz/VON MAYDELL, Bernd Baron/PAPIER, Hans-Jürgen (Hrsg.); „Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag“, Heidelberg 1998, Seiten 635-651, zitiert: MESTMÄCKER (DASEINSVORSORGE)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

„Wettbewerb in der Verteilungsgesellschaft (1987)“, in: ders., „Recht in der offenen Gesellschaft“, Baden-Baden, 1993, Seiten 661-666, zitiert: MESTMÄCKER (VERTEILUNGSGESELLSCHAFT)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

„Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht“, in: ders., „Recht in der offenen Gesellschaft“, 1. Auflage, Baden-Baden, 1993, Seiten 183-241, zitiert: MESTMÄCKER (STAAT UND UNTERNEHMEN)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

„Zwischen freiem und verwaltetem Wettbewerb – Möglichkeiten und Grenzen der Wettbewerbspolitik (1990)“, in: ders., „Recht in der offenen Gesellschaft“, Baden-Baden, 1993, Seiten 667-672, zitiert: MESTMÄCKER (WETTBEWERBSPOLITIK)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim

„Europäisches Wettbewerbsrecht“, München, 1974, zitiert: MESTMÄCKER (WETTBEWERBSRECHT)

MONTAG, Frank / LEIBENATH, Christoph

„Finanzierung öffentlicher Unternehmen und EG-Beihilfenrecht“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS) 2003, Seiten 402-409

NETTESHEIM, Martin

„Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge“, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS) 2002, Seiten 253-263

NICOLAIDES, Phedon

„Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law“, European State Aid Law Quarterly (EStAL), 2003, Seiten 183-209

OLIVARES TRAMON, José Miguel / TÜLLMANN, Norbert

„Die künftige Gestaltung der EU-Gerichtsbarkeit nach dem Vertrag von Nizza“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, Seiten 43-50

PAPPALARDO, A.

„Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés“, in: COLLEGE D'EUROPE (Edit.), Cahiers de Bruges, N.S. 36, „La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire“, Bruges, 1977, Pages 538-558

POTONNIER, Georges Ed./POTONNIER, Brigitte

„Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel. Band II, Französisch-Deutsch“, 3. Auflage, Wiesbaden, 2002

PÜTTNER, Günter

„Daseinsvorsorge und service public im Vergleich“, in: Cox (Hrsg.), „Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse“, Baden-Baden, 2000

Ross, Malcolm

„Article 16 E.C. and Services of General Interest: From Derogation to Obligation“, European Law Review (ELRev), 2000, Seiten 22-38

SCHEIDEMANN, Dieter

„Der Begriff der Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlung der Konzeption Ernst Forsthoffs“, Göttingen, Zürich, 1991

SCHINK, Alexander

„Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen“, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2002, Seiten 129-140

SCHRÖTER, Helmuth / JAKOB, Thinam / MEDERER, Wolfgang (Hrsg.)

Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden, 2003, Bearbeiterin u.a.: VAN YSENDYCK, Anne

SCHWARZE, Jürgen

„Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2001, Seiten 334-339

SCHWARZE, Jürgen

„Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2000, Seiten 613-627

SCHWARZE, Jürgen

„Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2001, Seite 481

SINNAEVE, Adinda

„State Financing of Public Services: The Court’s Dilemma in the Altmark Case“, European State Aid Law Quarterly (EStAL), 2003, Seiten 351-363

TETTINGER, Peter J.

„Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?“, Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl.), 1997, Seiten 341-346

TETTINGER, Peter J.

„Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft. Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht“, in: Cox (Hrsg.), „Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse“, Baden-Baden, 2000

TRAVERS, Noel

„Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?“, European State Aid Law Quarterly (EStAL), 2003, Seiten 387-392

VON DANWITZ, Thomas

„Wächter der Gemeinschaft“, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.03.2007, Seite 8

VON DER GROEBEN, Hans / SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.)

„Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Band 2. Art. 81-97 EGV“, 6. Auflage, Baden-Baden, 2003, Bearbeiter u.a.: HOCHBAUM, Ingfried F. / KLOTZ, Robert

VON DER GROEBEN, Hans / THIESING, Jochen / EHLERMANN, Claus-Dieter (Hrsg.)

„Kommentar zum EU-/EG-Vertrag. Band 2/II. Art. 88-102 EGV“, 5. Auflage, Baden-Baden, 1999, Bearbeiter u.a.: HOCHBAUM, Ingfried F. / MEDERER, Wolfgang

WEBER, Max

„Wirtschaft und Gesellschaft“, 1. Halbband, 4. Auflage, Tübingen, 1956

Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Beihilfenrechts

I. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit werden Ansätze zur Qualifizierung der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge als staatliche Beihilfe diskutiert. Die Einordnung solcher Leistungen in das Beihilferegime der Europäischen Gemeinschaft (EG) war in den vergangenen Jahren Gegenstand einiger beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) bzw. beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) anhängig gemachter Rechtssachen. Dabei wurden im Wesentlichen vier unterschiedliche Argumentationen vertreten: der *Verhältnismäßigkeitsansatz* der Kommission der Europäischen Gemeinschaften etwa in der Rechtssache ADBHU¹, der *einfache Rechtfertigungsansatz* des Generalanwalts Tizzano in dessen Schlussanträgen zur Rechtssache Ferring², der *Zusammenhangsansatz* des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache GEMO³, sowie der *qualifizierte Rechtfertigungsansatz* des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Altmark⁴. Seiner GEMO-Entscheidung legte der EuGH noch den einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde. Bereits in Sachen Altmark besann er sich jedoch auf den Verhältnismäßigkeitsansatz, entwickelte diesen allerdings deutlich weiter. Zuletzt bestätigte der EuGH seine Altmark-Rechtsprechung umfassend in der Rechtssache Enirisorse⁵.

Die zentralen Grundnormen des europäischen Primärrechts zu der behandelten Materie finden sich in den Art. 87 sowie 86 Abs. 2 Satz 1, 73, 16 und 5 Abs. 2 EGV⁶ und nicht zuletzt in Art. 36 EGRCh⁷. Zudem sind verschiedene Regelungen des Sekundärrechts zu berücksichtigen⁸. Daneben haben sich diverse Organe der EG zu dieser Thematik geäußert. Allen voran steht die

¹ Rs. 240/83, Urteil vom 07.02.1985, Schlussanträge vom 22.11.1984, Slg. 1985, 531 ff. Im Weiteren wird die Kommission der Europäischen Gemeinschaften nur KOMMISSION genannt.

² Rs. C-53/00, Urteil vom 22.11.2001, Schlussanträge vom 08.05.2001, Slg. 2001, I-9067 ff.

³ Rs. C-126/01, Urteil vom 20.11.2003, Schlussanträge vom 30.04.2002, Slg. 2003, I-13769 ff. Erste Anklänge des Zusammenhangsansatzes lassen sich bereits in den Darlegungen zur ADBHU-Entscheidung (siehe Fn. 1, dort Seite 544) finden.

⁴ Rs. C-280/00, Urteil vom 24.07.2003, Schlussanträge I vom 19.03.2002, Schlussanträge II vom 14.01.2003, Slg. 2003, I-7747 ff.

⁵ Verbundene Rs. C-34/01 bis C-38/01, Urteil vom 27.11.2003, Schlussanträge vom 07.11.2002, Slg. 2003, I-14243 ff.

⁶ VERTRAG ZUR GRÜNDUNG DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT vom 07.02.1992, ABl. Nr. C 325/33 ff. vom 24.12.2002, in der Fassung des VERTRAGES VON NIZZA vom 07.12.2000, ABl. Nr. C 80/1 ff. vom 10.03.2001. Auf die weitestgehende Übereinstimmung der hier relevanten Normen mit den Formulierungen des VERTRAGES ÜBER EINE VERFASSUNG FÜR EUROPA, von den Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten am 29.10.2004 in Rom unterzeichnet, ABl. Nr. C 310/1 vom 16.12.2004 – im Weiteren: VVE –, wird unter Punkt III 1 a aa näher eingegangen. Der Wortlaut der einzelnen Primärrechtsvorschriften ist in Anhang I wiedergegeben.

⁷ CHARTA DER GRUNDRECHTE DER EUROPÄISCHEN UNION, ABl. Nr. C 364/1 ff. vom 18.12.2000 – im Weiteren: EGRCh. Der Wortlaut der Norm ist mit Bezug zur entsprechenden VVE-Regelung in Anhang I wiedergegeben.

⁸ Z.B. die so genannte Transparenz-Richtlinie 2006/111/EG vom 16.11.2006, ABl. Nr. L 318/17 ff. vom 17.11.2006 (im Weiteren: TRANSPARENZRL 2006), mit der die bisherigen Regelungen der Transparenz-Richtlinie 80/723/EWG vom 25.06.1980, ABl. Nr. L 195/35 ff. vom 29.07.1980 (im Weiteren: TRANSPARENZRL 1980) sowie die Verschärfungen der diese ändernde Richtlinie 2000/52/EG vom 26.07.2000, ABl. Nr. L 193/75 ff. vom 29.07.2000 (im Weiteren: TRANSPARENZÄNDRL), neugefasst wurden.

Kommission mit ihren beiden Mitteilungen aus den Jahren 1996 und 2000 zu Leistungen der Daseinsvorsorge⁹, ihrem „Bericht für den Europäischen Rat in Laeken“¹⁰, ihrem Grün-¹¹ und Weißbuch¹² sowie ihrer Ausgleichsbeihilfenentscheidung¹³ und dem dazugehörigen Gemeinschaftsrahmen¹⁴. Auch das Europäische Parlament hat mit den drei Berichten seines Wirtschafts- und Währungsausschusses¹⁵ und den diesen folgenden Entschlüssen¹⁶ bedeutende Wegmarken gesetzt. Diese werden schließlich ergänzt durch zahlreiche Stellungnahmen und Positionspapiere unterschiedlicher europäischer sowie nationaler Institutionen und Organisationen¹⁷, in denen sich die Auffassungen und Lobbybemühungen betroffener Interessengruppen widerspiegeln.

Folgende Vorgehensweise wurde der Untersuchung zu Grunde gelegt: Zu Beginn werden die unterschiedlichen Begriffe abgegrenzt, um eine präzise Problembeschreibung zu ermöglichen. Anschließend werden die primär- und se-

⁹ MITTEILUNG „LEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IN EUROPA“, ABl. Nr. C 281/3 ff. vom 26.09.1996 – im Weiteren: 1. DV-MITTEILUNG - sowie MITTEILUNG „LEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IN EUROPA“, ABl. Nr. C 17/4 ff. vom 19.01.2001 – im Weiteren: 2. DV-MITTEILUNG.

¹⁰ KOM(2001) 598 endg., vom 17.10.2001 – im Weiteren: LAEKEN-Bericht.

¹¹ GRÜNBUCH „ÜBER DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE“, KOM(2003) 270 endg. vom 21.05.2003 – im Weiteren: GRÜNBUCH.

¹² KOM(2004) 374 endg. vom 12.05.2004 – im Weiteren: WEIßBUCH „Daseinsvorsorge“.

¹³ „ENTSCHEIDUNG Nr. 2005/842/EG vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden“, ABl. Nr. L 312/67 ff. vom 29.11.2005 – im Weiteren: AUSGLEICHSBEIHLIFENENTSCHEIDUNG.

¹⁴ „GEMEINSCHAFTSRAHMEN FÜR STAATLICHE BEIHLIFEN, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“, ABl. Nr. C 297/4 ff. vom 29.11.2005 – im Weiteren: GEMEINSCHAFTSRAHMEN.

¹⁵ BERICHT DES AUSSCHUSSES FÜR WIRTSCHAFT UND WÄHRUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS VOM 17.10.2001, A5-0361/2001 endg. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0361+0+DOC+PDF+V0//DE&language=DE>), benannt nach dem seinerzeitigen Berichtersteller, Werner LANGEN – im Weiteren: LANGEN-Bericht; BERICHT DES AUSSCHUSSES FÜR WIRTSCHAFT UND WÄHRUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS VOM 09.02.2005, A6-0034/2005 endg. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0034+0+DOC+PDF+V0//DE&language=DE>), benannt nach der seinerzeitigen Berichterstellerin, Sophia IN 'T VELD – im Weiteren: IN 'T VELD-Bericht; BERICHT DES AUSSCHUSSES FÜR WIRTSCHAFT UND WÄHRUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS VOM 14.09.2006, A6-0275/2006 endg. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0275+0+DOC+PDF+V0//DE&language=DE>), benannt nach dem seinerzeitigen Berichtersteller, Bernhard RAPKAY – im Weiteren: RAPKAY-Bericht.

¹⁶ ENTSCHEIDUNG (auf Grund des LANGEN-Berichts, siehe Fn. 13) ZUR MITTEILUNG DER KOMMISSION „LEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IN EUROPA“: P5_TA(2001)0596 (siehe <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0596+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>); ENTSCHEIDUNG (auf Grund des IN 'T VELD-Berichts, siehe Fn. 13) ZU STAATLICHEN BEIHLIFEN ALS AUSGLEICH FÜR DIE ERBRINGUNG ÖFFENTLICHER DIENSTLEISTUNGEN: P6_TA(2005)0033 vom 22.02.2005, siehe ABl. Nr. C 304E/117 vom 01.12.2005; ENTSCHEIDUNG (auf Grund des RAPKAY-Berichts, siehe Fn. 13) ZUM WEIßBUCH DER KOMMISSION ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE (P6_TA(2006)0380 vom 27.09.2006, noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht, siehe statt dessen <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0380+0+DOC+XML+V0//DE>).

¹⁷ Genannt seien hier verschiedene STELLUNGNAHMEN DES WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSSES DER EU – im Weiteren: WSA –, namentlich Nr. 1999/C 368/17 vom 21.10.1999, ABl. Nr. C 368/51 ff. vom 20.12.1999 – im Weiteren: WSA-1999 – und Nr. 2002/C 241/23 vom 17.07.2002, ABl. Nr. C 241/119 ff. vom 07.10.2002 – im Weiteren: WSA-2002. Als polemische Auswahl deutscher Positionspapiere seien statt vieler erwähnt: STELLUNGNAHME DER BUNDESVEREINIGUNG DER KOMMUNALEN SPITZENVERBÄNDE vom 26.02.2001 zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments am 06.03.2001 (keine veröffentlichte Quelle!), PUBLIKATION „DECKMANTEL DASEINSVORSORGE“ DES BUNDESVERBANDS DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E.V. aus Dezember 2000, <http://www.bdi-online.de/sbresearcher/infostartpage.asp?InfoID={9DB68989-CF4D-11D4-B951-0050DA2662B7}>, BEWERTUNG DES LANGEN-BERICHTS DURCH DEN DEUTSCHEN GEWERKSCHAFTSBUND aus August 2001 (keine veröffentlichte Quelle!). Schließlich hat sich der EUROPÄISCHE ZENTRALVERBAND DER ÖFFENTLICHEN WIRTSCHAFT (CEEP) am 27.09.2006 mit einem GARANTIE- UND ENTWICKLUNGS-RAHMENVORSCHLAG BZGL. DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE (siehe: http://www.ceep.eu/media/opinions/avis_20_de) an der Diskussion beteiligt.

kundärrechtlichen Bestimmungen erläutert, die relevant sind für die Bewertung der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als staatliche Beihilfe. Vor diesem Hintergrund kommt es dann zur zentralen Erläuterung der maßgeblichen Theorieansätze, die bislang zur Beihilfeklassifizierung entsprechender Finanzierungsmaßnahmen entwickelt wurden. Darauf folgt die Darstellung und Bewertung der einschlägigen Urteile sowohl des EuGH als auch des Gerichts erster Instanz (EuG) sowie der Schlussanträge der Generalanwälte. Abschließend werden einige Thesen formuliert, die künftig zu berücksichtigende Anforderungen an Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sowie Grundzüge deren künftiger Finanzierung aufzeigen sollen.

II. Daseinsvorsorge – Begriffsherkunft und -abgrenzung

Daseinsvorsorge ist ein mehr als unbestimmter Rechtsbegriff¹⁸. Er entstammt nicht, wie auf Grund seiner aktuellen Bedeutung in der europäischen Diskussion leicht angenommen werden könnte, dem gemeinschaftsrechtlichen Sprachgebrauch, sondern wurde schon im Jahre 1938 durch Ernst Forsthoff in dessen grundlegendem Werk „Die Verwaltung als Leistungsträger“ geprägt. Erklärtes Ziel dieser Schrift war es – so Forsthoff in seinem Vorwort –, „die Dogmatik des Verwaltungsrechts in eine engere Beziehung zur Wirklichkeit der modernen Verwaltung zu setzen.“ Dabei handelte es sich um den Vorwurf „gegen die herrschende Verwaltungsrechtslehre [...], dass sie bei ihrer dogmatischen Orientierung an den Institutionen der Eingriffsverwaltung die in der Realität gleich bedeutenden Institutionen der Leistungsverwaltung vernachlässige.“¹⁹

Seinem Daseinsvorsorgebegriff stellte Forsthoff das Theorem vom „menschlichen Lebensraum“ voran²⁰. Demnach bezeichnete er mit Daseinsvorsorge die „Vorsorge für die Lebensnotwendigkeiten“²¹, und meinte damit „diejenigen Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen werden“²². Mithin standen Tätigkeiten im Vordergrund seiner Betrachtungen. Unter Appropriation verstand Forsthoff – insoweit Max Weber²³ folgend – Durchsetzbarkeit von Herrschaftsgewalt im Wege materieller Kompensation einer „sozialen Bedürftigkeit“. Diese bestehe darin, dass der Mensch sich „notwendige oder über das Maß des Notwendigen hinaus erstrebte Le-

¹⁸ Im Ergebnis ist der Begriff Daseinsvorsorge nach GRÖTTRUP, Seite 79, als einmal „eingeführte Sammelbezeichnung [...] kaum zu ersetzen“ und entfaltet seine Stärke laut SCHEIDEMANN, Seite 166, gerade durch die begriffliche „Konturlosigkeit“, durch die „jeweils veränderte Zuständigkeiten ermöglicht werden, ohne dass der Begriff selbst angetastet wird.“ Ein Zustand, der wie für die Gemeinschaftsrechtsetzung geschaffen zu sein scheint. Kritisch dagegen KÄMMERER, NVwZ 2004, 28, 34. Zum historischen Begriff der Daseinsvorsorge siehe FISCHERHOF, DÖV 1960, 41, 42. Hinsichtlich seiner verwaltungsrechtswissenschaftlichen Relevanz siehe Badura, DÖV 1966, 624, 625. Zur seiner Entwicklung siehe SCHWARZE, EuZW 2001, 334 ff. Ausführlich zu Entstehung, Kritik und Entwicklung insgesamt siehe HÖSCH, 25 ff.

¹⁹ So HUBER, Seite 142.

²⁰ FORSTHOFF, Seite 4.

²¹ FORSTHOFF, Seite 12.

²² FORSTHOFF, Seite 6.

²³ WEBER, Seiten 27 f.

bensgüter nicht durch Nutzung einer eigenen Sache [...] zugänglich machen“ kann²⁴. Und schließlich steht diese soziale Bedürftigkeit in umgekehrt proportionalem Verhältnis zum Ausmaß des vom Individuum „beherrschten Lebensraums“²⁵, d.h. des Raums, „der dem Menschen in so intensiver Weise zugeordnet ist, dass er ihn als ihm allein gehörend, als sein Eigen betrachten, sich als sein Herr bezeichnen darf.“²⁶ Das bedeutet, dass der Einzelne sich – mangels eigener (beherrschter) Kapazitäten und (originärer bzw. zugewiesener) Kompetenzen zur Deckung des Lebensnotwendigen – auf das „Funktionieren [öffentlicher Verwaltungseinrichtungen] verlassen muss“²⁷. Insoweit hat Forsthoff aber keinen revolutionär neuen Gedanken entwickelt²⁸. Vielmehr lassen seine Formulierungen sich inhaltlich auf die von Lorenz von Stein in dessen „Verwaltungslehre“ bereits Mitte des 19. Jahrhunderts ausgearbeitete Idee von der Verwaltungsaufgabe der „Deckung der Lebensbedürfnisse Aller“ zurückführen²⁹. Und begrifflich liegt der Schluss auf Hegel, der die Verwaltung in seiner Rechtsphilosophie zu „einer Einrichtung zur ‚Vorsorge für das Dasein‘“ erkor und bereits „weitläufig und differenziert entwickelt“ hatte³⁰, noch erheblich näher. Somit ist Forsthoffs vorrangiger Verdienst darin zu erkennen, die Diskussion um eine leistungsorientierte(re) öffentliche Verwaltung mit Weitblick und bis heute fortwährend auch auf europäischer Ebene entfacht zu haben.

Die Weitläufigkeit der Thematik bedingt gleich zu Beginn der weiteren Untersuchung eine verbindliche Festlegung dessen, was hier von Bedeutung ist bzw. was unberücksichtigt bleiben kann, sowie einheitliche Definitionen. Beispielfür das Begriffsbabylon³¹ allein im deutschsprachigen Raum stehen Formulierungen wie: *Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse*, *gemeinwohlorientierte Leistungen*, *gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen*³² bzw. *Dienste*³³, *Universaldienst*³⁴, *öffentlicher Dienst*³⁵ etc. Wirken deren semantische Unterschiede zunächst marginal, verdeutlicht die Gegenüberstellung mit vergleichbaren Termini anderer europäischer Sprachen

²⁴ FORSTHOFF, Seite 5.

²⁵ FORSTHOFF, a.a.O.

²⁶ FORSTHOFF, Seite 4.

²⁷ Vgl. FORSTHOFF, Seiten 7 und 12.

²⁸ Vgl. HUBER, Seiten 142 f. Neu ist dagegen die Problematisierung der Teilhabe Einzelner an der Daseinsvorsorge und der Gefahr individueller Abhängigkeit von staatlichen Leistungen. (Siehe auch ISENSEE/KIRCHHOF (RONELLENFITSCH), § 84, Rz. 48).

²⁹ Siehe HUBER, Seite 142.

³⁰ So HUBER, Seite 143.

³¹ Die Kommission selbst konstatiert in ihrer 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 11, eine „gewisse Begriffsverwirrung“ und stellt klar, dass sie bei ihren Betrachtungen zur Daseinsvorsorge „bei dem Auftrag und den Bedingungen, unter denen er erfüllt wird, [ansetzt] und nicht bei der Rechtsstellung“ des Leistungserbringers.

³² Siehe Rs. C-280/00 (Altmark, siehe Fn. 4), Rz. 109.

³³ So die KOMMISSION – im „Non-Paper“ ihrer Generaldirektion Wettbewerb COMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00 (FR) vom 12.11.2002, Seite 2 – im Weiteren: NON-PAPER.

³⁴ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Definitionskasten, dort zu „Universaldienst“.

³⁵ Art. 1 Absatz 1 VO (EWG) Nr. 1191/69 vom 26.06.1969, ABl. Nr. L 156/1 ff. vom 28.06.1969 - IM WEITEREN: EISENBAHN-/STRABEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (gilt auch für Straßen- und Binnenschiffsverkehr).

schnell die Relevanz klarer Differenzierung und die Notwendigkeit gemeinschaftlicher Definitionen. Beispielhaft seien hier der französische *service public* und der englische *public service* zur Daseinsvorsorge ins Verhältnis gesetzt³⁶. Maßgeblicher Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind Leistungen in den Wirtschaftssektoren Energieversorgung, Telekommunikation, Rundfunk und Post sowie See-, Luft- und Öffentlicher Personen(nah)verkehr³⁷. Daneben werden vereinzelt auch die Bereiche Wasserversorgung, Abfallentsorgung sowie Finanzdienstleistungen mitbetrachtet³⁸. Keine Berücksichtigung finden dagegen jene gemeinwohlorientierten Aufgaben, die nicht wirtschaftlicher Art oder Gegenstand hoheitlicher Aufgabenerfüllung sind³⁹.

1. Was sind Leistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Sprachgebrauch?

Nach Auffassung der Kommission sind Leistungen der Daseinsvorsorge „ein Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells“⁴⁰ und eines dessen

³⁶ Bei DOUCET/FLECK, Seite 154, wird Daseinsvorsorge mit „fait pour l’administration d’assurer le fonctionnement des services publics à caractère industriel ou commercial“ übersetzt. Diese werden bei POTONNIER/POTONNIER, Seite 1498, wiederum als „öffentliche (oder staatliche oder staatseigene) Erwerbsbetriebe“ übersetzt. „Eine konsolidierende Definition des Begriffs „service public“ gibt BREIDENSTEIN, Seite 8. Zur Problematik deutsch-französischer Begriffsabgrenzung siehe BUßMANN, Seiten 3 f. Ein Vergleich zwischen „Daseinsvorsorge“ und „service public“ findet sich bei PÜTTNER, Seiten 45, 46 ff. LÖWENBERG, Seiten 48 ff., bietet darüber hinaus einen guten Überblick zum allgemeinen Begriffsverständnis sowie eine ausführliche Darstellung des „service public“-Instituts (Seiten 65 ff.). Unter Verweis auf die beiden Rechtskreise (romanisch / nordisch-deutsch-englisch) arbeitet LÖWENBERG, Seite 51, die Kontinentaleuropa dominierende Stellung des „service public“ heraus, den er gar zum „Inbegriff der französischen Staatskonstruktion und des Verwaltungsrechts“ erklärt. Dieselbe Zielsetzung scheint FORSTHOFF verfolgt zu haben, als er am Ende seiner Schrift (Seite 46) folgerte: „Die Daseinsvorsorge ist also das Primäre. Bei ihr hat alle Dogmatik des Verwaltungsrechts demgemäß einzusetzen.“ Konsequenterweise verweist er im Vorfeld der Erläuterung seines Daseinsvorsorgebegriffs auf das Institut des französischen „contract de concession de service public“ (Seite 28 f.). Die öffentliche Hand verpflichte so Unternehmen vertraglich zur Erfüllung gemeindlicher Versorgungsleistungen gegenüber den Bürgern (z.B. hinsichtlich der Belieferung mit Wasser, Gas oder Elektrizität). Solche Konzessionsverträge seien in Frankreich klar dem öffentlichen Recht zugewiesen und ihre Durchführung – selbst bei Wegfall des zu Grunde liegenden Vertrags – sogar polizeilich gesichert. Näheres zur Konzeption des französischen Konzessionsvertrags und dessen deutscher Rezeption erklärt BLONDEAU, Seiten 53 ff. und 140 f. Dass es sich demgegenüber beim britischen „public service“ eher um eine Entsprechung des deutschen Begriffs „öffentlicher Dienst“ handelt, geht aus dem HANDBUCH DER INTERNATIONALEN RECHTS- UND VERWALTUNGSSPRACHE, Seiten 60 ff. und 116, deutlich hervor. Das angelsächsische Pendant zur Daseinsvorsorge ist dagegen wohl im Begriff der „public utility“ zu suchen (siehe WSA-1999, ABl. Nr. C 368/51 ff., Ziff. 1.1.). Zur traditionellen Verlagerung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und Allgemeinversorgung in romanischen Ländern auf öffentliche Unternehmen siehe CALLIESS/ RUFFERT (KALLMAYER/JUNG), Art. 16 EGV, Rz. 1.

³⁷ Vgl. 1. DV-Mitteilung (siehe Fn. 9), Rz. 23 f. und 33 ff. sowie LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Seite 20 f. Schon bei FORSTHOFF (Seite 7) ist eine ähnliche, nicht abschließende Aufzählung von Tätigkeitsfeldern zu finden, auf deren Bereitstellung und Aufrechterhaltung deren Funktionsfähigkeit durch eine öffentliche Verwaltungs- bzw. Versorgungseinrichtung der „heutige Stadtmensch“ angewiesen sei, da er „nicht mehr im Besitze der elementarsten Lebensgüter [ist], ohne die sein physisches Dasein auch nicht einen Tag denkbar ist.“ FORSTHOFF selbst zitiert einen Autor namens SARVEY (Seite 45), der in seiner Schrift „Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege“ von 1850 die gesonderte Betrachtung „öffentliche[r] Verkehrseinrichtungen, der Eisenbahnen, Posten und Telegraphen sowie ähnliche[r] Gemeindegewerke, z.B. der Gas- und Wasserleitungen“ fordert.

³⁸ Eine Übersicht der aktuell im Rahmen der Daseinsvorsorge bereitgestellten Dienstleistungen findet sich bei SCHINK, NVwZ 2002, 129 f.

³⁹ Vgl. 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 18. Als *nicht wirtschaftliche* Tätigkeiten werden dort etwa Pflichtschulwesen und soziale Sicherheit genannt. Darunter ist u.a. die Arbeit der Landeswohlfahrtsverbände bzw. sonstiges caritatives Handeln zu verstehen. Zur Ausübung *hoheitlicher* Staatsgewalt zählen z.B. innere Sicherheit, Justiz, diplomatische Beziehungen, Aufgaben des Standesamts. Siehe hierzu auch MESTMÄCKER (WETTBEWERBSRECHT), Seite 646.

⁴⁰ So die Kommission gleich im ersten Satz ihrer einführenden Zusammenfassung zur 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 1.

„wesentlicher Fundamente“⁴¹. Mit diesen Feststellungen beginnt die Kommission zwei ihrer zentralen Schriften zur Daseinsvorsorge und unterstreicht somit die Bedeutung der Thematik. Zuvor hatte sie bereits einen gemeinschaftsweit einheitlichen Definitionsversuch in ihrer ersten Daseinsvorsorge-Mitteilung⁴² unternommen.

Demnach sind Leistungen der Daseinsvorsorge „gemeinwohlorientierte Leistungen“. Was sie unter Gemeinwohl versteht, legt die Kommission zwar nicht ausdrücklich dar, lässt jedoch erkennen, dass sie die Bereitstellung „qualitativ hochwertige[r] Leistungen zu erschwinglichen Preisen“ für die Einwohner Europas „insbesondere [auf dem Gebiet der] Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste“ gewährleisten sehen möchte⁴³. Diese Leistungen umfassen „marktbezogene oder nicht marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“⁴⁴. Dabei bedeutet die Leistungserbringung im Allgemeininteresse, dass die „Tätigkeiten [...] der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommen“ müssen⁴⁵.

Allgemeininteresse und Gemeinwohl sind daher für das weitere Verständnis von zentraler Bedeutung, bilden beide Begriffe doch die Brücke zum Terminus „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“. So lautet denn auch - wörtlich übersetzt - der englische bzw. französische Titel der genannten Kommissionsmitteilung⁴⁶. Um allerdings keinen neuen und zumal inhaltsgleichen Oberbegriff neben dem der Daseinsvorsorge zu schaffen, wurde in der deutschen Fassung die traditionelle Bezeichnung verwendet⁴⁷.

Enger gefasst sind „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“⁴⁸. Die Einbeziehung des ökonomischen Aspekts soll den Blick gezielt auf

⁴¹ Siehe LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 1.

⁴² Siehe Fn. 9. Schon in dieser 1. DV-MITTEILUNG wurden die Leistungen der Daseinsvorsorge als „Kern des europäischen Gesellschaftsmodells“ bezeichnet, allerdings nicht gleich im ersten Satz und ohne Hinführung.

⁴³ Vgl. 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Ziff. 1 und Definitionskasten, dort zu „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, Satz 2. Laut TETTINGER, DVBl. 1997, 341, 344, besteht eine „Tendenz dahin, jede Tätigkeit genügen zu lassen, die nicht nur privatwirtschaftlichen Maximen verpflichtet ist [...], nicht nur einzelnen Personen oder Unternehmen zugute kommt, aber andererseits doch wirtschaftlichen [...] Charakter hat.“

⁴⁴ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Definitionskasten, dort zu „Leistungen der Daseinsvorsorge“. Weiteres zur Bedeutung dieser dem Gemeinwohl verpflichteten Leistungen: siehe EUROPÄISCHER RAT von Cannes, 26.-27.06.1995, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, EU-Bulletin 6-1995, Ziff. I.10

⁴⁵ Vgl. Rs. C-179/90 (MERCİ CONVENZIONALI PORTO DI GENOVA), Urteil vom 10.12.1991, Slg. 1991, I-5889 ff., Schlussanträge GA VAN GERVEN, Rz. 27.

⁴⁶ Englisch: „Services of general interest“, französisch: „Les services d'intérêt général“.

⁴⁷ Damit kommt deutlich der Leistungsverwaltungscharakter auch des europäischen Daseinsvorsorgebegriffs zum Vorschein. Und so schließt sich in der Namensgebung auf Gemeinschaftsebene der Kreis zur eingangs erwähnten FORSTHOFF'SCHEN Kritik nicht angemessener Berücksichtigung der Leistungsverwaltung.

⁴⁸ Englisch: „Services of general economic interest“, französisch: „Les services d'intérêt économique général“. CALLIESS/RUFFERT (KALLMAYER/JUNG), Art. 16 EGV, Rz. 1, benutzen gar die Wendung „Dienstleistungen im gemeinwirtschaftlichen Interesse“. In den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des EUROPÄISCHEN RATs von Cannes, Rz. I.10, in: EU-Bulletin 6/1995, Seite 12, findet sich des Weiteren die Formulierung

eine besondere Teilmenge der Daseinsvorsorgeleistungen lenken, indem sie die Betrachtung auf wettbewerbsrelevante Vorgänge – also „marktbezogene Tätigkeiten“ - beschränkt. Deren am Gemeinwohl orientierte Verknüpfung mit spezifischen Verpflichtungen obliegt den Mitgliedstaaten selbst⁴⁹.

„Universaldienste“ sind dagegen die gemeinwohlorientierten Tätigkeiten speziell in den beiden Versorgungssektoren Telekommunikations- und Postdienste. Damit soll der „Zugang aller Bürger zu qualitativ hochwertigen Grundversorgungsleistungen für ein vertretbares Entgelt gesichert werden.“⁵⁰ Grundsätzlich gilt dies ebenso für andere, hier zu untersuchende Dienstleistungsbereiche. Maßgebliches Differenzierungsmerkmal ist allerdings die liberalisierungsbedingte Existenz mitgliedstaatlicher Regulierungsbehörden für den Telekommunikations- und Postsektor. Mit Blick auf die im Übrigen identische Zielsetzung in Sachen Daseinsvorsorge, kann diese Unterscheidung im Weiteren vernachlässigt werden.

2. Wer erbringt Leistungen der Daseinsvorsorge?

Spätmittelalterliche Städte gelten als europäische Pioniere bei der Verknüpfung unternehmerischer Aktivitäten mit wirtschaftlichen und sozialen Versorgungsaspekten, z.B. beim Betrieb von Häfen, Waagen, Ziegeleien, Lagerräumen oder Hospitälern⁵¹. Die neuzeitliche Entfaltung „kommunal(wirtschaftlich)er Betätigungen in der Daseinsvorsorge“ ist in Deutschland eng mit den vom-Stein/von-Hardenbergschen Verwaltungsreformen im Preußen des beginnenden 19. Jahrhunderts und der daraus resultierenden Einführung kommunaler Selbstverwaltung verwoben. Nun oblag den Kommunen im Rahmen ihrer „planenden, lenkenden und fördernden Wirtschaftspolitik“⁵² ein Großteil der Aufgaben zur Deckung der Grundversorgungsbedürfnisse ihrer Einwohner⁵³ im Sinne einer Gemeinwohlverpflichtung oder Daseinsverantwortung⁵⁴ der Städte und Gemeinden - zum Beispiel die Modernisierung städtischer Infrastrukturen.

„im wirtschaftlichen Allgemeininteresse liegende Aufgaben“, die in der englischen Version schlicht „general economic tasks“ lautet.

⁴⁹ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Definitionskasten, dort zu „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.

⁵⁰ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Definitionskasten, dort zu „Universaldienst“.

⁵¹ Eine ausführliche Darstellung zur Entwicklung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit findet sich bei HELLERMANN, „Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung“, Seiten 16 ff., mit weiteren Nachweisen.

⁵² Vgl. HUBER, Seite 141.

⁵³ FORSTHOFF, Seite 7, spricht von der „Vorsorgebedürftigkeit des heutigen Stadtmenschen“. Seine primäre Betrachtung von Belangen der Stadtbevölkerung erklärt sich u.a. aus den ebenfalls dort genannten Gründen, dass diese z.B. „auf eine öffentliche Wasserversorgung“ angewiesen ist, während „der Landbewohner [das Wasser] aus seinem [eigenen] Brunnen schöpft“.

⁵⁴ FORSTHOFF, Seite 6. Auch wenn FORSTHOFF sich dort und im weiteren Verlauf bei seiner Herleitung des Begriffs Daseinsverantwortung in bedenklicher Form gewissermaßen zu einer Art Legalisierung der „nationalsozialistischen Revolution“ versteigt, ist deutlich der an sich legitime Gedanke an ein HOBBS'sches Gesellschaftsmodell mit einem Leviathan-gleichen staatlichen Daseinsverantwortlichen zu erkennen, der „eine durch rationale Normen ausgewiesene Zuständigkeit zur Befehlsgewalt“ inne hat (Seite 9; siehe auch MESTMÄCKER (DASEINSVORSORGE), Seite 637). Sein ausgleichendes Pendant findet diese Machtzuweisung in der „Verpflichtung und Bindung des Staates durch die Notwendigkeit einer umfassenden Daseinsvorsorge großen Stils“ (Seite 8). Somit existiert ein eher LOCK'sches Reziprozitätsverhältnis zwischen Staat und Volk hinsichtlich Geben und Nehmen von Macht und Versorgung. Zu FORSTHOFFS ansonsten eher kritischen Haltung gegenüber HOBBS: siehe SCHEIDEMANN, Seiten 143 ff.

a) Die Entstehung der Daseinsvorsorge-Sektoren

Zunächst wurden Gaswerke errichtet, die eine umfassende Straßenbeleuchtung ermöglichten. Diesen folgten Wasserwerke, um die städtische Bevölkerung mit Frischwasser zu versorgen und genügend Löschwasser zur Feuerbekämpfung verfügbar zu machen. Anschließend wurden Schlachthöfe gebaut und eine Straßenreinigung sowie die Wasser- und Abfallentsorgung organisiert. Industrialisierung und Urbanisierung führten zu steigendem Energiebedarf in privaten Haushalten und Unternehmen, der anfänglich noch mit Gas gedeckt werden konnte. Mit der Bedeutungszunahme des städtischen Personennahverkehrs, der von Pferdestraßenbahnen allmählich zu elektrischen Straßenbahnen überwechselte, stieg jedoch der Anteil der Energieversorgung durch Elektrizität und zog mit der durch Gas vielerorts gleich.

b) Private und öffentliche Dienstleister

Der Anteil der Kommunen an den genannten Ver- und Entsorgungsbetrieben war dabei unterschiedlich hoch. Bei den Gaswerken dominierten zunächst Privatinvestoren. Sie erhielten von den Kommunen, denen es sowohl an Fachpersonal und technischer Erfahrung als auch an finanzieller Risikobereitschaft mangelte, Versorgungskonzessionen. Wachsende Unzufriedenheit der Bevölkerung bzgl. Gasqualität, Flächendeckung und Preisgestaltung führten jedoch allmählich zur Überleitung der Leistungserbringung auf die Kommunen⁵⁵. Für den privaten Vorrang bei der Führung von Personennahverkehrsbetrieben sprachen ebenfalls kommunalfinanzielle Gründe. Die kommunalen Verwaltungen erkannten in der elektrischen Straßenbahn allerdings ein ideales Werkzeug zur Umsetzung ihrer auf Wachstum ausgerichteten Stadtentwicklungspolitik. Zur Beibehaltung privatwirtschaftlicher Betriebsführung mit öffentlich-rechtlichen Vorzeichen behelfen die Kommunen sich auch hier der vertraglichen Vergabe von Konzessionen und konnten somit Einfluss nehmen auf Betriebssicherheit, Tarifgestaltung und Linienführung⁵⁶. Dagegen zählte die Wasserversorgung - als älteste Art öffentlicher Versorgung - auf Grund ihrer „sicherheitspolizeilichen sowie gesundheits- und sozialpolitischen Bedeutung“ von vornherein zur öffentlichen Kompetenzsphäre⁵⁷. Und die ersten Elektrizitätswerke wurden - wenngleich privat - sogleich auf konzessionsvertraglicher Grundlage betrieben. Ihre mit der Gasversorgung gemachten Erfahrungen konnten die Kommunen nun umsetzen und nutzten dies sowohl zur Erzielung rentabler Gewinnbeteiligungen über Konzessionsabgaben als auch aus „sozial-, wirtschafts- und stadtentwicklungspolitischen Absichten“ zur verantwortungsbewussten Sicherstellung der Energieversorgung⁵⁸. Im Ergebnis führte diese Entwicklung über den Hebel der quasi-hoheitlichen Versorgungsverpflichtung zu einer weitgehenden Monopolisierung der genannten Versor-

⁵⁵ Vgl. HELLERMANN, Seite 21.

⁵⁶ Vgl. HELLERMANN, Seite 23.

⁵⁷ Vgl. HELLERMANN, Seite 19. Ausführlicher hierzu FISCHERHOF, DÖV 1957, 305.

⁵⁸ Vgl. HELLERMANN, Seiten 23 f.

gungssektoren zu Gunsten kommunaler Betriebe bzw. privater Konzessionäre⁵⁹.

Globalisierung und Neoliberalismus sind die Schlagworte, die in neuerer Zeit die Trendwende in Richtung Privatisierung eingeleitet haben. Teils sind es eigennützig fiskalische Motive der Kommunen pro Rückverlagerung daseinsvorsorglicher Leistungserbringung in den privatwirtschaftlichen Sektor. Teils ist es die „ordnungspolitische Überzeugung vom prinzipiellen Vorrang privater Wirtschaftsbetätigung“ oder die „Annahme einer größeren Effizienz privatwirtschaftlicher Aufgabenwahrnehmung“⁶⁰.

Dennoch will es keine Kommune riskieren, die Gewährung von Leistungen der Daseinsvorsorge wegen deren Bedeutung allein dem Spiel der Marktkräfte zu überlassen. Zwar soll der freie Wettbewerb dazu führen, dass alle mit allem versorgt werden könnten, doch liegt genau hier das Problem: Könnten, nicht werden. Da es sich aber für den Einzelnen um unverzichtbare Leistungen im Gefüge moderner Gesellschaften handelt, reicht diese Ungewissheit nicht aus⁶¹. Bei unkontrolliertem Wettbewerb müssten die behördlichen Daseinsverantwortlichen vielmehr der Gefahr unzureichender wesentlicher Faktoren des Leistungsangebots gewärtig sein⁶². Vorstellbar wäre etwa, dass Teile der Bevölkerung nicht mit Gemeinwohlleistungen versorgt würden, wenn z.B. die „Kostenbedingungen [...] außerhalb des Rahmens der üblichen kommerziellen Bedingungen“ liegen⁶³. Preisgestaltung, Produktqualität und Flächendeckung sind entsprechende Kriterien und haben sich schon einmal als Indikatoren kommunalen Handlungsbedarfs bewährt⁶⁴.

Nicht von ungefähr wird unter dem Stichwort „flächendeckender Bereitstellung von Finanzdienstleistungen“ die bankaufsichtsrechtliche Problematik öffentlich-

⁵⁹ Vgl. HELLERMANN, Seite 21, sowie 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 13, 4. Spiegelstrich.

⁶⁰ Siehe HELLERMANN, Seite 2, mit weiteren Nachweisen zur Privatisierungspolitik. COX, Seite 13, sieht zu Recht die europäische Binnenmarktkonzeption vom Wettbewerbsprinzip dominiert. Dies äußere sich offenkundig in der rein marktwirtschaftlich orientierten Vermengung von Lenkungs-, Allokations- und Verteilungseffekten mit den Begriffen „Gemeinwohl“ bzw. „öffentliches Interesse“. Mit Verweis auf eine Bekanntmachung der KOMMISSION bei TETTINGER, Seite 97, 109 f., werden der Sorge vor einer um ihrer selbst Willen uneingeschränkt wuchernden Liberalisierung „spezifische Bedingungen“ entgegengesetzt, die entsprechende Bestrebungen – im Rahmen der Auslegung von Art. 86 Absatz 2 EGV und sich am Gemeinwohl orientierend – kontrollieren und ins Verhältnis zum Marktfunktionieren setzen.

⁶¹ Im Ergebnis hiermit übereinstimmend, billigt auch die Kommission „Interventionen des öffentlichen Sektors“ zur Aufrechterhaltung der Versorgung der Bevölkerung mit Gemeinwohldienstleistungen. Siehe hierzu: LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 3.

⁶² Nach COX, Seite 13, 14, kann auch ein funktionierender Wettbewerb nicht alle gesellschaftlichen Versorgungswünsche erfüllen.

⁶³ Vgl. Anhang III Absatz 4 Ziff. ii RICHTLINIE 97/33/EG vom 30.06.1997, ABl. Nr. L 199/32 ff. vom 26.07.1997 – im Weiteren: TELEKOMMUNIKATIONSRL – sowie schon früher Art. 2 Absatz 1 EISENBAHN-/STRABEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (siehe Fn. 35) oder Art. 2 lit. o VERORDNUNG (EWG) Nr. 2408/92 vom 23.07.1992, ABl. Nr. L 240/8 ff. vom 24.08.1992 – im Weiteren: FLUGVERKEHRSVO.

⁶⁴ ISENSEE/KIRCHHOF (RÜFNER), § 80, Rz. 29, erkennt in diesen Faktoren gleichsam Rechtfertigungsgründe für eine kommunale Leistungserbringung, „wenn eine gleichwertige Versorgung von privater Seite nicht zu erwarten ist.“

rechtlicher Kreditinstitute vor allem in Deutschland diskutiert⁶⁵. Im Hintergrund wird dabei die Rentabilität (der Aufrechterhaltung) eines lückenlosen Geschäftsstellennetzes erörtert. Das kommunale, wettbewerbsrechtlich umstrittene Gegengewicht in Gestalt von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast entthob die Sparkassenorganisation in Deutschland vormals zumindest dem renditeorientierten Zahlendruck der privatwirtschaftlichen Konkurrenz⁶⁶. Ein anderes Beispiel ist etwa die Diskussion um eine fortdauernde Sicherstellung täglicher Postzustellung in dünn besiedelten oder abgelegenen Gebieten, wie Halligen oder Almen⁶⁷. Am Ende geht es bei alledem um die zentrale Frage, ob und ggfs. wie sehr dem Bereich der Daseinsvorsorge zugewiesene Leistungen die „Freiheit von Märkten einschränken“ können⁶⁸, oder umgekehrt, ob und ggfs. wie sehr es notwendig ist, ein Mindestmaß an Leistungssicherheit hinsichtlich Quantität und Qualität durch eine Betrauung privater oder öffentlicher Unternehmen gewährleisten zu können bzw. zu müssen⁶⁹.

c) Risiko: Unterversorgung mit Gemeinwohldiensten

Die mögliche Folge einer sektoralen Unterversorgung bestimmter Bevölkerungsgruppen, nach geografischen oder pekuniären Gesichtspunkten unterschieden, führte mittel- bzw. längerfristig zu einer Gefährdung des sozialen Zusammenhalts – entgegen den Vorstellungen von einem „europäischen Sozialmodell“⁷⁰. Auch stünde eine solche Entwicklung in direktem Widerspruch zu der in Art. 2 EGV als Vertragsziel⁷¹ normierten „Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität“. Schließlich verbriefen Europäische Union bzw. Gemeinschaft in den Präambeln zum EUV und EGV⁷² sowie in Art. 2 und 3 Absatz

⁶⁵ STELLUNGNAHME DES DEUTSCHEN SPARKASSEN- UND GIROVERBANDS (DSGV) vom 20.01.2004 zum Thema Bankenstruktur und öffentlicher Auftrag der Sparkassenorganisation, siehe http://www.dsgv.de/owx_1_42_1_11_1_0000000000000000.html?PressID=618&aktion=einzel. Ein positives Votum enthält der LANGENBERICH (siehe Fn. 15), Rz. 68.

⁶⁶ Eine anschauliche Darstellung der Materie finanzieller Unterstützung öffentlicher Unternehmen durch die öffentliche Hand findet sich im Urteil zu den verbundenen Rs. 188-190/80 vom 06.07.1982, Slg. 1982, 2545 ff. Das Meinungsspektrum in der juristischen Literatur zu diesem Thema wird bei CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87, dort Fn. 220 zu Rz. 28, ausführlich abgebildet.

⁶⁷ Vgl. Ziff. 2.7 des VORSCHLAGS DER KOMMISSION FÜR EINE ÄNDERUNGS-RICHTLINIE ZUR POSTDIENSTE-RICHTLINIE 97/67/EG, KOM(2000) 319 endg., Seite 17. Zum Aspekt der Gemeinwohlverpflichtungen im Verkehr mit Regionen in Randlagen bzw. mit kleinen Inseln in der EU siehe WEIBBUCH DER KOMMISSION „DIE EUROPÄISCHE VERKEHRSPOLITIK BIS 2010“, KOM(2001) 370 endg., vom 12.09.2001, Seite 129. Siehe im Übrigen auch die STELLUNGNAHME DES AUSSCHUSSES DER REGIONEN ZUR 2. DV-MITTEILUNG DER KOMMISSION, ABl. Nr. C 19/8 ff., vom 22.01.2002, Ziff. 2.5., mit direkter Bezugnahme zur Frage der Finanzierung von Gemeinwohldienstleistungen.

⁶⁸ Vgl. IMMENGA, Seite 75. Ähnlich auch MESTMÄCKER (WETTBEWERBSPOLITIK), Seite 668. Vgl. auch COX, Seite 13, 16.

⁶⁹ Siehe zu dieser Problematik auch MONTAG/LEIBENATH, EWS 2003, 402, 409. SCHWARZE, EuZW 2001, 481, postuliert gar die Forderung nach „Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!“ und diagnostiziert, dass die Anwendung von Wettbewerbsregeln auch auf Leistungen der Daseinsvorsorge diesen Tätigkeitssektor „allokativ optimiert[e]“. Dass der Weg dorthin aber noch lang ist, resümiert HARTWIG, Seite 651, 655, indem er eine eher entgegengesetzte Praxis bei der Erbringung von Gemeinwohllieferungen festzustellen glaubt. Vor der Gefahr des sogenannten „government failure“ im Sinne einer staatlichen Zuviel-Intervention warnt NICOLAIDES, ESTAL 2003, 183 190.

⁷⁰ WSA-1999, Ziff. 1.4.1. Dabei handelt es sich um einen Vorläufer zu dem unter Punkt II 1 genannten Schlüsselbegriff des „europäischen Gesellschaftsmodells“.

⁷¹ Zur Qualifizierung der in Art. 2 EGV genannten „Aufgaben“ als „Vertragsziele“ siehe CALLIESS/RUFFERT (RUFFERT), Art. 2 EGV, Rz. 1.

⁷² VERTRAG ÜBER DIE EUROPÄISCHE UNION vom 07.02.1992, ABl. Nr. C 325/5 ff. vom 24.12.2002 (EUV): Erwägungsgrund 8: „In dem festen Willen, im Rahmen [...] der Stärkung des Zusammenhalts [...] den wirt-

1 lit. k i.V.m. 158 ff. EGV die Förderung bzw. Sicherung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der Mitgliedstaaten und deren Völker. Im Zuge der Liberalisierung vormals monopolbewehrter Wirtschaftssektoren muss seitens der Verwaltung daher Sorge getragen werden, dass eine solche Unter-versorgung von Bevölkerungsteilen ausgeschlossen werden kann⁷³. Hier kommen zwei Lösungsmöglichkeiten in Betracht: Vornahme der Leistungserbringung durch kommunale Eigenbetriebe oder durch beauftragte Private⁷⁴. Die Qualifizierung einer Leistung als solche von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse rechtfertigt jedoch nicht deren generelle, sondern höchstens subsidiäre Erbringung durch öffentliche Unternehmen⁷⁵.

„Marktversagen“⁷⁶ bzw. „Störanfälligkeit des Wettbewerbs“⁷⁷ sind heutzutage die maßgeblichen Rechtfertigungsszenarien⁷⁸ für die Existenz und den Betrieb öffentlicher Unternehmen⁷⁹. Daher wird „unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere wenn durch die Kräfte des Marktes keine zufriedenstellende Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge erzielt wird“, geduldet, dass „Behörden bestimmten Leistungserbringern Pflichten im allgemeinen Interesse auferlegen und ihnen, falls nötig, besondere oder ausschließliche Recht übertragen und/oder einen Finanzierungsmechanismus entwickeln, der ihnen die Erbringung der Leistungen ermöglicht.“⁸⁰ Diese Delegationsmöglichkeit kommunaler Gemeinwohlverpflichtungen ist als behördliches Instrument zur Aufrechterhaltung des Marktes durch beauftragte Unternehmen zu deuten⁸¹. Entsprechend ist nach Auffassung des Verfassers die Kommissionsdefinition zu Leistungen der Daseinsvorsorge zu Gunsten der Leistungserbringung durch nicht öffentliche Unternehmen auszulegen, wiewohl die Kommission sich ausdrücklich für eine Neutralitätswahrung bzgl. Unternehmens- und Personalor-

schaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker [...] zu fördern [...]“. EGV: Erwägungsgrund 2: „Entschlossen, durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Länder zu sichern, [...]“

⁷³ Vgl. TRANSPARENZÄNDRL (siehe Fn. 8), 8. Erwägungsgrund, sowie 13. Erwägungsgrund der RICHTLINIE 96/92/EG vom 19.12.1996, ABl. Nr. 27/20 ff. vom 30.01.1997 - im Weiteren: ELEKTRIZITÄTSRL.

⁷⁴ MESTMÄCKER (WETTBEWERBSPOLITIK), Seite 668, bringt lakonisch die Maxime der Befürworter ausgreifender kommunaler Wirtschaftsbeschäftigung auf folgenden Punkt: „Wettbewerb [ist] kein Ziel an sich, sondern ein Mittel, die wirklich wichtigen Ziele zu erreichen.“ DERS. (VERTEILUNGSGESELLSCHAFT), Seite 666, merkt kritisch den nur hilfswisen Einsatz der Wettbewerbspolitik als Ordnungsprinzip an, das „überall, aber auch nur dort eingesetzt [wird], wo wir das Ergebnis, das erzielt werden soll, nicht kennen.“ Genau in diesem Sinne ist die Forderung des WSA in seiner STELLUNGNAHME VON 1999 (siehe Fn. 17) zu verstehen, wenn er verlangt, dass bzgl. der Daseinsvorsorge „die Wettbewerbsvorschriften an die Erfordernisse angepasst werden und im Verhältnis zu den angestrebten Zielsetzungen stehen [müssen].“

⁷⁵ Vgl. ISENSEE/KIRCHHOF (RÜFNER), § 80, Rz. 28 i.V.m. Rz. 16. Zur Rolle öffentlicher Unternehmen im Gemeinsamen Markt siehe AMBROSIOUS, Seiten 15, 36 ff.

⁷⁶ Vgl. WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 1.4.1. Vgl. auch COX, Seite 13, 16, sowie HARTWIG, Seite 651, 659 f.

⁷⁷ Vgl. TRANSPARENZÄNDRL (siehe Fn. 8), 8. Erwägungsgrund, Satz 3.

⁷⁸ Vgl. NICOLAIDES, EStAL 2003, 183 190.

⁷⁹ Die exakte Definition findet sich in Art. 2 Absatz 1 2. Spiegelstrich TRANSPARENZRL 1980 (siehe Fn. 8): Unmittelbar oder mittelbar beherrschender Einfluss der öffentlichen Hand (also des Staates oder anderer Gebietskörperschaften [ebd., 1. Spiegelstrich] auf Unternehmen. Absatz 2 normiert, wann ein beherrschender Einfluss vermutet werden kann. Anderer Auffassung ist dagegen FISCHERHOF, DÖV 1957, 305, 307, der selbst für den Fall, dass Kommunen die Betreibergesellschaften beherrschen, die öffentliche Versorgung grds. im privatwirtschaftlichen Sektor angesiedelt sieht.

⁸⁰ 2. DV-MITTEILUNG, (siehe Fn. 9), Seite 3.

⁸¹ IPSEN (WIRTSCHAFTSRECHT), Seite 238, spricht sogar von einer „Abbüdung von Verwaltungsaufgaben auf Private“ (Hervorhebung durch Verfasser).

ganisation ausspricht⁸². Doch andernfalls wäre die Notwendigkeit einer „Verknüpfung mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen“ auf Grund des im Unternehmenszweck verankerten öffentlichen Auftrags von vornherein nicht gegeben⁸³.

3. Wie werden Leistungen der Daseinsvorsorge finanziert?

Hauptziel der öffentlichen Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge ist die Sicherstellung deren Erbringung. Diese basiert auf dem Allgemeininteresse⁸⁴. Daraus folgt das Prinzip, dass konkrete Leistungen für den Einzelnen zu erschwinglichen Preisen abrufbar angeboten werden. Das widerspricht jedoch einem völlig freien Wettbewerb. Hier dürften Leistungen der Daseinsvorsorge, die einen „im Verkehr messbaren wirtschaftlichen Wert haben“, grundsätzlich nicht unentgeltlich angeboten werden, sondern gegen Entrichtung kostendeckender Entgelte durch die Leistungsempfänger⁸⁵. Die drohende Versorgungslücke soll daher durch ergänzende öffentliche Leistungsfinanzierung geschlossen werden, die somit evtl. entgegenstehende Markt Aspekte, wie mangelnde Rentabilität, neutralisiert⁸⁶.

Die Finanzierung solcher Leistungen kann in Gestalt der Zahlung einer vertraglichen Vergütung als Entgelt für das in öffentlichem Auftrag Erbrachte erfolgen, als Zahlung jährlicher Zuschüsse, steuerlicher Vorzugsbehandlung oder geringerer Sozialabgaben etc.⁸⁷ Diese ambivalente Ausrichtung – finanzielle Zuwendungen einerseits, Ausgabenreduzierung andererseits – hat zur Folge, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe gem. Art. 87 ff. EGV über den der bloßen Subvention hinausgeht⁸⁸.

⁸² 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 16.

⁸³ Für Deutschland kann hier vom Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“ ausgegangen werden, da es den Kommunen obliegt, sich im Rahmen einer Beteiligung an einem öffentlichen Unternehmen einen „angemessenen Einfluss“ zu verschaffen (vgl. § 65 Absatz 1 Ziff. 3 BUNDESHAUSHALTSORDNUNG sowie die mindestens in diesem Punkt wortgleichen Normen der deutschen Bundesländer, z.B. § 65 Absatz 1 Ziff. 3 LANDESHAUSHALTSORDNUNG BADEN-WÜRTTEMBERG). Der „öffentliche Auftrag“ ist daher als satzungsimmanentes Element öffentlicher Unternehmen zu werten, vgl. MERK/VON KORTZFLEISCH, Seiten 13 f., oder spezialgesetzlich ausdrücklich vorgesehen, beispielsweise in § 6 Absatz 2 SPARKASSENGESETZ FÜR BADEN-WÜRTTEMBERG vom 04.07.1967, GBl. für Baden-Württemberg vom 07.07.1967, Seiten 104 ff., oder § 2 Absatz 2 GESETZ ÜBER DIE LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG vom 11.11.1998, GBl. für Baden-Württemberg vom 20.11.1998, Seiten 589 ff. Zum Sparkassensektor, siehe Fn. 63.

⁸⁴ Vgl. auch 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Seite 3.

⁸⁵ Vgl. ISENSEE/KIRCHHOF (RÜFNER), § 80, Rz. 20.

⁸⁶ Vgl. MESTMÄCKER (STAAT UND UNTERNEHMEN), Seite 220.

⁸⁷ Vgl. Rs. C-126/01 (GEMO, siehe Fn. 3), Schlussanträge GA JACOBS vom 30.04.2002, Rz. 92. Bis auf die von ihm selbst angeführte Vergütungszahlung greift JACOBS damit die bereits im LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 18, seitens der KOMMISSION genannten Finanzierungsformen auf. IPSEN (WIRTSCHAFTSRECHT), Seite 233, unterscheidet aus Sicht des „betroffenen Privaten“ nach Entschädigung, Vergütung, Entgelt und Aufwendungsersatz für die erbrachte Verwaltungsleistung. Aufschluss über den jeweiligen Umfang der gewährten Vergünstigungen gibt die KOMMISSION in ihrem Entwurf für die Ausgabe Frühjahr 2004 ihres „ANZEIGERS FÜR STAATLICHE BEIHILFEN“, KOM(2004) 256 endg., vom 20.04.2004, Seiten 43 f. Eine synoptische Darstellung der wesentlichen Finanzierungsmodi findet sich in der Veröffentlichung des EUROPÄISCHEN ZENTRALVERBANDS DER ÖFFENTLICHEN WIRTSCHAFT (CEEP) sowie des INTERNATIONALEN FORSCHUNGS- UND INFORMATIONSZENTRUMS FÜR ÖFFENTLICHE WIRTSCHAFT UND GEMEINWIRTSCHAFT (CIRIEC), „DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE IN EUROPA. REGULIERUNG, FINANZIERUNG, EVALUIERUNG, VORBILDICHE PRAKTIKEN“, Brüssel, Lüttich, November 2000, Seiten 104 f. – im Weiteren: CEEP/CIRIEC-STUDIE.

⁸⁸ Vgl. Rs. C-387/92 (BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA), Urteil vom 15.03.1994, dort Rz. 13, Slg. 1994, I-902 ff.

Ob und inwiefern diese Maßnahmen (gemeinschaftswidrige) Beihilfen darstellen, wird im Weiteren noch eingehend erläutert⁸⁹.

III. Daseinsvorsorge und europäisches Gemeinschaftsrecht

Widerstreitende Interessen zwischen Versorgungsgewährleistung und Wettbewerbsfreiheit sind ein Grund für die Normierung von Wettbewerbsregeln im EG-Vertrag. Die einschlägigen Tatbestände werden im Folgenden auf relevante Aussagen hinsichtlich der Bewertung der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge untersucht.

1. Die Vorschriften des Primär- und Sekundärrechts der EU

Das europäische Gemeinschaftsrecht wird in Primär- und Sekundärrecht unterteilt. Zu ersterem zählen die Gründungsverträge der Gemeinschaften⁹⁰ sowie die ihnen zuzurechnenden Protokolle⁹¹. Sekundärer Natur sind dagegen die Gemeinschaftsrechtsakte gem. Art. 249 EGV – von Europäischem Parlament und Rat gemeinsam bzw. vom Rat sowie von der Kommission erlassene Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen. Nicht zu diesem Kanon gehören daher Mitteilungen, Grün- oder Weißbücher, Berichte oder sonstige thematische Äußerungen der EU-Organe.

Im gesamten europäischen Primär- und Sekundärrecht taucht der Begriff „Daseinsvorsorge“ kein einziges Mal auf. Statt dessen ist die Rede von den bereits dargestellten „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Hierbei handelt es sich gewissermaßen um den gemeinschaftsarithmetisch kleinsten gemeinsamen Nenner. Dieses Begriffsmammut ermöglicht die Neutralisierung unterschiedlicher Begriffsdeutungen der verschiedenen Rechtskreise Europas auf der obersten Regelungsebene. Das entspricht sowohl dem Subsidiaritätsgedanken des Art. 5 Absatz 2 EGV sowie der in Art. 295 EGV normierten gemeinschaftsrechtlichen Respektierung mitgliedstaatlicher Eigentumsordnungen – insbesondere hinsichtlich dortiger Organisationsstrukturen.

a) Europäisches Primärrecht

Die maßgeblichen Rechtsnormen wurden schon in der Einleitung benannt. Hier folgt nun eine systematisierende Untersuchung ihrer Regelungsinhalte sowie deren möglicher Bedeutung für die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge.

⁸⁹ Siehe unten Punkt IV 1.

⁹⁰ Außer dem EGV (siehe Fn. 6) sind dies der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) vom 18.04.1951 sowie der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) vom 25.03.1957.

⁹¹ Für die EG: Art. 311 EGV.

aa) Art. 16 EGV und Art. III–6 VVE⁹²

Zwei Gründe sprechen dafür, die normativen Betrachtungen mit Art. 16 EGV zu beginnen. Der eine ist seine systematische Stellung. Hier wird im Vorgriff auf speziellere Vertragsregelungen eine erste Orientierung gegeben, worum es sich bei Dienst(leistung)en⁹³ von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. Zudem wird dem Stellenwert der Daseinsvorsorge innerhalb der gemeinsamen Unionswerte ausdrücklich Rechnung getragen. Der andere Grund ist historischer Natur. Erst mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführt, ist Art. 16 EGV die jüngste primärrechtliche Norm, die sich der Thematik solcherart Dienstleistungen⁹⁴ widmet⁹⁵.

Die nachträgliche Einfügung von Art. 16 EGV in den Vertragstext erklärt sich nur bei Vorliegen eines Mehrwerts gegenüber den Regelungen des Art. 86 Absatz 2 EGV. Dieser besteht zunächst in der Neubewertung des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“ gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV zu Gunsten von Gemeinwohlleistungen⁹⁶. Diese gründet auf der positiven formulierten Forderung nach „Grundsätzen und Bedingungen für das Funktionieren“ der Leistungsvornahme. Hierdurch sowie mittels der ausdrücklichen Zweckbestimmung der Daseinsvorsorgeleistungen mit Blick auf die Vertragsziele „sozialen und territorialen Zusammenhalts“ bekräftigt Art. 16 EGV die Sicherstellung daseinsvorsorgender Leistungserbringung und verbrieft somit das Prinzip – zumindest subsidiärer – kommunalwirtschaftlicher Daseinsvorsorge⁹⁷. Sollte die Bereitstellung entsprechender Dienstleistungen allein dem Wettbewerb überlassen werden, wäre dieser Bestandteil der Vorschrift nicht erforderlich⁹⁸.

Indirekt folgt hieraus die Legitimierung der öffentlichen Finanzierung gemeinwohlorientierter Leistungserbringung. Kann der Markt den allgemeinen Daseinsbedarf nicht befriedigen, greift die subsidiäre kommunalwirtschaftliche Vorsorgedeckung⁹⁹. Auch für deren finanzielle Absicherung haben „die Ge-

⁹² VERTRAG ÜBER EINE VERFASSUNG FÜR EUROPA, siehe Fn. 6.

⁹³ Der Wortlaut des Art. 16 EGV spricht tatsächlich nur von „*Diensten* von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass hierdurch eine zusätzliche Begriffskategorie geschaffen werden sollte. Siehe auch die Gleichstellung von Art. 16 und 86 EGV hinsichtlich des Dienstleistungsbegriffs bei CALLIESS/RUFFERT (KALLMAYER/JUNG), Art. 16 EGV, Rz. 2 u. 8, sowie ausdrücklich in der MITTEILUNG ÜBER DIE ANWENDUNG DER VORSCHRIFTEN ÜBER STAATLICHE BEIHILFEN AUF DEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN RUNDfunk Nr. 2001/C 320/04, ABl. Nr. C 320/5 ff. vom 15.11.2001, dort Fn. 3 – im Weiteren: RUNDfunk-MITTEILUNG.

⁹⁴ Trotz der oben beschriebenen Entgeltlichkeit der Daseinsvorsorgeleistungen greifen hier nicht die Grenzen des Dienstleistungsbegriffs gem. Art. 50 EGV. Vgl. CALLIESS/RUFFERT (JUNG), Art. 16 EGV, Rz. 8, dort Fn. 28, sowie DAUSES (EMMERICH), H. II, Rz. 148.

⁹⁵ ROSS, ELRev, 22, 29, versteht den „neuen“ Art. 16 EGV als normatives Ergebnis des bereits vorher judikativ eingeschlagenen Weges. Zur generellen Bedeutung dieser Norm siehe DERS., a.a.O., 22, 38.

⁹⁶ Vgl. SCHWARZE, EuZW 2001, 334, 336.

⁹⁷ SCHWARZE, EuZW 2001, 334, 339, spricht insoweit von einem in Art. 16 EGV niedergelegten „Gebot zur verstärkten Rücksichtnahme auf die dort erwähnten Dienste der Daseinsvorsorge“.

⁹⁸ So auch LÖWENBERG, Seite 308, der für diesen Fall sogar von einer „Leerformel“ spricht. Im Übrigen qualifiziert LÖWENBERG, Seite 308, Art. 16 EGV als Auslegungshilfe hinsichtlich unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen des Rechts der Daseinsvorsorge und erklärt die Norm insoweit auch für justitabel (Seite 309).

⁹⁹ Lt. LÖWENBERG, Seite 305, geht es maßgeblich darum, dass die Gemeinwohlleistung erbracht wird, nicht von wem. Daher sieht er in Art. 16 EGV einen funktional-rechtlichen Ansatz niedergelegt.

meinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse“ Sorge zu tragen. Damit kommt die zweite durch Art. 16 EGV kodifizierte Neuerung zum Tragen: die ausdrückliche Einbettung der Daseinsvorsorge in das Subsidiaritätsgefüge der EG. Die Relevanz dieses Grundprinzips wird im Folgenden näher betrachtet.

Schließlich lässt die Forderung nach Funktionsgrundsätzen die französischen Ursprünge des gemeinschaftsrechtlichen Daseinsvorsorgegedankens erkennen, denn die Sicherung der Funktionstüchtigkeit ist Element des „service public à caractère industriel ou commercial“¹⁰⁰.

Mit Art. III–6 VVE wird ab dem Inkrafttreten des Europäischen Verfassungsvertrags¹⁰¹ eine neue Primärrechtsgrundlage gelten¹⁰². Viel Neues wird diese aber nicht bringen, hat der Europäische Verfassungskonvent doch eine dem Art. 16 EGV ganz überwiegend entsprechende Formulierung gewählt. Daher werden nachfolgend nur kurz die wenigen konkretisierenden Textabweichungen beleuchtet. Zum einen handelt es sich dabei um eine Pointierung auf Funktionsgrundsätze und –bedingungen „insbesondere [...] wirtschaftlicher und finanzieller Art“. Mit dieser Klarstellung kodifiziert die EU die bislang lediglich faktische Fokussierung auf diese beiden Blickwinkel der Daseinsvorsorge und verweist etwa technische oder ähnliche Regelungen auf nachrangige Plätze. Zum anderen wird es künftig einen expliziten „Gesetzesvorbehalt“ geben. Danach obliegt die Festlegung entsprechender Grundsätze und Bedingungen künftig „Europäischen Gesetzen“¹⁰³. Darin könnte die Absicht einer Verfahrensbeschleunigung verklausuliert sein. Während nämlich bislang nur auf der unverbindlichen Basis von Kommissionsmitteilungen agiert wurde¹⁰⁴, manifestiert ein Gesetzesvorbehalt das Erfordernis einer gebündelten, interinstitutionellen Vorgehensweise, um verbindliche Regelungen zu erlassen. Dass dies Not tut, ist zwischen den Zeilen dieser Normierung herauszulesen.

¹⁰⁰ DOUCET/FLECK (siehe Fn. 33): „assurer le fonctionnement“. IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 664, kommt zu demselben Schluss, wenngleich über die Begründung der französisch intendierten Einführung des heutigen Art. 86 Absatz 2 EGV.

¹⁰¹ Dazu bedarf es außer der am 29.10.2004 vollzogenen Unterzeichnung durch die EU-Staats- und Regierungschefs noch der Ratifizierung in der in jedem Mitgliedstaat vorgesehene Weise, sei es durch das nationale Parlament oder mittels Referendum. Von den inzwischen 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben bereits 18 den Verfassungsvertrag ratifiziert. Die in Frankreich und den Niederlanden durchgeführten Referenden scheiterten jeweils. Es ist davon auszugehen, dass die übrigen sieben Mitgliedstaaten, mit der Durchführung ihrer Ratifizierungsverfahren solange zuwarten werden, bis die Staats- und Regierungschefs einen Formelkompromiss hinsichtlich des Verfassungsvertragsinhalts gefunden haben werden, so dass diesem im Anschluss auch seitens der Bürger Frankreichs und der Niederlande mehrheitlich zugestimmt werden kann. Ob es sich dabei um einen Residual- oder Kernverfassungsvertrag handeln wird, dessen Inhalt gegenüber dem bereits beschlossenen zwar ein Minus darstellte, allerdings nur in der Hinsicht, dass weniger geregelt würde als bislang vorgesehen war und ohne gravierende Änderungen hinsichtlich bereits erzielter Verhandlungsergebnisse, so dass die bereits abgeschlossenen, positiven mitgliedstaatlichen Ratifizierungsverfahren fortgelten können, bleibt abzuwarten.

¹⁰² Gem. Art. IV–2 VVE treten EUV und EGV am Tag des Inkrafttretens der Europäischen Verfassung außer Kraft.

¹⁰³ Gem. Art. I–32 VVE handelt es sich dabei um Gesetzgebungsakte mit allgemeiner Geltung, die in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Sie entsprechen daher vollständig den heutigen Verordnungen gem. Art. 249 Absatz 2 EGV.

¹⁰⁴ Siehe unten Punkt III 2 c aa.

bb) Art. 5 Absatz 2 i.V.m. 295 EGV

Ein Rechtsgrundverweis in Art. 16 EGV führt zu Art. 5 Absatz 2 EGV. In ihm ist das für die EG neben anderen grundlegende Subsidiaritätsprinzip formuliert. Die Besorgung der Funktionstüchtigkeit gemeinwohlorientierter Dienste obliegt nach Art. 16 EGV sowohl der Gemeinschaft als auch den Mitgliedstaaten – im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse¹⁰⁵. Das bedeutet gem. Art. 5 Absatz 2 EGV eine nur nachgeordnete Gemeinschaftskompetenz. Wenn und soweit die Mitgliedstaaten also im Stande sind, Funktionsgrundsätze und -bedingungen für marktbezogene Gemeinwohldienste hinreichend zu gestalten und auf Gemeinschaftsebene nicht wirkungsvoller oder umfassender gehandelt werden könnte, liegt die Handlungshoheit bei ihnen.

Die Organisation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – insbesondere die Entscheidung zwischen privater oder öffentlicher Trägerschaft oder betreffend sonstiger struktureller Aspekte – obliegt den Mitgliedstaaten kraft ihrer Zuständigkeit im Bereich der Eigentumszuordnung gem. Art. 295 EGV¹⁰⁶. Der Gestaltungsspielraum der EG beschränkt sich daher auf die Beigabe gemeinschaftsweit einheitlicher Orientierungshilfen¹⁰⁷.

In dem Maße, wie die Gestaltung der Funktionsgrundsätze und -bedingungen Sache der Mitgliedstaaten ist, ist es auch die Finanzierung der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen. Der Gemeinschaft wird mit Art. 86 Absatz 3 EGV aber eine „Überwachungsaufgabe“¹⁰⁸ zugestanden. Insoweit obliegt der Kommission die Prüfung der Vertragskonformität von Finanzierungsmodalitäten im Rahmen der Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV.

cc) Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 Satz 1, 73, 88 Absatz 3 Satz 1 EGV

Schutzobjekt der europäischen Beihilfenvorschriften ist der Gemeinsame Markt. Er soll vor Verfälschungen des Wettbewerbs und daraus resultierenden Handelsbeeinträchtigungen bewahrt werden¹⁰⁹. Diesem Ziel dienen der Verbots-

¹⁰⁵ Laut SCHINK, NVwZ 2002, 129, 137, sehen die meisten deutschen Kommunalverfassungen eine so weitgehende Subsidiaritätsregelung vor, dass die Gemeinden sich nur dann wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn der mit der Leistungserbringung verfolgte Zweck „nicht besser oder wirtschaftlicher“ oder „nicht ebenso gut oder wirtschaftlich“ durch *andere* Unternehmen erfüllt werden kann.“ (*Kursive Hervorhebung* durch den Verfasser.)

¹⁰⁶ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (KINGREEN), Art. 295 EGV, Rz. 11; LAEKEN-Bericht, Rz. 18. Gem. IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 663, Ziff. 16, dürfen die Mitgliedstaaten aber nicht versuchen, sich durch die ausdrückliche Qualifizierung eines Unternehmens als „öffentliches“ dem Anwendungsbereich der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu entziehen. So auch MONTAG/LEIBENATH, EWS 2003, 402, 403.

¹⁰⁷ Vgl. ELEKTRIZITÄTSRL (siehe Fn. 73), 11. Erwägungsgrund. Zurückhaltend dagegen die Einschätzung von CALLIESS/RUFFERT (KALLMAYER/JUNG), Art. 16 EGV, Rz. 9, bzgl. der Kommissionsabsichten bzgl. einer „auf europäischer Ebene abgestimmte[n] Überwachung der Tätigkeit von Regulierungsbehörden und Unternehmen“ sowie der Entwicklung eines „gemeinsame[n] Konzept[s] für Leistungen der Daseinsvorsorge“, wie sie in der 2. DV-MITTEILUNG, Rz. 62 u. 64, als Teile einer „Europäischen Perspektive“ – so die Kapitelüberschrift – erwähnt werden.

¹⁰⁸ Vgl. verbundene Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2545 ff., Rz. 12.

¹⁰⁹ Zum Kausalzusammenhang siehe CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 28.

tatbestand¹¹⁰ des Art. 87 Absatz 1 EGV mit seinen auf Gemeinwohldienstleistungen bezogenen Schrankennormen Art. 86 Absatz 2 Satz 1 und 73 EGV.

aaa) Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Absatz 1 EGV

Nach Art. 87 Absatz 1 EGV werden mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfen von einem Mitgliedstaat oder aus dessen staatlichen Mitteln gewährt. Zudem eignen sie sich, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, verschaffen dem bzw. den begünstigten Unternehmen oder Produktionszweig(en) einen Vorteil und führen zu einer – zumindest drohenden – Wettbewerbsverfälschung¹¹¹. Im Einzelnen setzen die Tatbestandsmerkmale folgende Begünstigungssachverhalte voraus:

- *Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe*
Die Unterstützungsmaßnahme muss entweder vom Staat direkt, z.B. aus Haushaltsmitteln, herrühren oder zumindest von einer öffentlichen oder privaten Einrichtung gewährt werden, die vom Staat genau dazu bestimmt oder gar errichtet wurde¹¹² und diesem auf Grund dessen hinreichender Verfügungsgewalt zugerechnet werden kann¹¹³. Insbesondere mit Blick auf private Beihilfegewährer ist vielmehr ausschlaggebend, dass der staatlichen Verwaltung – soweit sie nicht schon substanziellen Einfluss auf die Mittelvergabe bzw. Begünstigung hat nehmen können – durch die Vorteilsgewährung wenigstens mittelbar eine finanzielle Einbuße erwächst¹¹⁴.
- *Vorteilsgewährung gegenüber bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen*
Einen beihilferechtlichen Vorteil gewähren heißt zunächst, mittels einer Unterstützungsmaßnahme finanzieller oder tatsächlicher Art, positiv oder negativ (gewährend oder erlassend)¹¹⁵ die gewöhnlichen (finanziellen oder strukturellen) unternehmerischen Belastungen zu verringern. Ausschlaggebend sind hierbei nicht Gründe oder Ziele der Beihilfegewährung, son-

¹¹⁰ Siehe CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 7, mit weiteren Nachweisen. VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 2, geht jedenfalls bzgl. Neubehilfen von einem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ aus.

¹¹¹ Abweichend vom Normtext des Art. 87 Absatz 1 EGV wandte der EuGH in seinem ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 75, und später auch in der Rs. C-345/02 (PEARLE), Urteil vom 15.07.2004, Slg. 2004, I-7139 ff., Rz. 33, ausdrücklich diese Prüfungsreihenfolge der Tatbestandsmerkmale an. In der vorliegenden Untersuchung wird dagegen die im Wortlaut des Artikels vorgegebene Reihenfolge berücksichtigt – nicht zuletzt auf Grund der seitens des Verfassers darin erkannte Aufbau-logik insbesondere hinsichtlich der grundlegenden Kausalbeziehung zwischen Vorteilsgewährung und Handelsbeeinträchtigung. In jedem Fall aber ist Voraussetzung für eine positive Beihilfenqualifizierung, dass stets alle Tatbestandsmerkmale erfüllt werden müssen, vgl. PEARLE-Urteil, Rz. 32, mit weiteren Nachweisen.

¹¹² Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 18, sowie die weiteren Rechtsprechungsverweise im Urteil PEARLE (siehe Fn. 111), Rz. 34.

¹¹³ Vgl. GA RUIZ-JARABO COLOMER in seinen Schlussanträgen zur Rs. C-345/02 (PEARLE, siehe Fn. 111) vom 11.03.2004, Rz. 67. So auch VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 13. Siehe darüber hinaus die Rechtsprechungsverweise im Urteil PEARLE, (siehe Fn. 111), Rz. 35.

¹¹⁴ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 20.

¹¹⁵ Siehe unten Punkt IV 1.

dern allein deren Wirkungen¹¹⁶. Ob es sich bei der erhaltenen Begünstigung um eine marktgerechte Gegenleistung für die erbrachten Gemeinwohldienste handelt und welche Folgen eine solche Einstufung zeitigt, wird im weiteren Verlauf dieser Untersuchung dargestellt werden. Der Belastungsminderung gleichzusetzen Mehraufwendungen zu Lasten des Staates oder staatlich (dazu bestimmt)er Einrichtungen¹¹⁷.

Des Weiteren muss die Auswahl des oder der Begünstigten (Unternehmen oder ganze Produktionszweige) auf Grund einer Selektion erfolgt sein¹¹⁸. Deren Ergebnis stellt eine Vorteilsgewährung gegenüber allen übrigen (vergleichbaren) wirtschaftlich tätigen natürlichen oder juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts dar, die Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anbieten¹¹⁹.

- *(Zumindest drohende) Wettbewerbsverfälschung*

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt grundsätzlich vor, wenn der gewährte Vorteil die Marktposition des Beihilfeempfängers in sachlicher, zeitlicher sowie räumlicher Hinsicht gegenüber bestehenden oder künftigen Konkurrenten verbessert¹²⁰. Hiervon ausgenommen sind Gruppenfreistellungsverordnungen (wie etwa für Ausbildungs-, Beschäftigungs-, De-minimis- und Regionalbeihilfen sowie für Beihilfen zu Gunsten kleiner und mittlerer Unternehmen [KMU])¹²¹ sowie besondere Kostenausgleichsbeihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹²².

- *Eignung zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels*

Entwickelt sich der innergemeinschaftliche Handel auf Grund der wettbewerbsverfälschenden Begünstigung des oder der Beihilfeempfänger schließlich anders oder bestünde diese Möglichkeit bei Realisierung einer

¹¹⁶ Vgl. Rs. C-75/97 (BELGIEN ./ KOMMISSION), Urteil vom 17.06.1999, Slg. 1999, I-3671, Rz. 23; Rs. T-46/97 (SIC) Urteil vom 10.05.2000, Slg. 2000, II-2125, Rz. 83, sowie Rs. C-404/97 (KOMMISSION ./ PORTUGAL), Urteil vom 27.06.2000, Slg. 2000, I-4897, Rz. 44.

¹¹⁷ Vgl. HAKENBERG/TREMMEL, EWS 1999, 167, 168.

¹¹⁸ Vgl. VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 26, sowie CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 17.

¹¹⁹ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 17.

¹²⁰ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 21.

¹²¹ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 24. AUSBILDUNGSBEIHILFEN: VERORDNUNG (EG), NR. 68/2001, ABl. Nr. L 10/20 ff. vom 13.01.2001; DE-MINIMIS-BEIHILFEN: VERORDNUNG (EG), NR. 69/2001, ABl. Nr. L 10/30 vom 13.01.2001; KMU-BEIHILFEN: VERORDNUNG (EG), NR. 70/2001, ABl. Nr. L 10/23 vom 13.01.2001; BESCHÄFTIGUNGSBEIHILFEN: VERORDNUNG (EG), NR. 2204/2002, ABl. Nr. L 337/3 vom 13.12.2002. Mit VERORDNUNG (EG), NR. 1976/2006, ABl. Nr. L 368/85 f. vom 23.12.2006 wurde die Geltungsdauer der AUSBILDUNGS-, BESCHÄFTIGUNGS- UND KMU-BEIHILFE-VERORDNUNGEN jeweils bis zum 30.06.2008 verlängert. Die alte DE-MINIMIS-BEIHILFE-VERORDNUNG wurde dagegen durch eine neue – VERORDNUNG (EG), NR. 1998/2006, ABl. Nr. L 379/5 ff. 28.12.2006 – mit Geltung bis zum 31.12.2013 ersetzt. Die Regelungen bzgl. Regionalbeihilfen finden sich in der ebenfalls bis zum 31.12.2013 geltenden VERORDNUNG (EG), NR. 1628/2006, ABl. Nr. L 302/29 ff. 01.11.2006. Mit ihrem „AKTIONSPLAN STAATLICHE BEIHILFEN“ – Dokument KOM (2005) 107 endg. vom 07.06.2005 – verfolgt die KOMMISSION die Absicht, alle bestehenden Gruppenfreistellungen in einem einzigen Rechtstext zusammenzufassen. Demgemäß sollen über die bereits genannten Bestimmungen hinaus neue Befreiungen wie etwa für Umweltschutz, Risikokapital sowie Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen von Großunternehmen reguliert werden.

¹²² Gemäß AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13) sowie GEMEINSCHAFTSRAHMEN (siehe Fn. 14). Ausführlicher hierzu: siehe unten Punkt III 1 b cc bbb.

drohenden Wettbewerbsverfälschung, wird dieser gemeinschaftsrechtswidrig beeinträchtigt¹²³. Als solche Fehlentwicklung sind etwa Import- bzw. Exporterleichterungen für den oder die Beihilfeempfänger oder entsprechende Erschwernisse für dessen bzw. deren Konkurrenten anzusehen¹²⁴.

bbb) Bedeutung des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV für Gemeinwohllleistungen – lex specialis-Regelung des Art. 73 EGV

Hinsichtlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sieht Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV für Unternehmen, die mit ebensolchen Gemeinwohllleistungen betraut sind, eine sogenannte „Bereichsausnahme“ vor¹²⁵. Sie schließt die Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregimes soweit aus, als dadurch die Erbringung der einem Unternehmen *übertragenen besonderen [Daseinsvorsorge-] Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert* würde¹²⁶. Damit manifestiert Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV die fundamentale Bedeutung der Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen. Sie sind der Normkern. Ihnen stehen die Wettbewerbsregeln des EGV gegenüber. So kommt es zum Konflikt zwischen dem Interesse der Mitgliedstaaten an einer gemeinwirtschaftlichen Leistungserbringung und dem der Gemeinschaft an einem unverfälschten Gemeinsamen Markt¹²⁷.

Den Interesseausgleich bringt das wettbewerbsrechtliche Wechselwirkungsgebot, welches sich aus dem Zusammenwirken mit Art. 86 Absatz 1 i.V.m. Absatz 2 Satz 2 EGV ergibt. Während Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln für den Fall rechtlicher oder tatsächlicher Aufgabenverhinderung ausdrücklich einschränkt, wird den Mitgliedstaaten in Art. 86 Absatz 1 EGV die Pflicht auferlegt, keine den Wettbewerbsregeln widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, so dass gem. Art 86 Absatz 2 Satz 2 EGV der Handelsverkehr nicht gemeinschaftsinteressewidrig beeinträchtigt wird¹²⁸. Dies entspricht einer Konkretisierung des in Art. 10 EGV

¹²³ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 26, sowie VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 32.

¹²⁴ Vgl. GRABITZ/HILF (VON WALLENBERG), Art. 87 EGV, Rz. 47.

¹²⁵ So schon IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 664, Ziff. 19, sowie KOENIG/KÜHLING, ZHR 166 (2002), 656, 663, und VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (HOCHBAUM), Art. 90, Überschrift zu Rz. 49 ff. Anderer Auffassung ist dagegen MESTMÄCKER (STAAT UND UNTERNEHMEN), Seite 191, sowie DERS. (WETTBEWERBSRECHT), Seite 645 – hier allerdings weniger ausdrücklich –, der ausdrücklich keine Sonderstellung des *öffentlichen* Sektors duldet. Ebenso jedoch DAUSES (EMMERICH), H. II, Rz. 158. Allerdings wird eine solche Sonderstellung in Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV überhaupt nicht geregelt. *De jure* stimmt VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (HOCHBAUM), Art. 90, Rz. 49, diesem Standpunkt zu, schränkt ihn jedoch gleichzeitig *de facto* wieder im Sinne der MESTMÄCKER-DAUSES-Auffassung ein. VON DER GROEBEN/SCHWARZE (HOCHBAUM/KLOTZ), Art. 86, Rz. 73 legen den Begriff der Bereichsausnahme „strikt marktbezogen“ – im Sinne von: bezogen auf den jeweiligen Tätigkeitsbereich – aus. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 9, verneint die Möglichkeit für Bereichsausnahmen jedenfalls für die Bereiche „soziale Sicherheit, und „Kultur“. Für letzteren Sektor besteht im Übrigen eine ausdrückliche Ausnahmeregelung in Art. 87 Absatz 3 lit. d EGV.

¹²⁶ Zur Prüfungsstruktur der Vorschrift sowie zu Verhinderungsmaßstab als deren „Dreh- und Angelpunkt“ siehe KOENIG/KÜHLING, ZHR 166 (2002), 656, 662 ff sowie 675 ff.

¹²⁷ Vgl. IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 665, Ziff. 21.

¹²⁸ SCHWARZE, EuZW 2000, 613, 626, liest aus Art. 86 Absatz 1 und 2 EGV jeweils unterschiedliche Adressatensstellungen des Staates in Bezug auf die europäischen Wettbewerbsregeln heraus. Daraus folgert er eine gem. Art. 86 Absatz 2 EGV reduzierte „Geltung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts für bestimmte Unternehmen, ohne den Staat aus seiner grundsätzlichen [...] Verantwortlichkeit zu entlassen.“

normierten Loyalitätsprinzips, das von den Mitgliedstaaten gemeinschaftskonformes Verhalten fordert und im Gegenzug¹²⁹ - wenngleich nicht explizit – ein entsprechendes Wohlverhalten der Gemeinschaft vorsieht.

Diese gemeinschaftsrechtliche Duldungskonstellation lässt den Schluss zu, dass die Erbringung daseinsvorsorgender Leistungen primär durch autonome Privatunternehmen gewünscht ist und nur hilfsweise die Verrichtung durch öffentlich beeinflusste bzw. in letzter Konsequenz sogar durch originär öffentliche Unternehmen in Betracht kommen soll¹³⁰.

Der Unternehmensbegriff des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV ist als ein Unterfall des umfassender wettbewerbsrechtlichen Tatbestandsmerkmals aus Art. 87 Absatz 1 EGV anzusehen. Für die faktische Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen ist es gleich, ob ein originär öffentliches Unternehmen leistet oder ein öffentlich betrautes der Privatwirtschaft¹³¹. Das öffentliche Unternehmen ist nämlich der direkten Beeinflussung durch die öffentliche Verwaltung ausgesetzt, während sich beim privaten Unternehmen zumindest eine mittelbare Einflussnahme über das Instrument der Betrauung vermuten lässt¹³². Maßgebliches Kriterium ist die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, ohne dass damit eine Gewinnerzielungsabsicht verbunden sein muss¹³³. Diese konkrete Tätigkeit, bezogen auf den Markt, in dem sie verrichtet wird, ist wiederum bedeutsam für die Qualifizierung der Leistung als eine von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹³⁴.

Im Ergebnis stellt Art. 86 Absatz 2 Satz 1 i.V.m. 16 EGV die europäische Erfüllungsgarantie gemeinwohlorientierter Leistungspflichten dar¹³⁵. Vor dem Hintergrund dieser Norm kann der Wortlaut von Art. 86 Absatz 2 Satz 2 EGV letztlich nur so verstanden werden, dass die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels bis zu einem bestimmten Maß geduldet, wenn nicht sogar gewünscht wird, um die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen

¹²⁹ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (KAHL), Art. 10 EGV, Rz. 18 u. 24.

¹³⁰ ROSS, ELRev, 22, 31, diagnostiziert jedenfalls den bekundeten Gemeinschaftswillen einer gewissen Sonderrolle bzgl. Daseinsvorsorgeleistungen im Zusammenhang mit den europäischen Wettbewerbsvorschriften.

¹³¹ In diesem Sinne findet sich in Fn. 1 zu Ziff. 10 GEMEINSCHAFTSRAHMEN (siehe Fn. 14) nunmehr auch eine Gleichstellungsklausel für private und öffentliche Unternehmen. Eine noch ausdrücklichere Regelung sah Änderungsvorschlag 1 i.V.m. Erwägungsgrund P der ENTSCHEIDUNG des Europäischen Parlaments zu staatlichen Ausgleichsbeihilfen (siehe Fn. 16) vor, die jedoch nicht in die endgültige Fassung der AUSGLEICHSBEIHLIFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13) aufgenommen wurde.

¹³² Vgl. IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 663 f., Ziff. 15 ff. mit einer eingehenden Betrachtung zu den unterschiedlichen Unternehmensbegriffen in Art. 86 EGV. Ebenso vgl. PAPPALARDO, Seite 543. Zum Betrauungsthema insgesamt siehe IPSEN (WIRTSCHAFTSRECHT), Seiten 232 ff., sowie MESTMÄCKER (STAAT UND UNTERNEHMEN), Seite 216.

¹³³ Vgl. Rs. C-244/94 (FFSA 1994), Urteil vom 16.11.1995, Slg. 1995, I-4013 ff., Rz. 14 u. 21.

¹³⁴ Dies folgt etwa aus Art. 5 Absatz 1 des KOMMISSIONSVORSCHLAGS EINER VERORDNUNG FÜR KOORDINIERUNGSBEIHLIFEN IM EISENBAHN-, STRAßEN- UND BINNENSCHIFFSVERKEHR KOM(2000) 5 endg. vom 28.07.2000, ABl. Nr. C 365 E/179 ff. vom 19.12.2000 – im Weiteren: ENTWURF KOORDINIERUNGSBEIHLIFENVO. Vgl. auch IMMENGA/MESTMÄCKER (MESTMÄCKER), D. Art. 90 Abs. 2, Rz. 45. Damit schließt sich der Kreis zur Auslegung des Bereichsausnahmebegriffs, s.o. Fn. 96.

¹³⁵ IPSEN (GEMEINSCHAFTSRECHT), Seite 664, Ziff. 19, bezeichnet Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV mit Blick auf dessen Bereichsausnahmecharakter immerhin als „Spezialstatut der öffentlichen Unternehmen“.

i.S.d. Art. 16 EGV sicherstellen zu können¹³⁶. Nur so lässt sich auch die Entscheidung der Kommission zur Gewährung von Beihilfen als Kostenausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse deuten¹³⁷. Diese postuliert in der Manier einer Freistellungsverordnung *à la De-minimis* für gewisse Fälle bereits vorab das Fehlen einer Interessewidrigkeit hinsichtlich des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs¹³⁸.

Schließlich bleibt festzustellen, dass es sich bei Art. 73 EGV um eine entsprechende Sonderregelung für den Verkehrssektor handelt.

ccc) Notifizierungsverpflichtung gem. Art. 88 Absatz 3 Satz 1 EGV

Die Regelung dieser Norm verlangt die Vorab-Unterrichtung der Kommission durch die jeweilige mitgliedstaatliche Stelle oder öffentliche bzw. private Einrichtung über jede von dieser geplante Einführung neuer oder Modifizierung bereits bestehender Beihilfen. Ausgenommen hiervon sind vor allem Ausbildungs-, Beschäftigungs-, De-minimis- sowie KMU- und Regionalbeihilfen¹³⁹ sowie in bestimmten Fällen Kostenausgleichsbeihilfen in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹⁴⁰.

Gleichwohl ist das „Ob“ einer grundsätzlichen Geltung der in Art. 88 Absatz 3 EGV normierten, allgemeinen Notifizierungsverpflichtung einer der Kulminationspunkte bzgl. des Streits der im weiteren Verlauf dieser Arbeit untersuchten Theorieansätze¹⁴¹. Sie allein ist jedoch nicht geeignet, die gemeinwohlorientierte Aufgabenerfüllung im Sinne des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV zu verhindern¹⁴². Vielmehr kommt es wesentlich auf das Verständnis der Normwirkung des Art. 86 Absatz 2 EGV im Sinne eines Vereinbarkeitstatbestands – wie etwa Art. 87 Absätze 2 und 3 EGV oder einer Legalausnahme an, ob die Notifizierungsverpflichtung – bis auf geregelte Ausnahmen – Bestand hat oder von vornherein entfällt¹⁴³.

dd) Art. 36 EGRCh

Während Art. 16 EGV die aktive Vornahme von Daseinsvorsorgeleistungen regelt, findet sich hier der komplementäre, quasi grundrechtsgleiche Individualanspruch auf Erbringung der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen

¹³⁶ Vgl. Rs. C-320/91 (CORBEAU), Urteil vom 19.05.1993, Slg. 1993, I-2533 ff., Rz. 14, sowie Rs. C-393/92 (ALMELO), Urteil vom 27.04.1994, Slg. 1994, I-1477 ff., Rz. 46.

¹³⁷ AUSGLEICHSMITTELBEIHELFEENTSCHEIDUNG, siehe Fn. 13.

¹³⁸ Vgl. Art. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 14 AUSGLEICHSMITTELBEIHELFEENTSCHEIDUNG, siehe Fn. 13. Ausführlicher hierzu: siehe unten Punkt III 1 b cc bbb.

¹³⁹ All diese Gruppenfreistellungsverordnungen – einzeln in Fn. 121 aufgeführt – sehen Bestimmungen vor, die bei Erfüllen aller Voraussetzungen der jeweiligen Verordnung die „Kann-Vereinbarkeit“ der gewährten Beihilfe gem. Art. 87 Absatz 3 EGV für gegeben erklären, so dass eine (Vorab-) Notifizierung nach Art. 88 Absatz 3 Satz 1 nicht mehr erforderlich ist – vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 88 EGV, Rz. 9.

¹⁴⁰ Siehe AUSGLEICHSMITTELBEIHELFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13) sowie GEMEINSCHAFTSRAHMEN (siehe Fn. 14). Ausführlicher hierzu: siehe unten Punkt III 1 b cc bbb.

¹⁴¹ Siehe unten Punkt IV 2 b und c sowie Punkt V.

¹⁴² Vgl. GUNDEL, RIW 2002, 222, 229.

¹⁴³ Siehe hierzu ausführlich JENNERT, NVwZ 2004, 425, 428 f.

Interesse¹⁴⁴. Er zählt zu den Solidaritätsrechten der Grundrechtecharta und ist nach seinem Wortlaut nicht auf Unionsbürger beschränkt¹⁴⁵. Bis zum Inkrafttreten der Charta ist Art. 36 die Funktion einer Grundlage subjektiver Leistungsansprüche jedenfalls zu versagen. Auch danach wird es schwer fallen, aus dem nur vagen Normtext konkrete Ansprüche direkt abzuleiten. Statt dessen ist Art. 36 EGRCh aber bereits jetzt jene Art. 255 EGV vergleichbare Katalysatorwirkung beizumessen. Erst durch den Vertrag von Amsterdam in den EGV eingearbeitet, war diese Bestimmung primärrechtlicher Impuls für die Schaffung spezifischer Zugangsregelungen zu Dokumenten von EG-Organen¹⁴⁶. Die flankierende Unterstützung durch eine entsprechende EuGH-Rechtsprechung förderte diesen Prozess¹⁴⁷. Eine ähnliche Entwicklung lässt sich auch im Falle des Art. 36 EGRCh prognostizieren, denn trotz fehlender Geltung der Charta werden die darin normierten Grundsätze von zahlreichen Generalanwälten beim EuGH zur Untermauerung ihrer Standpunkte ergänzend herangezogen¹⁴⁸. Die Kommission geht insoweit von einer EuGH-Auslegung der Charta im Sinne einer Zurechnung zu den allgemeinen Gemeinschaftsrechtsgrundsätzen aus¹⁴⁹.

Das „Ob“ einer öffentlichen Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge lässt sich mit dem Regelungsinhalt des Art. 36 EGRCh begründen, nicht hingegen das „Wie“. Die Europäische Union „anerkennt und achtet“ das Zugangsrecht zu entsprechenden Dienstleistungen explizit. Damit wurde im Wortlaut eine recht präambelhafte Formulierung verwendet. Gleichwohl handelt es sich nicht um eine bloße Absichtserklärung. Vielmehr kommt in dieser Normierung der mitgliedstaatliche Wille zum Ausdruck, die Grundversorgung der europäischen Bevölkerung mit Daseinsvorsorgeleistungen jedenfalls sicherzustellen. Dazu zählt auch die oben beschriebene Neutralisierung drohender Versorgungslücken durch öffentliche Leistungsfinanzierung¹⁵⁰. Dass es vor diesem Hintergrund nicht zu einer wettbewerbswidrigen Erbringung kommunaler Daseinsvorsorge um jeden Preis kommt, soll durch die ausdrückliche Einbettung

¹⁴⁴ Schon FISCHERHOF, DÖV 1957, 305, 306, versteht „öffentliche Versorgung“ im Sinne einer „Allgemeinzugänglichkeit“.

¹⁴⁵ Gleichwohl interpretiert die Kommission den Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „unter den gemeinsamen Werten der Union“ in ihrer 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 64, so, „dass zwischen dem Zugang zu Leistungen der Daseinsvorsorge und der Unionsbürgerschaft ein Zusammenhang besteht.“

¹⁴⁶ Als rechtlich noch unverbindliche Formulierungsgrundlage gilt der „GEMEINSAME VERHALTENSKODEX“: Dok. 93/730/EG, ABl. Nr. L 340/41f. vom 31.12.1993. In der Folge - und z.T. ganze Passagen wörtlich übernehmend - wurde dieser für die einzelnen Organe jeweils in eine rechtsverbindliche Form umgegossen: *MINISTERRAT*: BESCHLUSS 93/731/EG vom 20.12.1993, ABl. Nr. L 340/43f. vom 31.12.1993; *KOMMISSION*: BESCHLUSS 94/90/EGKS, EG, Euratom, ABl. Nr. L 46/58f. vom 18.02.1994; *PARLAMENT*: BESCHLUSS 97/632/EGKS, EG, Euratom, ABl. Nr. L 263/27ff. vom 25.09.1997; *WSA*: BESCHLUSS vom 27.05.1997, ABl. Nr. L 339/18 vom 10.12.1997; *AdR*: BESCHLUSS vom 17.09.1997, ABl. Nr. L 351/70 vom 23.12.1997

¹⁴⁷ Siehe Rs. T-188/97 (ROTHMANS ./.) KOMMISSION), Urteil vom 19.07.1999, Slg. 1999, II-2463 ff., Rs. T-14/98 (HAUTALA ./.) RAT), Urteil vom 19.07.1999, Slg. 1999, II-2489 ff., Rs. T-174/95 (SVENSKA JOURNALISTFÖRBUNDET ./.) RAT), Urteil vom 17.06.1998, Slg. 1998, II-2289 ff.

¹⁴⁸ Siehe exemplarische Nennungen von Schlussanträgen bei CALLIESS/RUFFERT (KINGREEN), Art. 6 EUV, Rz. 41.

¹⁴⁹ MITTEILUNG „ZUM STATUS DER GRUNDRECHTSCHARTA DER EUROPÄISCHEN UNION“ vom 11.10.2000, KOM(2000), 644 endg., Ziff. 10.

¹⁵⁰ Siehe oben Punkt II 3.

in die EGV-Regelungen gewährleistet werden. Schließlich ist Art. 36 EGRCh als *lex specialis* zu Art. 295 EGV zu werten, indem er für den Bereich der Daseinsvorsorge auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ rekurriert.

ee) Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Das von den EU-Mitgliedstaaten 1997 verabschiedete Rundfunkprotokoll¹⁵¹ zählt gem. Art. 311 EGV zum europäischen Primärrecht. Darin wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf Grund seiner unmittelbaren Verknüpfung „mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ gewissermaßen zum Gralswächter einer europäischen, pluralistischen Medienlandschaft ernannt. Somit handelt es sich hierbei um eine besondere Art einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹⁵². Die Kommission verfasste hierzu eigens eine Mitteilung¹⁵³. Darin begründet sie den spezifischen Versorgungscharakter des Rundfunks damit, dass es „keinen Dienst [gebe], der *gleichzeitig* so viele Menschen erreicht, die Bevölkerung mit einer großen Menge an Informationen und Inhalten versorgt und damit individuelle Ansichten wie öffentliche Meinung verbreitet und beeinflusst.“¹⁵⁴ Hierdurch erlange er „für das Funktionieren der heutigen demokratischen Gesellschaften [seine] zentrale Bedeutung“¹⁵⁵. Damit rechtfertigt das demokratieimmanente Informationswesen des Rundfunks die zumindest anteilige öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung in diesem Dienstleistungsbereich durch staatliche Rundfunkanstalten.

Soweit private Rundfunkveranstalter mit dem öffentlich-rechtlichen Angebot konkurrieren, enthält der kurze Text des Rundfunkprotokolls die Erklärung eines Finanzierungsvorbehalts zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die staatliche Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sei legitim, sofern die Mittelzuwendung der Erfüllung des den Anstalten auferlegten öffentlichen Auftrags diene und nicht den innergemeinschaftlichen Handel und Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt bzw. dem Gemeinschaftsinteresse entgegenstehe. So schon Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV.

Der Definition des öffentlichen Auftrags im Rundfunksektor hat sich schließlich die Kommission in der bereits erwähnten Mitteilung angenommen¹⁵⁶.

¹⁵¹ ABl. Nr. C 340/109 vom 10.11.1997 (im Anschluss zum VERTRAG VON AMSTERDAM).

¹⁵² Zum Ganzen siehe SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (VAN YSENDYCK), nach Art. 87 Dienstleistungen, Rz. 28 ff.

¹⁵³ RUNDFUNK-MITTEILUNG, siehe Fn. 93.

¹⁵⁴ RUNDFUNK-MITTEILUNG, siehe Fn. 93, Rz. 6 (kursive Hervorhebung im Original). Weitere Erwähnung des Rundfunksektors: 1. DV-MITTEILUNG, Rz. 51-53, sowie 2. DV-MITTEILUNG, Rz. 39 ff. – (beide siehe Fn. 9).

¹⁵⁵ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Seite 40.

¹⁵⁶ RUNDFUNK-MITTEILUNG (siehe Fn. 93), Rz. 32 ff.

b) Europäisches Sekundärrecht

Die Dienstleistungsbereiche Verkehr, Telekommunikation, Post und Energieversorgung werden seitens der Mitgliedstaaten traditionell zur Daseinsvorsorge gezählt. Verordnungen bzw. Richtlinien der EG-Organen sollen eine gemeinschaftskonforme Ausführung der vorhin erläuterten Primärrechtsnormen sicherstellen. Diese bilden in Entsprechung des Subsidiaritätsprinzips aus Art. 5 Absatz 2 EGV jeweils einen gemeinschaftlichen Rahmen für die Anwendung der einzelstaatlichen Vorschriften zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in den einzelnen Versorgungssektoren.

Liberalisierung ist die Gestaltungsmaxime für die Sekundärrechtsvorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarktes in diesen Wirtschaftszweigen¹⁵⁷. Dadurch erklärt sich auch ihre Relevanz für die Anwendung auf die Daseinsvorsorgematerie. Denn soweit gemeinwohlorientierte Leistungen von Privatunternehmen - ohne öffentliche Einflussnahme oder Finanzierung - erbracht werden können, besteht kein Bedarf für deren kommunalwirtschaftliche Erbringung. Im Folgenden sollen zunächst Aussagen zur Auferlegung marktbezogener Gemeinwohlverpflichtungen sowie zu deren Finanzierung in den einschlägigen Regelwerken untersucht werden.

aa) Sekundärrechtliche Gemeinwohlverpflichtungen

Dass Preisgestaltung, Produktqualität und Flächendeckung neben weiteren Leistungsmerkmalen evidente Kriterien für die gemeinwohlorientierte Verpflichtung zur Erbringung gewisser Marktleistungen sind, wurde bereits veranschaulicht¹⁵⁸. Deren Ausgestaltung nach Gesichtspunkten des (europäischen) Allgemeininteresses wird durch die Regelungen der zu den einzelnen Versorgungssektoren erlassenen Sekundärrechtsvorschriften gewährleistet.

aaa) Land-, Flug- und Seeverkehr

Für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr können die Mitgliedstaaten den jeweiligen Betreiberunternehmen bereits „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ auferlegen bzw. aufrechterhalten, soweit dadurch eine „ausreichende Verkehrsbedienung“ sichergestellt wird¹⁵⁹. Gemeint sind die bereits erläuterten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, denn es handelt sich gem. Art. 2 Absatz 1 EisenbahnverkehrsVO um „Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde.“ Sie sollen Mindesttaktzeiten, Beförderungs-

¹⁵⁷ Vgl. Art. 1 TelekommunikationsRL (siehe Fn. 63) sowie Erwägungsgründe 2 u. 3 ENTWURF KOORDINIERUNGSBEIHLIFENVO (siehe Fn. 134). Eingehender zur Liberalisierungsthematik, siehe BUßMANN, Seiten 62 ff.

¹⁵⁸ Siehe oben Punkt II 2.

¹⁵⁹ Art. 1 Absatz 2 EISENBAHN-/STRAßEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (siehe Fn. 35).

kapazität, Strecken, Tarife, Fahrpläne und Kontinuität der Dienstleistung gewährleisten¹⁶⁰.

Auch im Flugverkehr sind die Mitgliedstaaten zur Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen befugt. Durch die Festsetzung bestimmter Standards bzgl. Kontinuität, Regelmäßigkeit, Kapazität und Preisgestaltung soll die Aufrechterhaltung einer angemessenen Flugverkehrsanbindung gewährleistet werden¹⁶¹.

Schließlich findet sich für den Seeverkehr ebenfalls eine vergleichbare Vorschrift, die bzgl. der Personenbeförderung (Kabotage) neben Kontinuität, Regelmäßigkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität der Dienstleistung auch deren versorgungsorientierte Preisgestaltung sicherstellen soll¹⁶².

bbb) Telekommunikations- und Postdienste

Nach Kommissionsauffassung soll die Tätigkeit der Telekommunikations- und Postdienste „eine Reihe gemeinwohlorientierter Voraussetzungen“¹⁶³ gemeinschaftsweit unter Maßgabe der Grundsätze Universalität, Gleichbehandlung und Kontinuität erfüllen¹⁶⁴. Darunter ist eine allgemeine, standortunabhängige Sicherstellung der Grundversorgung aller Benutzer mit einem konkreten Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität zu einem erschwinglichen Preis¹⁶⁵ zu verstehen, z.B. ausreichende Häufigkeit der Postzustellung und –abholung (Mindesttakt), Aufstellung einer genügenden Anzahl von Postkästen bzw. öffentlicher Telefone (Flächendeckung), ununterbrochener Betrieb (Kontinuität) etc.¹⁶⁶ Die Auferlegung solcher so genannter Universaldienstverpflichtungen ist daher bereits wesensimmanent gemeinwohlorientiert. Wurde

¹⁶⁰ Vgl. WSA-1999, Ziff. 3.1. Während diese Elemente in Art. 10 des KOMMISSIONSVORSCHLAGS EINER VO ZUM PERSONENVERKEHR KOM(2000) 7 endg. vom 26.07.2000, ABl. Nr. C 365 E/169, 175 vom 19.12.2000 noch erwähnt und „Mindestkriterien“ genannt werden, fehlt deren Erwähnung in der aktuellsten Legislativentschließung des Europaparlaments (P6_TA(2007)0174) vom 10.05.2007.

¹⁶¹ Art. 2 lit. o i.V.m. 11. Erwägungsgrund FLUGVERKEHRSVO.

¹⁶² Art. 2 Ziff. 3 Satz 2 VERORDNUNG NR. 3577/92 vom 07.12.1992, ABl. Nr. L 364/7, 8 vom 12.12.1992 – im Weiteren: SEEKABOTAGEVO.

¹⁶³ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Definitionskasten, dort zu „Universaldienst“.

¹⁶⁴ Siehe stellvertretend Anerkenntnis lit. b der RATSSENTSCHLIEßUNG NR. 94/C 48/01 vom 07.02.1994 ÜBER DIE GRUNDSÄTZE FÜR DEN UNIVERSALDIENST IM BEREICH DER TELEKOMMUNIKATION, ABl. Nr. C 48/1, 2 – im Weiteren: UNIVERSALDIENSTGRUNDSÄTZEENTSCHL.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 2 Absatz 1 lit. g TELEKOMMUNIKATIONSRL (siehe Fn. 63), Art. 2 Absatz 2 lit. f i.V.m. 3 Absatz 1 RICHTLINIE 98/10/EG vom 26.02.1998, ABl. Nr. L 101/24, 28 vom 01.04.1998 – im Weiteren: SPRACHTELEFONDienstRL – sowie Art. 3 Absatz 1 RICHTLINIE 97/67/EG vom 15.12.1997 ÜBER GEMEINSAME VORSCHRIFTEN FÜR DIE ENTWICKLUNG DES BINNENMARKTES DER POSTDIENSTE DER GEMEINSCHAFT, ABl. Nr. L 15/14 ff. vom 21.01.1998 – im Weiteren: POSTDIENSTERL – und auch 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Seite 42.

¹⁶⁶ Missverständlich ist hingegen eine Kausalitätsverknüpfung (wie in WSA-1999 [siehe Fn. 17], Rz. 3.3.), nach der Universaldienst-Verpflichtungen auferlegt werden können, „um die Erfüllung einer Reihe [...] ‚grundlegender Anforderungen‘ zu gewährleisten.“ Solche „grundlegenden Anforderungen“ (siehe Art. 10 TelekommunikationsRL [siehe Fn. 63]) bzw. „Grundanforderungen“ (Art. 2 Ziff. 19 POSTDIENSTERL, siehe Fn. 165) können sein: Sicherheit des Netz(betrieb)es, Aufrechterhaltung der Netzintegrität, Interoperabilität von Diensten, Datenschutz, Vertraulichkeit der Sendung, Umweltschutz sowie Raumplanung. Es handelt sich also um „im allgemeinen Interesse liegende Gründe nicht wirtschaftlicher Art“ (Art. 2 Ziff. 19 PostdiensteRL, siehe Fn. 165), welche einerseits der Aufrechterhaltung der Universaldienste unter außergewöhnlichen Umständen (z.B. im Katastrophenfall) dienen sowie die Einschränkung der Erbringung von Universaldienstleistungen aus Sicherheitsgründen ermöglichen. Diese Anforderungen sind somit nicht marktbezogen und daher nicht wettbewerbsrelevant in Bezug auf gemeinwohlorientierte Leistungen.

den mitgliedstaatlichen Verwaltungen bzgl. der Verkehrsdienstleistungssektoren die Möglichkeit eingeräumt, den betrauten Unternehmen gemeinwohlorientierte Verpflichtungen aufzuerlegen, trifft die Mitgliedstaaten hier nun selbst die Verpflichtung, für die Sicherstellung der Erbringung von Universaldiensten zu sorgen¹⁶⁷. Dies weist auf deren umfassendere Rolle im Gefüge der im Allgemeininteresse erbrachten Dienstleistungen hin¹⁶⁸.

ccc) Energieversorgung

Elektrizitäts- und Erdgassektor sind geprägt von Liberalisierungsbestrebungen. Im Strommarkt sind diese von besonderer Relevanz für die aktive Energieeinspeisung durch netzunabhängige Eigenerzeuger. Diesen soll der freie Zugang zu den Verteilerleitungen der großen Netzbetreiber gesichert werden¹⁶⁹. Aus Sicht der Daseinsvorsorge interessanter ist allerdings die Energieabnahme durch die Verbraucher - auf der Basis bilateraler Lieferverträge. Ohne Energieversorgung sind moderne Gesellschaften weder handlungsfähig noch vorstellbar. Wegen dieser herausragenden gesellschaftlichen Bedeutung ist die Energieversorgung ebenfalls als Universaldienst zu qualifizieren. Gleichwohl vermengt sich mit den bereits beschriebenen Charakteristika (Universalität etc.) die Möglichkeit zur Auferlegung von Verpflichtungen wie bei herkömmlichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Daraus resultiert einerseits eine gewisse Ähnlichkeit zum Telekommunikations- und Postsektor (allgemeiner Netzzugang) und andererseits eine dem Verkehrssektor vergleichbare Konstellation (Vertragsschluss vor Leistungsanspruchnahme)¹⁷⁰.

Wegen der gezeigten historischen und faktischen Kongruenzen bei der Elektrizitäts- und Erdgasversorgung erscheint es konsequent, dass sich in den jeweiligen Sekundärrechtsvorschriften¹⁷¹ beinahe wortgleiche Verpflichtungsformulierungen finden lassen. Sowohl Art. 3 Absatz 2 Satz 1 ElektrizitätsRL als auch Art. 3 Absatz 2 Satz 1 ErdgasRL sehen Regelungen bzgl. Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Lieferung vor.

¹⁶⁷ Vgl. Aufforderung des Ministerrates an die Mitgliedstaaten in seiner UNIVERSALDIENSTGRUNDSÄTZEENTSCHL (siehe Fn. 164).

¹⁶⁸ Siehe hierzu etwa Erwägungsgrund 6 SPRACHTELEFONDienstRL (siehe Fn. 165).

¹⁶⁹ Siehe Art. 20 Absatz 1 Ziff. i ELEKTRIZITÄTSRL (siehe Fn. 73). ISENSEE/KIRCHHOF (RÜFNER), § 80 Rz. 34, geht dagegen noch von der Unvermeidlichkeit der Monopolstellung öffentlicher Netzbetreiberunternehmen auf Grund der Leitungsbindung der Energieversorgung aus. Zu den Zielen der transeuropäischen Netze im Energiebereich: siehe ENTSCHEIDUNG NR. 1254/96/EG vom 05.06.1996, ABl. Nr. L 161/147, 148 vom 29.06.1996.

¹⁷⁰ Hier soll der Anschaulichkeit halber außer Acht gelassen werden, dass sowohl ein Schwarzfahrer auch ohne Entrichtung des Fahrpreises die Leistungen von Verkehrsbetrieben in Anspruch nehmen *kann*, als auch vor Anschluss einer Telefonanlage o.ä. ein Vertrag geschlossen werden muss bzw. vor dem Einwerfen einer Postsendung grds. zunächst das Porto hierfür zu entrichten ist.

¹⁷¹ ELEKTRIZITÄTSRL (siehe Fn. 73) sowie RICHTLINIE 98/30/EG vom 22.06.1998, ABl. Nr. L 204/1, 5 vom 21.07.1998.

bb) Sekundärrechtliche Bestimmungen zur Finanzierung gemeinwohlerpflichtungsbedingter Aufwendungen

Die Festschreibungsmodi zur „Kostentragung“ für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse differieren ebenso wie die gemeinwohlorientierten Verpflichtungsmöglichkeiten sektoral. Wenn und soweit die Aufwendungen in der öffentlichen Betrauung mit Gemeinwohlerpflichtungen begründet liegen und durch wettbewerbskonformes Verhalten des Leistungserbringers keine ausreichende Finanzierung erzielt werden kann, obliegt dem Betrauenden die Last der Übernahme nicht gedeckter Kosten. Das folgt aus Art. 16 EGV.

Begriffe wie „Ausgleich“, „Erstattung“ oder „Gegenleistung“ sind Vorboten der unterschiedlichen Theorieansätze, die weiter unten noch eingehend diskutiert werden. Hier soll – ohne Präjudiz – zunächst die Art und Weise der Feststellung und Vornahme einer eventuellen Kostenkompensation gemäß den vorhin aufgezeigten Sekundärrechtsakten dargestellt werden.

aaa) Einnahmensubstituierung

So findet sich etwa in Art. 6 Absatz 2 EisenbahnverkehrsVO¹⁷² eine Regelung, welche die „Gewährung eines Ausgleichs für die [aus einer Beibehaltung oder Aufhebung einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes] entstehenden Belastungen“ normiert¹⁷³. Das bedeutet, dass der künftige Aufwand *im Voraus* berechnet bzw. geschätzt und als Grundlage für die finanzielle Kompensationsleistung verwendet wird¹⁷⁴. Nach welchen Grundsätzen diese ex-ante-Feststellung erfolgt, legte die Kommission in der ersten Fassung eines inzwischen deutlich überarbeiteten Verordnungsentwurfs zum Personenverkehrssektor fest¹⁷⁵. Im Ergebnis beläuft der Ausgleich sich gem. Art. 10 Absatz 1 EisenbahnverkehrsVO auf den „Unterschied zwischen den Kosten, die dem von der Verpflichtung des öffentlichen Dienstes betroffenen Teil der Tätigkeit des Unternehmens anzulasten sind, und den entsprechenden Einnahmen.“ Damit handelt es sich schlicht um den leistungsspezifischen, nicht erwirtschafteten

¹⁷² Art. 6 Absatz 2 EISENBAHN-/STRABEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (siehe Fn. 35). Vgl. zudem Art. 4 Absatz 2 Satz 2 SEEKABOTAGEVO (siehe Fn. 162) sowie Art. 3 Ziff. 2 Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 vom 04.06.1970, ABl. Nr. L 130/1 ff. vom 15.06.1970.

¹⁷³ Dagegen wird in Art. 4 Absatz 2 Unterabsatz 2 SEEKABOTAGEVO (siehe Fn. 162) lediglich ganz wolkig „die etwaige Gewährung eines Ausgleichs für solche Verpflichtungen [des öffentlichen Dienstes]“ in Aussicht gestellt.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 13 Absatz 1 EISENBAHN-/STRABEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (siehe Fn. 35).

¹⁷⁵ Siehe Anhang 1 zu Art. 16 des VORSCHLAGS FÜR EINE VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES ÜBER MAßNAHMEN DER MITGLIEDSTAATEN IM ZUSAMMENHANG MIT ANFORDERUNGEN DES ÖFFENTLICHEN DIENSTES UND DER VERGABE ÖFFENTLICHER DIENSTLEISTUNGSaufträge FÜR DEN PERSONENVERKEHR AUF DER SCHIENE, DER STRAßE UND AUF BINNENSCHIFFFAHRTSWEGEN, KOM(2000) 7 endg. vom 26.07.2000, ABl. Nr. C 365 E/169, 177 f. In der hierauf letztlich basierenden LEGISLATIVENTSCHLIEßUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS (P6_TA(2007)0174 vom 10.05.2007 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0174+0+DOC+XML+V0//DE>)) ist von einer Vorausberechnung, geschweige denn –gewährung, inzwischen gar nicht mehr die Rede. Vielmehr orientiert sich der entsprechende Verordnungsentwurf nunmehr klar an den Vorgaben des ALTMARK-Urteils des EuGH (siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc).

Kostenüberschuss¹⁷⁶. Insoweit fehlende Einnahmen werden durch den Kompensationsbetrag substituiert. Dessen Auszahlung erfolgt gem. Art. 13 Absatz 3 EisenbahnverkehrsVO gestaffelt.

bbb) Marktbezogene Finanzierung

Im Energieversorgungssektor fehlen konkrete sekundärrechtliche Kompensationsregelungen bzgl. Kosten, die auf Grund der gemeinwohlorientierten Versorgungsverpflichtung entstehen. Der Bepreisung der Elektrizitäts- und Erdgasversorgung liegt ein wettbewerbsorientierter Ansatz zu Grunde. Gem. Art. 17 Absätze 1 u. 2 ElektrizitätsRL sowie Art. 15 Absatz 1 ErdgasRL handeln die Strom- bzw. Gaserzeuger mit den Endverbrauchern wie bereits erwähnt bilaterale Versorgungsverträge aus. Diese orientieren sich an marktgerecht ermittelten und veröffentlichten Richtpreisen gem. Art. 17 Absatz 3 ElektrizitätsRL bzw. Tarifen gem. Art. 16 Satz 1 ErdgasRL. In diesen Fällen werden die Versorgungskosten durch die Marktmechanismen erwirtschaftet. Für eine öffentliche Finanzkompensation bleibt kein Raum. Agieren die Elektrizitätsversorgungsunternehmen hingegen bzgl. dritterzeugtem Strom als Abnehmer, können sie gem. Art. 18 Absatz 2 ElektrizitätsRL zur Stromabnahme zu vorgeschriebenen Preisen verpflichtet werden. Ein möglicher staatlicher Kostenausgleich ist allerdings auch hier nicht vorgesehen.

ccc) Umlagefinanzierung

Demgegenüber ist im Telekommunikationsbereich ausdrücklich sogar von einem „System zur Teilung der Kosten des Universaldienstes“ die Rede, wenn „die Dienste [...] nicht kommerziell bereitgestellt werden [können]“¹⁷⁷, die Versorgungsunternehmen unter Marktgesichtspunkten also von einer Leistungserbringung absähen. Dass die Mehrkosten letztlich von der öffentlichen Hand zu übernehmen sind, lässt sich mittelbar daraus schließen, dass deren Finanzierung keinesfalls durch einen den Marktteilnehmern aufgebürdeten „obligatorischen Beitrag“ erfolgen darf¹⁷⁸. Eine erhöhte Grundgebühr für die Verbraucher verbietet sich daher auf Grund des Universaldienstpostulats der Leistungserbringung zu einem „erschwinglichen Preis“¹⁷⁹. Gleichwohl sollen die Nutzungstarife im Telekommunikationssektor dem „Grundsatz der Kostenorientierung“ entsprechen¹⁸⁰, so dass die Finanzierungslücke nicht zu groß wird und die Verbraucher verhältnismäßig an den tatsächlichen Aufwendungen

¹⁷⁶ Ähnlich, wenngleich kaschierter ist diese Relation in Art. 4 Absatz 1 lit. h FLUGVERKEHRVO (siehe Fn. 61) formuliert, indem es dort heißt: „die Höhe dieser Ausgleichszahlung richtet sich nach den mit dem Flugdienst verbundenen Kosten und Einnahmen.“

¹⁷⁷ Art. 4 Absatz 1 SPRACHTELEFONDIENTSTRL (siehe Fn. 165).

¹⁷⁸ Art. 4 Absatz 3 SPRACHTELEFONDIENTSTRL (siehe Fn. 165). Anders dagegen die Kommission in ihrer 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 35, in der sie noch die Finanzierung der „Grundversorgung [mit Telekommunikationsdienstleistungen] durch alle Marktbeteiligten“ vorsah.

¹⁷⁹ Art. 2 Absatz 1 lit. g TELEKOMMUNIKATIONSRL (siehe 63) sowie Art. 2 Absatz 2 lit. f i.V.m. 17 Absatz 6 SPRACHTELEFONDIENTSTRL (siehe Fn. 165).

¹⁸⁰ Art. 17 Absatz 2 SPRACHTELEFONDIENTSTRL (siehe Fn. 165) i.V.m. Erwägungsgrund 2 der RATSSENTSCHLIEBUNG ÜBER DIE GRUNDSÄTZE FÜR DEN UNIVERSALDIENST IM BEREICH DER TELEKOMMUNIKATION vom 07.02.1994, ABl. Nr. C 48/1 vom 16.02.1994.

partizipieren. Deren Berechnungsfaktoren werden in Anhang III TelekommunikationsRL festgelegt.

Für den Postsektor ist aus Gründen der Sicherung des Universaldienstes für unverhältnismäßige finanzielle Belastungen eines Anbieters von Universaldienstleistungen ein „Ausgleichsfonds“ vorgesehen¹⁸¹. Dabei handelt es sich allerdings um eine Einrichtung der Wettbewerber untereinander, wengleich staatlich kontrolliert¹⁸².

cc) Sekundärrechtliche Beihilfenvorschriften

Von der Anwendung der Art. 87 und 88 EGV gibt es Ausnahmen. Hierzu zählt etwa die mitgliedstaatliche Gewährung wirtschaftlicher Vorteile zu Gunsten bestimmter Adressatenkreise bzw. mit besonderem Zuwendungszweck. Die entsprechenden sekundärrechtlichen Vorschriften werden „Gruppenfreistellungen“ genannt und regelmäßig in Gestalt von Verordnungen erlassen¹⁸³.

aaa) Gruppenfreistellungsverordnungen

Im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind vor allem KMU- und De-minimis- sowie Ausbildungs- und Beschäftigungsbeihilfen von besonderer Bedeutung¹⁸⁴. Inhaltlich regeln diese Verordnungen die Freistellungs Voraussetzungen für die Nichtanwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften. Dazu nehmen sie eine für die jeweilige Thematik spezifische Definition zusätzlicher Begriffe, wie etwa „kleine und mittlere Unternehmen“ oder „Beihilfeintensität“ vor. Schließlich wird darin z.B. mittels absoluter oder relativer Schwellenwerte¹⁸⁵ festgelegt, bis zu welchem Punkt gewährte Beihilfen eines der Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Absatz 1 EGV nicht erfüllen und somit nicht in dessen Anwendungs- und Sanktionsbereich fallen. Gemein ist den Vorschriften im Übrigen eine befristete Geltungsdauer. Dabei handelt es sich um erste Zeugnisse der Umsetzung einer regelmäßigen Relevanz- und Erfolgsevaluierung hinsichtlich der europäischen Rechtsetzung.

¹⁸¹ Art. 9 Absatz 4 Satz 1 POSTDIENSTERL (siehe Fn. 165).

¹⁸² Vgl. Art. 9 Absatz 4 Satz 2 POSTDIENSTERL (siehe Fn. 165). Eine fondsbasierte Finanzierung von Leistungen lag auch den beiden, nicht dem Postsektor zurechenbaren Rechtssachen 78/76 (STEINIKE & WEINLIG), Urteil vom 22.03.1977, Slg. 1977, 595, sowie C-345/02 (PEARLE, siehe Fn. 111), Urteil vom 15.07.2004, Slg. 2004, I-7139, zu Grunde, allerdings mit unterschiedlicher Mittelherkunft: Bei STEINIKE & WEINLIG handelte es sich – zumindest teilweise – um unmittelbar staatliche Subventionen. Dagegen waren im Falle PEARLE lediglich branchenspezifische Beitragsmittel von Wettbewerbsunternehmen der niederländischen Optikerbranche streitgegenständlich, die zwecks Finanzierung einer jährlichen Werbekampagne von einer öffentlichen Körperschaft verwaltet wurden, ohne dass dieser eine Einflussnahme auf die Mittelverwendung zugekommen wäre. Vgl. hierzu auch VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 15. Zur Umlage von Leistungsfinanzierung auf Wettbewerber siehe auch NICOLAIDES, EStAL 2003, 183 192.

¹⁸³ Ausführlich zu den vier im Folgenden erwähnten Gruppenfreistellungsverordnungen siehe: BARTOSCH, NJW 2001, 921, 924 ff.

¹⁸⁴ Siehe oben Fn. 121.

¹⁸⁵ Siehe etwa die Summe von EUR 100.000 bzgl. der einem Unternehmen über einen Zeitraum von drei Jahren maximal insgesamt zu gewährenden, geringfügigen Beihilfen gem. Art. 2 Absatz 2 DE-MINIMIS-BEIHILFENVO oder die Prozentangaben in Art. 4 AUSBILDUNGSBEIHILFENVO – beide siehe Fn. 121.

bbb) Entscheidung über Kostenausgleichsbeihilfen für Daseinsvorsorgeunternehmen und Gemeinschaftsrahmen

Das jüngste Ergebnis grundlegender sekundärrechtlicher Beihilfenvorschriften stammt von der Kommission, hat Tandem-Charakter und basiert auf dem ALTMARK-Urteil des EuGH¹⁸⁶. Dabei handelt es sich um die beiden taggleich im EU-Amtsblatt veröffentlichten Regelungen für diejenigen Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden: eine Entscheidung für die Anwendung von Art. 86 Absatz 2 EGV auf solche Beihilfen¹⁸⁷ sowie ein genereller – teilweise mit identischem Wortlaut – gefasster Gemeinschaftsrahmen¹⁸⁸, letzterer allerdings mit lediglich informativem Sekundärrechtscharakter.

Während die Entscheidung die Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit Art. 86 Absatz 2 EGV regelt und als Rechtsfolge deren Befreiung von der Notifizierungsverpflichtung gem. Art. 88 Absatz 3 EGV bestimmt¹⁸⁹, ist Ziel des Gemeinschaftsrahmens, die Voraussetzungen der Vereinbarkeit dieser Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt zu klären¹⁹⁰. Hierbei gibt es allerdings Überlagerungen hinsichtlich der Vereinbarkeitsprüfungen. Bereits nach dem Wortlaut des Art. 86 Absatz 2 EGV ist eine Beihilfe nur dann als eine mit diesem vereinbare anzusehen, wenn nicht nur ihre Gewährung auf der Betrauung ihres Empfängers mit Daseinsvorsorgeleistungen beruht, sondern sie darüber hinaus auch nicht die Entwicklung des (innergemeinschaftlichen) Handelsverkehrs übermäßig, also gemeinschaftsinteressewidrig, beeinträchtigt. Im Weiteren wird daher hauptsächlich die Entscheidung erläutert.

¹⁸⁶ Erwägungsgründe 4 u. 5 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13) sowie GEMEINSCHAFTSRAHMEN Ziff. 1 (siehe Fn. 14). Zum ALTMARK-Urteil: siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc. Dass diese Regelungen bereits lange vorbereitet wurden, ergibt sich bereits aus den Absichtserklärungen der Kommission in deren LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10). Siehe hierzu auch die Ausführungen unten zu Punkt III 2 c bb. Die KOMMISSION bekräftigte diese zudem in ihrem WEIßBUCH „DASEINSVORSORGE“, dort Rz. 4.1., 4. Absatz (siehe Fn. 12 sowie unten Punkt III 2 c ee).

¹⁸⁷ AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG, siehe Fn. 13. Hinsichtlich ihres Regelungsgehalts ähnelt diese Entscheidung einer Gruppenfreistellungsverordnung. Eine entsprechende Ausgestaltung hatte KÄMMERER, NVwZ 2004, 28, 34, gefordert.

¹⁸⁸ Siehe Fn. 14. Thematisch handelt es sich hierbei zwar nicht um eine Sekundärrechtsvorschrift, sondern vielmehr um eine „sonstige Rechtsäußerung“ eines Gemeinschaftsorgans, weshalb die Veröffentlichung auch im Amtsblatt Nr. C erfolgte. Mangels deren in der Literatur uneinheitlich beurteilter Rechtsnatur (siehe CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Fn. 19 zu Rz. 3) und auf Grund des unmittelbaren Entstehungszusammenhangs zwischen der AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG sowie des GEMEINSCHAFTSRAHMENS ist die Darstellung des letzteren daher bereits an dieser Stelle geboten.

¹⁸⁹ Damit entspricht die Entscheidung zumindest bzgl. ihres Regelungsgehalts einer Gruppenfreistellungsverordnung für Daseinsvorsorgeleistungen erbringende Unternehmen mit begrenzten Umsatz- bzw. Kundenzahlen. Konkret profitieren hiervon gem. Art. 2 Absatz 1 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13) Unternehmen mit einem Jahresumsatz von max. EUR 100 Mio. bei gleichzeitig max. EUR 30 Mio. an jährlich erhaltenen Ausgleichsbeihilfeleistungen. Für Flug- und Schifffahrtlinien gelten Flug- bzw. Fahrgastzahlen von durchschnittlich max. 300.000 pro Jahr, für Flughäfen 1 Mio. und für Seeverkehrshäfen 300.000. Für Kreditanstalten gilt eine Bilanzsumme in Höhe von EUR 800.000. Krankenhäuser sowie im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen werden ohne Betragsobergrenze erfasst. Vgl. auch Erwägungsgründe 15 u. 16 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13). Für Ausgleichszahlungen auf Grund gemeinwohlorientierter Land- oder Binnenschiffsbeförderungen wird ausdrücklich auf die hierfür einschlägige und im Rahmen des ALTMARK-Urteils (siehe Fn. 4) erläuterte EISENBAHN-/STRABEN-/BINNENSCHIFFSVERKEHRVO (siehe Fn. 35) verwiesen (siehe Art. 2 Absatz 2 Unterabsatz 2 i.V.m. Erwägungsgrund 17 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG [siehe Fn. 13]).

¹⁹⁰ Vgl. GEMEINSCHAFTSRAHMEN, Ziff. 2 (siehe Fn. 14).

Den Kern der Ausgleichsbeihilfeentscheidung bilden die Definition des öffentlichen Auftrags, die Vorgaben für eine gemeinschaftsrechtskonforme Ausgleichsberechnung sowie die allgemeine Anordnung regelmäßiger mitgliedstaatlicher Überkompensationskontrollen. Das Ergebnis der im weiteren Verlauf der vorliegenden Untersuchung dargelegten, langwierigen Verlautbarungs- und Rechtsprechungsentwicklung gewissermaßen vorwegnehmend, füllte die Kommission die bis dato bestehende Regelungslücke zur beihilferechtlichen Erfassung bzw. Behandlung der Ausgleichsfinanzierung für Daseinsvorsorgeleistungen.

Ein öffentlicher Auftrag – in Gestalt eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte erteilt – muss demnach mindestens folgende Merkmale regeln: Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, Nennung des beauftragten Unternehmens sowie Art und Dauer des diesem evtl. gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, Abgrenzung des räumlichen Leistungsgebiets für die Daseinsvorsorgeaufgabe, Angabe der Parameter zur Berechnung, Überwachung sowie möglicher Modifizierung der Ausgleichszahlungen und schließlich die Darlegung getroffener Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger oder Beseitigung bestehender Überkompensationen¹⁹¹. Darin lassen sich mühelos die vom EuGH in dessen ALTMARK-Urteil herausgearbeiteten Kriterien erkennen¹⁹².

Als Ausgleichszahlung werden sämtliche „vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile“ betrachtet¹⁹³. Die Betragsobergrenze für die Ausgleichszahlungen wird auf die Summe aller durch die spezifische Gemeinwohlleistungserbringung entstandenen Kosten festgelegt, abzüglich hierdurch erzielter Erträge sowie einer angemessenen Eigenkapitalrendite¹⁹⁴. Die Kostenberechnung muss „gemeinhin akzeptierten Rechnungslegungsgrundsätzen“ genügen. Der konkreten Daseinsvorsorgeleistung zurechenbar sind sowohl sämtliche variablen Kosten sowie ein angemessener Fixkostenanteil als auch – bei hinlänglicher Erforderlichkeit – (Infrastruktur-)Investitionskosten¹⁹⁵. Die zu berücksichtigenden Einnahmen umfassen „mindestens sämtliche mit der [Gemeinwohlleistung] erwirtschafteten Erträge.“¹⁹⁶ Als anrechenbare Rendite erachtet die Ausgleichsbeihilfeentscheidung einen mit Blick auf die betrauungsbedingte Unternehmensrisikosteigerung bzw. -minderung „angemessenen Kapitalertrag“ und gibt hierzu einen grundsätzlich betätigungssektorspezifischen Vergleichsmaßstab vor¹⁹⁷.

¹⁹¹ Vgl. Art. 4 AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13). (Entspricht Ziff. 12 GEMEINSCHAFTSRAHMEN [siehe Fn. 14].)

¹⁹² Siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc. Die ALTMARK-Kriterien lauten: 1. Tatsächliche Betrauung, 2. Vorabfestlegung der Ausgleichsparameter, 3. Ausgleichsbetragshöchstgrenze, 4. transparente und faire Auswahl des geeignetsten Leistungserbringers. Siehe dazu ausführlich unten Punkt IV 3 b cc aaa.

¹⁹³ Art. 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 1 AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

¹⁹⁴ Vgl. Art. 5 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 i.V.m. Absatz 2 Satz 1 AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

¹⁹⁵ Vgl. Art. 5 Absatz 2 lit. c u. d AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

¹⁹⁶ Vgl. Art. 5 Absatz 3 Satz 1 AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

¹⁹⁷ Vgl. Art. 5 Absatz 4 AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

Der Gemeinschaftsrahmen regelt hinsichtlich der Vereinbarkeit entsprechender Ausgleichszahlungen mit dem Gemeinsamen Markt darüber hinaus ausdrücklich eine möglichst konstruktive Behandlung etwaiger Überkompensationen. Zwar wird zunächst postuliert, dass Finanzhilfen, die ganz oder teilweise nicht zur Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen verwendet werden, nicht im Sinne des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV hierfür erforderlich und daher zurückzuerstatten sind¹⁹⁸. Im Weiteren stellt der Gemeinschaftsrahmen jedoch klar, dass sowohl die aus Daseinsvorsorgeleistungen resultierenden Renditen fremdverwendet werden dürfen¹⁹⁹, als auch dass zuviel gewährte Ausgleichszahlungen für weitere Gemeinwohlaufgaben desselben Unternehmens verwendet werden können, solange den Transparenzanforderungen der entsprechenden EWG-Richtlinie genüge getan wird²⁰⁰. Schließlich können bis zu 10% einer möglichen Überkompensation auf Grund einer jährlichen Ausgleichszahlung auf die auf den darauffolgenden Zeitraum angerechnet werden²⁰¹.

2. Sonstige europäische und mitgliedstaatliche Rechtsäußerungen

Über die dargestellten europäischen Primär- und Sekundärrechtsnormen hinaus gibt es eine Vielzahl von Beschlüssen und Entschließungen, Stellungnahmen und Mitteilungen sowie Berichte, Erklärungen und sonstige Äußerungsformen verschiedenster europäischer und mitgliedstaatlicher Einrichtungen. Im Folgenden sollen die bedeutendsten dieser Äußerungen hinsichtlich ihrer Aussagen zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zur Kenntnis gebracht und bewertet werden.

a) Europäischer Rat – Schlusserklärungen diverser Vorsitze

Gemäß Art. 4 EUV gibt der Europäische Rat²⁰², in dem die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten sowie der Prsident der Europäischen Kommission halbjährlich zusammenkommen, der EU „die fur ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen fur diese Entwicklung fest.“ Diese Vorgaben werden schriftlich in den Schlussfolgerungen der Vorsitze der einzelnen Europäischen Ratstreffen fixiert. Somit kommt ihnen zwar keine verbindliche Rechtswirkung zu, doch ist ihren Formulierungen eine gewisse Programmatik nicht abzusprechen. Deshalb gelten die Schlussfolgerungen zu Recht als „politischer Entwicklungsplan“ der EU.

¹⁹⁸ Vgl. Gemeinschaftsrahmen Ziff. 15 Satz 2. Dem entspricht Erwägungsgrund 12 Satz 2 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13).

¹⁹⁹ Vgl. GEMEINSCHAFTSRAHMEN Ziff. 15 Satz 3 (siehe Fn. 14).

²⁰⁰ Vgl. GEMEINSCHAFTSRAHMEN Ziff. 22 (siehe Fn. 14).

²⁰¹ Vgl. GEMEINSCHAFTSRAHMEN Ziff. 21 (siehe Fn. 14). Entspricht Art. 6 Absatz 2 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG (siehe Fn. 13). Daruber hinaus sieht Art. 6 Absatz 3 AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG einen Duldungsrahmen in Hohe von 20% fur Uberkompensationen zu Gunsten von Unternehmen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus vor.

²⁰² Im Weiteren: ER.

Insoweit nicht über das Maß initiativer Anregungen hinausreichend, markieren die Schlussfolgerungen von Cannes (Juni 1995), Lissabon (März 2000), Santa Maria da Feira (Juni 2000), Nizza (Dezember 2000) und Laeken (Dezember 2001) aufeinander aufbauend die Positionen der jeweiligen Europäischen Ratsvorsitze zum Thema Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. In Cannes wurde zunächst die Vereinbarkeit von Wettbewerb und Allgemeininteresse bekräftigt²⁰³. Darauf folgte die erste Mitteilung der Kommission zur Daseinsvorsorge²⁰⁴. Vor dem Hintergrund der anerkannten besonderen Stellung für den europäischen Binnenmarkt, die den Gemeindienstleistungen insbesondere im Zusammenspiel mit staatlichen Beihilfen beigemessen wird, wurde in Lissabon sowie in Santa Maria da Feira die Aktualisierung dieser Kommissionsmitteilung angeregt²⁰⁵, die dann in Nizza zur Kenntnis genommen werden konnte. Hier erfolgte zudem die Annahme einer Richtungsweisenden Erklärung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse²⁰⁶, verbunden mit der Aufforderung an die Kommission, Voraussetzungen für eine bessere Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf gemeinwohlorientierte Leistungen zu schaffen²⁰⁷. Dem entsprach die Kommission mit einem Bericht, den sie dem Europäischen Rat in Laeken vorlegte. Dieser beauftragte die Kommission daraufhin mit der Erarbeitung grundlegender Verfahrensvorschriften („policy framework“) bzgl. der Bewilligung staatlicher Beihilfen an Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betraut worden sind²⁰⁸.

Bei den Schlussfolgerungen der Europäischen Ratsvorsitze handelt es sich somit um die stetige, wenngleich vage gehaltene Impulsgebung innerhalb einer Kette interorganschaftlicher EU-Maßnahmen.

b) Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften - EntschlieÙung zu Universaldienstgrundsätzen

Sprachtelefondienste dürfen gemäß Europäischem Ministerrat dann mittels „interne[r] Transfers, Zugangsgebühren oder andere[r] Mechanismen“ finanziert werden, wenn dies einen „angemessenen Beitrag“ zur Finanzierung Verlust bringender Universaldienstleistungen darstellt, mit den Transparenz-, Nichtdiskriminierungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen in Einklang steht sowie den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln entspricht²⁰⁹. Zumin-

²⁰³ Vgl. http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00211-C.EN5.htm (ER Cannes) Rz. 1.7.

²⁰⁴ Siehe Fn. 9.

²⁰⁵ Vgl. http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm (ER Lissabon) Rz. 19 i.V.m. 17, 6. Spiegelstrich sowie http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en0.htm (ER Santa Maria de Feira) Rz. 28.

²⁰⁶ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm (ER Nizza), Rz. 47 i.V.m. Annex II.

²⁰⁷ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00400-r1.%20ann.en0.htm (ER Nizza), Rz. 47.

²⁰⁸ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/68827.pdf (ER Laeken), Rz. 26.

²⁰⁹ Vgl. Anerkenntnis lit. f UNIVERSALDIENSTGRUNDSÄTZEENTSCHL (siehe Fn. 164).

dest theoretisch soll so der Gefahr verbotener Quersubventionierung entgegengewirkt werden.

Bzgl. Postdienstleistungen ist sogar ausdrücklich von der Gewährung „etwaiser für notwendig erachteter Subventionen“ die Rede. Hierdurch soll die Lücke geschlossen werden können, die eventuell zwischen den Realkosten für die Erbringung dieser Universaldienstleistung und den „an [diesen] ausgerichtete[n] Tarifgrundsätzen“ entstehen kann²¹⁰.

c) Europäische Kommission

Die inhaltliche Basisarbeit zu einer künftigen gemeinschaftsweit einheitlichen Regelung der Daseinsvorsorgethematik ist der Kommission zuzuschreiben. Sie ist in zahlreichen Schriften ihrer Rolle als „Motor der Gemeinschaft“ in vorbereitender Ausübung ihres Initiativrechts gerecht geworden. Die publizierten Kommissionsaktivitäten reichen von zwei grundlegenden Mitteilungen über einen Sachstandsbericht für den Europäischen Rat in Laeken sowie ein so genanntes „Non-Paper“ bis zu einem Grün- und schließlich einem Weißbuch. Diese Stufen werden im Folgenden in aller Kürze dargestellt, um ein Nachvollziehen der faktischen Entwicklung zu ermöglichen.

aa) Mitteilungen zu „Leistungen der Daseinsvorsorge“

Auf Veranlassung der Europäischen Räte von Cannes und Lissabon gab die Kommission je eine Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge heraus²¹¹. In derjenigen von 1996 unternahm sie erstmals den gemeinschaftsweiten Versuch einer einheitlichen Begriffsfindung. Daneben stellte die Kommission Prinzipien vor, die für die Erbringung von Gemeinwohlleistungen grundlegend seien: Neutralität, Gestaltungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit²¹². Zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse machte die Kommission in ihren beiden Mitteilungen allerdings unterschiedlich dezierte Angaben.

aaa) Mitteilung von 1996

Die ersten Darlegungen der Kommission zur gemeinwohlorientierten Leistungsfinanzierung waren noch sehr vage. Unter dem Stichwort „Den Wandel nutzen“ wurde zunächst festgestellt, dass „für die Unterhaltung und Weiterentwicklung der [Versorgungs-]Netze eine privatwirtschaftliche Finanzierung [heute – anders als in der Nachkriegszeit - leichter zu mobilisieren sei] denn [eine durch] öffentliche Mittel“²¹³. Dabei handelt es sich um die konsequente Weiterverfolgung ihrer stetigen Liberalisierungsbestrebungen bzgl. der Dienstbereitstellung nun auch hinsichtlich deren Finanzierung weg von der

²¹⁰ Vgl. 5. Hauptziel der RATSCHLIEßUNG ZUR POSTDIENSTEENTWICKLUNG vom 07.02.1994, ABI. Nr. C 48/3 vom 16.02.1994.

²¹¹ Siehe Fn. 9.

²¹² 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 16 ff. und 19 ff. Übersichtlicher in der 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 20 ff.

²¹³ Vgl. 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 13, 3. Spiegelstrich.

öffentlichen Hand. Gewissermaßen als Regulierungsmaßstab führte sie im Weiteren das in Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV „implizit verankerte“ Verhältnismäßigkeitsprinzip an. Damit eröffnete die Kommission sich die Möglichkeit, „finanziellen [Ausgleichs-] Zwängen“ auf Seiten der Mitgliedstaaten in Verbindung mit der Darbringung von Gemeinwohlleistungen gemeinschaftsrechtskonform begegnen zu können²¹⁴.

Schließlich könnten die Mitgliedstaaten zu Gunsten von Universaldiensten Ausgleichsmaßnahmen gewähren²¹⁵. Die Telekommunikationsgrundversorgung sollte durch alle Marktbeteiligten finanziert werden. Dagegen sah die Kommission für den Postsektor eine doppelgleisige Regelung vor²¹⁶. Originär gemeinwohlorientierten Universaldiensteanbietern sollte hinsichtlich Gewicht und Preis ein bestimmter Leistungsbereich reserviert werden. Als zusätzliche Finanzquelle schlug sie einen Ausgleichsfonds vor, in den kommerzielle Konkurrenten gegen Erteilung einer Leistungsgenehmigung Beiträge einzuzahlen hätten. Im Verkehrssektor rechtfertigen nach Auffassung der Kommission infrastrukturelle Gründe die Gewährung von Ausgleichszahlungen an die Erbringer von Leistungen der Daseinsvorsorge²¹⁷.

bbb) Mitteilung von 2000

Für die Aktualisierung ihrer ersten Mitteilung aus 1996 führte die Kommission im Jahr 2000 zwei Gründe an: Zum einen verlangten einige Gemeinwohldienstleister nach mehr Rechtssicherheit, zum anderen bestand die Absicht, einen europäischen Rahmen für ein reibungsloses Funktionieren der Leistungen der Daseinsvorsorge zu schaffen²¹⁸. Neben einer ausführlicheren Erläuterung der bereits erwähnten drei Grundprinzipien der Daseinsvorsorge lag das Hauptaugenmerk der Kommission diesmal auf einer Art Fortschrittsbericht der Liberalisierungsmaßnahmen in den verschiedenen Dienstleistungssektoren sowie einer Darstellung der Einschätzung zur Dienstqualität aus Verbrauchersicht²¹⁹. Zudem stellte sie Mechanismen zur Qualitätssicherung von Daseinsvorsorgeleistungen vor, wie etwa Netzsicherheit und –zuverlässigkeit, Versorgungssicherheit, Netzzugangsanspruch, Leistungsstandards etc.²²⁰

Ausführungen zur Finanzierung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen stellen aber auch in der zweiten Kommissionsmitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge nur wenig mehr als eine nachrangige Voraussetzung dar. Sie werden in einer Zusammenschau der Anforderungen an Daseinsvorsorge und Binnenmarkt abgehandelt. Dabei kommt es zu zwei Klarstellungen: Zunächst

²¹⁴ Vgl. 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 21.

²¹⁵ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 30.

²¹⁶ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 39 f.

²¹⁷ 1. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 42 (Flugverkehr) u. 44 (Seeverkehr).

²¹⁸ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9.), Rz. 6.

²¹⁹ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 37-53 sowie Anhang I.

²²⁰ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Anhang I, Seite 37 f.

unterscheidet die Kommission zwischen der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte, wie sie in Art. 86 Absatz 1 EGV erwähnt werden, und der Bereitstellung besonderer Finanzierungsmechanismen als *Ausgleichsmöglichkeiten* zu Gunsten der zu Gemeinwohldiensten verpflichteten Unternehmen²²¹. Des Weiteren differenziert sie danach, ob die konkrete Daseinsvorsorgeaufgabe geeignet ist, durch alle Anbieter im Markt oder nur durch einige wenige bzw. einen einzelnen Dienstleister erbracht zu werden²²². Aus der Verknüpfung beider Unterscheidungen ergeben sich laut Kommission folgende drei Optionen:

- Betrauung *ohne* Einräumung von Sonderrechten:
Alle Anbieter werden mit Gemeinwohlverpflichtungen oder ein einzelner wird bzw. einige wenige Anbieter werden mit speziellen Verpflichtung betraut, ohne im Gegenzug allerdings mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet zu werden. Bei Vorliegen der Mono- bzw. Oligopolkonstellation sei es jedoch angeraten, alle übrigen nicht zugelassenen Leistungsanbieter an der Finanzierung der Leistungserbringung in Form der Erhebung einer zusätzlichen Abgabe oder der Abführung von Beiträgen an einen Fonds zu beteiligen, gemessen am jeweiligen Marktanteil²²³.
- Betrauung eines Anbieters *mit* Einräumung von Sonderrechten:
Ergibt sich mittels Ausschreibung, dass nur ein Anbieter tatsächlich leistungsfähig ist, kann ihm eine Konzession als ausschließliches Recht eingeräumt werden. Gleichzeitig soll darauf geachtet werden, dass eine möglichst geringe Belastung der öffentlichen Haushalte entsteht²²⁴.
- Betrauung mehrerer Anbieter *mit* Einräumung von Sonderrechten:
Sind mehrere Anbieter leistungsfähig, aber nur gegen Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte zur Leistungserbringung bereit, können diese als zusätzlicher Anreiz gewährt werden. Dem Staat obliegt insoweit die Sicherstellung einer angemessenen Finanzierung²²⁵.

Die Kommission plädiert schließlich für eine zumindest subsidiär verfügbare öffentliche Finanzierung von Gemeinwohldienstleistungen. Ohne eine solche *ultima ratio* seien bestimmte Aspekte der Daseinsvorsorge im Ergebnis nicht aufrechtzuerhalten. Zur Verdeutlichung führt die Kommission zwei allgemeine Grundsätze für die Erreichung gemeinwirtschaftlicher Ziele im Verkehrssektor an: Zum einen gehe es um die „Sicherstellung der Beförderungsleistung auf unrentablen Strecken“. Alternativ sei einerseits eine direkte Bezuschussung aller Anbieter oder die Einräumung des ausschließlichen Betriebsrechts zu

²²¹ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 14.

²²² 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 15 ff.

²²³ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 15.

²²⁴ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 17.

²²⁵ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 18.

Gunsten lediglich eines Anbieters denkbar²²⁶. Zum anderen könnte die „dauerhafte Gewährleistung von Mindestleistungsstandards“ dadurch erbracht werden, dass gemeinwohlverpflichtungsbedingte Mehrkosten mittels direkter Zuschüsse ausgeglichen werden. So wäre die Gefahr abwendbar, dass Anbieter „aus Kostengründen Qualität und Regelmäßigkeit der Leistung hintanstellen.“²²⁷

bb) Bericht für den Europäischen Rat in Laeken

Aufgefordert durch den Europäischen Rat von Nizza, ergänzte die Kommission ihre beiden oben dargestellten Mitteilungen um einen Bericht für den Europäischen Rat in Laeken im Dezember 2001²²⁸. Dabei trug sie gleichzeitig der Anregung des Ministerrats Rechnung, die „Abstimmung der Finanzierungsmodi der gemeinwirtschaftlichen Dienste mit der Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen“ zu präzisieren²²⁹. Hierzu rückte die Kommission solche Beihilfen in den Fokus ihrer Betrachtungen, „mit denen die zusätzlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben ausgeglichen werden sollen“²³⁰. Zudem entwickelte sie einen zwei „Phasen“ vorsehenden Arbeitsplan für mehr Rechtssicherheit bei der „wirksamen Anwendung von Regelungen für staatliche Beihilfen“ auf die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge²³¹. Eher beiläufig spricht die Kommission sich für den so genannten „Ausgleichsansatz“ aus²³².

Vorausgesetzt, dass zum einen die Erbringung von Gemeinwohldienstleistungen als wünschenswert und notwendig erachtet wird²³³ und dass diese zum anderen „unter den Bedingungen eines finanziellen Gleichgewichts“ erfolgen sollte²³⁴, werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, „die finanzielle Stabilität von Leistungen der Daseinsvorsorge sicherzustellen“²³⁵ – natürlich gemeinschaftsrechtskonform. Soweit Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 EGV nicht entgegenstehen, dürfen die Mitgliedstaaten also Beihilfen für solche Leistungen der Daseinsvorsorge gewähren, die ansonsten nicht rentabel erbracht werden könnten²³⁶. Liegt demnach beim Leistungserbringer hinsichtlich einer konkreten Daseinsvorsorgeleistung eine negative Ertrag-Kosten-Relation vor, ist eine entspre-

²²⁶ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Anhang I, Seiten 34.

²²⁷ 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Anhang I, Seiten 35.

²²⁸ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 6.

²²⁹ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 5, 1. Spiegelstrich.

²³⁰ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 5, 1. Spiegelstrich.

²³¹ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 27. In ihrem Bericht bezeichnet die Kommission diesen Plan selbst als „Zwei-Phasen-Ansatz“. Von dieser Formulierung wird hier mit Blick auf die unten in Abschnitt IV 2 noch vorzustellenden „beihilferechtlichen Ansätze“ aus Gründen der Klarheit und da es sich realiter nur um eine Art *Agenda* handelt abgesehen.

²³² LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 18. Dessen eingehende Erläuterung erfolgt unten in Abschnitt IV 2 „Beihilferechtliche Ansätze“

²³³ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 1.

²³⁴ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 8. Damit ist jedoch nicht ein Gleichgewicht zwischen öffentlichen und privaten Leistungserbringern gemeint, sondern zwischen Gemeinwohldienstleistungen, die nach Marktkriterien mindestens kostenneutral oder nur defizitär erbracht werden können.

²³⁵ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 9.

²³⁶ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 8 f.

chende staatliche Unterstützung mit Blick auf das Gemeinwohl gerechtfertigt. Ergänzend könne die Finanzierung der Leistungserbringung mittels „Fonds oder sonstiger Ausgleichsmechanismen“ erfolgen²³⁷. Dass zumindest die Fonds aus Beiträgen der Marktteilnehmer finanziert werden, erwähnt die Kommission nicht ausdrücklich. Der unmittelbar vorangestellte Hinweis auf „sektorspezifische Richtlinien“ legt jedoch genau diesen Schluss nahe²³⁸.

In ihrem zweistufigen Plan wies die Kommission schließlich ihre Absichten aus, auf welche Weise sie die Erhöhung der Rechtssicherheit in Sachen Daseinsvorsorgefinanzierung und gemeinschaftsrechtliche Beihilfenvorschriften herbeiführen wolle. Der erste Schritt bestehe aus der Schaffung eines so genannten „gemeinschaftsrechtlichen Rahmens“. Dieser sei ein Informationswerkzeug für Mitgliedstaaten und Unternehmen zu den Bedingungen, „unter denen staatliche Beihilfen, die als Ausgleich dafür gewährt werden, dass Verpflichtungen zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auferlegt werden, von der Kommission genehmigt werden können.“²³⁹

Dem folge in der zweiten Phase der Erlass so genannter Gruppenfreistellungsverordnungen²⁴⁰ mit zweierlei Inhalt²⁴¹: Zum einen sei darin festzuschreiben, wann eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln mangels Erfüllung zumindest eines Tatbestandsmerkmals des Art. 87 Absatz 1 EGV nicht als staatliche Beihilfe gewertet werden kann. Zum anderen bedürfe es der exakten Definition von Kriterien bzgl. der EGV-Konformität einer Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen – wie etwa die Durchführung eines „fairen, transparenten, nicht diskriminierenden und wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens“²⁴².

cc) Non-Paper der Kommission

In einem unverbindlichen Diskussionspapier²⁴³ kam die Kommission ihrer Selbstverpflichtung aus dem Laeken-Bericht nach, Berechnungsmodalitäten für Ausgleichszahlungen, die Gemeinwohldienstleistungen erbringende Unternehmen gewährt werden, zu präzisieren²⁴⁴. Dabei ging sie – gestützt auf die Rechtsprechung von EuGH und EuG²⁴⁵ – von einem „Ausgleich in Höhe der im Rahmen der Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages anfallenden

²³⁷ LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 9.

²³⁸ Siehe hierzu oben, Punkt III 1 b bb ccc „Umlagefinanzierung“.

²³⁹ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 28.

²⁴⁰ Siehe bereits oben Punkt III 1 b cc aaa.

²⁴¹ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 29.

²⁴² Gleichwohl ist KOENIG/KÜHLING, ZHR 166 (2002), 656, 662, darin beizupflichten, dass „auch bei Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens [...] Begünstigungen bestimmter Unternehmen nicht vollständig ausgeschlossen werden [können].“

²⁴³ NON-PAPER (siehe Fn. 33).

²⁴⁴ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), dort Fn. 6 zu Rz. 13. Zu den Berechnungsmodalitäten für Ausgleichszahlungen siehe: NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 84 ff.

²⁴⁵ Die Kommission legte ihrem NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 5-7, die bis dato (November 2002) einschlägige EuGH- und EuG-Rechtsprechung zu Grunde.

Mehrkosten“ aus, der den Anspruch des betrauten Unternehmens „auf eine normale Rendite“ wahre²⁴⁶.

Die Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens war für die Kommission hierbei das maßgebliche Differenzierungskriterium. Werde der öffentliche Versorgungsauftrag auf der Grundlage eines solchen Verfahrens an den günstigsten Anbietenden unter mehreren leistungsfähigen, konkurrierenden Mitbieterinnen vergeben, entspreche die „Höhe des Ausgleichs dem ‚Marktpreis‘“²⁴⁷. Dadurch werde einer „Überkompensierung“ vorgebeugt, worunter ein Ausgleich über das tatsächlich Erforderliche hinaus zu verstehen ist. Solches drohe hingegen bei einer Auftragsvergabe ohne Ausschreibungsverfahren. Daher bedürfe es hier einer besonders sorgfältigen Überprüfung der Ertragskosten-Differenz mit Blick auf den Zeitpunkt und –raum der Ausgleichsgewährung. Dies betreffe vor allem Fälle, in denen der kalkulierte Ausgleich bereits im Voraus entrichtet werde²⁴⁸. Der die Überkompensierung darstellende Ausgleichsanteil ist als staatliche Beihilfe zu werten und unterliegt somit jedenfalls den Regelungen der Art. 86-88 EGV²⁴⁹. Inwiefern dies im Übrigen für Ausgleichszahlungen gilt, lässt die Kommission hier offen.

Auf den Einzelfall bezogen hänge die Erforderlichkeit einer Ausgleichsleistung stets „von der Bewertung der wirtschaftlichen Gesamtsituation des betreffenden Unternehmens ab.“²⁵⁰ Daher bedarf es objektiver Bemessungsregeln hinsichtlich der geltend gemachten Kosten und der anzurechnenden Erträge. Laut Kommission sind in der Ausgleichskalkulation zunächst „sämtliche Kosten [zu berücksichtigen], die anfallen, damit die betreffende gemeinwirtschaftliche Leistung ordentlich erbracht werden kann.“²⁵¹ Als relevante Einnahmen gelten „alle Einkünfte [...], die mit Hilfe der gemeinwirtschaftlichen Leistung erwirtschaftet wurden.“²⁵² Der Wert etwaiger Sachleistungen, wie Grundstücks- oder Gebäudeüberlassung, wird des Weiteren mittels des so genannten „Bruttosubventionsäquivalent“²⁵³ in die Ausgleichsberechnung einbezogen. Sie erfasse somit „sämtliche [dem Leistungserbringer] vom Staat aus staatlichen Mitteln gewährten Vergünstigungen.“²⁵⁴

²⁴⁶ Vgl. NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 83.

²⁴⁷ Vgl. NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 87.

²⁴⁸ Siehe hierzu das Beispiel im Verkehrssektor, oben Punkt III 1 b bb aaa.

²⁴⁹ Vgl. NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 97 ff.

²⁵⁰ NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 94.

²⁵¹ NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 91.

²⁵² NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 92.

²⁵³ Diese Art von „Zuschussbarwert“ drückt den *reellen Nutzen des gewährten Finanzanreizes für den Begünstigten unabhängig von der Form der Begünstigung* aus. Im Gegensatz zum „Nettosubventionsäquivalent“ wird hierbei die Besteuerung der Fördermittel im jeweiligen Mitgliedstaat nicht berücksichtigt, was eine objektivere Vergleichbarkeit gewährleistet.

²⁵⁴ NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 93.

dd) Grünbuch „Über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“

Mit ihrem Grünbuch²⁵⁵ beabsichtigte die Kommission, auf europäischer Ebene eine Debatte über Inhalt, Gestaltung und Zuständigkeiten in Bezug auf Leistungen der Daseinsvorsorge zu entfachen – auch hinsichtlich der Finanzierung dieser Leistungen²⁵⁶. Hierzu richtete die Kommission Fragen sowohl an die Mitgliedstaaten als auch an sonstige Akteure auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge. Zum Finanzierungsaspekt interessierte sie insbesondere die Meinung der Adressaten zu folgenden vier Punkten:

- Besteht ein negativer Einfluss des Gemeinschaftsrechts – vor allem der Beihilferegeln – auf die Finanzierung der Gemeinwohldienste bzw. auf die Auswahl der Leistungserbringer?
- Gibt es eine bevorzugte Finanzierungsart?
- Ist die Praxis des selektiven Markteintritts in Gestalt des „cream-skimming“²⁵⁷ in bestimmten Sektoren oder unter gewissen Umständen ineffizient oder dem öffentlichen Interesse schädlich?
- Sollten die Folgen und Kriterien einer solidarischen Leistungsfinanzierung auf Gemeinschaftsebene klargestellt werden?

In einem Bericht²⁵⁸ fasste die Kommission die Reaktionen auf die von ihr im Grünbuch aufgeworfenen Fragestellungen zusammen. Hinsichtlich der Finanzierung von Gemeinwohlleistungen gibt es ambivalente Auffassungen dazu, ob es einer weiteren Erläuterung der hierfür maßgeblichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bedarf²⁵⁹. Jedenfalls seien jedoch die vom EuGH in dessen ALTMARK-Urteil²⁶⁰ festgelegten Bedingungen zu konkretisieren. Des Weiteren gebe es „keine [für alle Gegebenheiten und Dienstleistungen gleichermaßen] ideale Finanzierungsmethode“, weshalb die „Flexibilität der Mitgliedstaaten [zur Auswahl jeweils angemessener Finanzierungsformen] erhalten bleiben [müsse]“.²⁶¹ Und auch mit Blick auf die Praxis des „cream-skimming“ reichen die Meinungen der Adressaten von Befürwortung bis zu Ablehnung, letztere verbunden mit der Forderung, ansonsten „die Erbringung [von] Universaldienst[leistungen] gründlich [zu] überwach[en]“.²⁶²

ee) Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Ihre Schlussfolgerungen aus der öffentlichen Konsultation zum vorgenannten Grünbuch hat die Kommission in ihrer Mitteilung „Weißbuch zu Dienstleistun-

²⁵⁵ Siehe Fn. 11. In diesem GRÜNBUCH konzentriert die Kommission sich auf die marktbezogenen Tätigkeiten der Daseinsvorsorge. Siehe hierzu auch oben Punkt II 1.

²⁵⁶ GRÜNBUCH (siehe Fn. 11), Rz. 4.2.

²⁵⁷ Einnahmenorientierte Wahl *welche* Gemeinwohlleistungen *wie erbracht* werden soll.

²⁵⁸ ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN: „BERICHT ÜBER DIE ÖFFENTLICHE KONSULTATION ZUM GRÜNBUCH ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE“ vom 29.03.2004, SEK(2004) 326 – im Weiteren: KONSULTATIONSBERICHT.

²⁵⁹ Vgl. KONSULTATIONSBERICHT (siehe Fn. 258), Rz. 4.8.1.

²⁶⁰ Siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc.

²⁶¹ Vgl. KONSULTATIONSBERICHT (siehe Fn. 258), Rz. 4.8.2.

²⁶² Vgl. KONSULTATIONSBERICHT (siehe Fn. 258), Rz. 4.8.3.

gen von allgemeinem Interesse“ niedergelegt²⁶³. Darin stellt die Kommission mit Blick auf die Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen ein kurzfristig umzusetzendes Maßnahmenpaket²⁶⁴ vor, durch das sie eine Präzisierung und Vereinfachung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen herbeizuführen sucht.

Im Einzelnen handelt es sich dabei um eine Art „De-minimis“-Entscheidung der Kommission, „derzufolge relativ geringe öffentliche Finanzhilfen für Unternehmen, denen die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse obliegt, als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten sollen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind.“ Vorrangiges Ziel dieser Maßnahme ist die Freistellung der begünstigenden Stellen von der ansonsten obligatorischen Vorabnotifizierung gem. Art. 88 Absatz 3 Satz 1 EGV, „solange [die gewährten öffentlichen Mittel] in angemessenem Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten stehen und einen bestimmten Schwellenbetrag nicht überschreite[n].“ Für Finanzhilfen, die solche Schwellenwerte übersteigen, will die Kommission einen „gemeinschaftlichen Rechtsrahmen mit Bemessungskriterien für die Bewertung des gewährten finanziellen Ausgleichs“ schaffen. Damit beabsichtigt sie die Erhöhung der Rechtssicherheit insbesondere mit Blick auf eventuell entstehende Rückzahlungsverpflichtungen der Begünstigten.

Zudem strebt die Kommission eine „weitere Klarstellung zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten“ an. Dadurch vereinfacht sie den begünstigenden Stellen die grundsätzliche strukturelle Zuordnung der konkret geplanten Finanzhilfe. Schließlich soll gemäß den Plänen der Kommission die Transparenz-Richtlinie²⁶⁵ mit Blick auf eine künftige Neutralität hinsichtlich der Rechtsnatur der Ausgleichszahlungen gem. Art. 87 EGV – also ob notifizierungspflichtige Beihilfe oder nicht – modifiziert werden.

Darüber hinaus bedient die Kommission hier die in Art. 16 EGV geforderte Schaffung von „Grundsätzen und Bedingungen für das Funktionieren von Gemeinwohldiensten“. Die in Art III–6 VVE vorgenommene Konkretisierung auf solche finanzieller Art ist sodann Relevanzmaßstab für die im Weißbuch formulierten „Leitprinzipien zur Daseinsvorsorge“ mit Blick auf die Finanzierung entsprechender Dienstleistungen. Wesentliche Punkte sind hier: Zielerreichung trotz Wettbewerb, Qualität und Versorgungssicherheit, Transparenz sowie Rechtssicherheit. All diese Aspekte werden vor dem Hintergrund eines Leistungsangebots zu erschwinglichen Preisen betrachtet – also bekannte Relationen. Daher wirken die Kommissionsaussagen insoweit eher nur resümierend als Richtung weisend. Dennoch verfehlen diese Leitprinzipien nicht die beabsichtigte Wirkung, wenn es etwa heißt, dass „also die [Gemeinwohl-]Aufgaben

²⁶³ Siehe Fn. 12. Auch hier fokussiert die KOMMISSION – wie bereits in ihrem GRÜNBUCH (siehe Fn. 11) – hauptsächlich die wirtschaftlichen Gemeinwohlleistungen.

²⁶⁴ Siehe zum Folgenden: Weißbuch „Daseinsvorsorge“ (siehe Fn. 12), Rz. 4.2., 5. Absatz ff.

²⁶⁵ 80/723/EWG, siehe Fn. 8.

[abgesichert sind] und nicht unbedingt die Art und Weise, wie sie erfüllt werden.“²⁶⁶ Dem entspricht die implizite Feststellung der Kommission, dass die Finanzierung von Gemeinwohlleistungen den Wettbewerb im Binnenmarkt verhältnismäßig verzerren dürfen²⁶⁷. An anderer Stelle heißt es: „Qualität und Versorgungssicherheit haben [...] ihren Preis für die Gesellschaft; die entsprechenden Kosten sollten in ausgewogenem Verhältnis zum erwarteten Nutzen stehen“, um „den Dienstleistungsanbietern ausreichende Anreize zur Beibehaltung langfristiger Investitionen in adäquater Höhe [zu] bieten.“²⁶⁸ Zudem „komm[e] dem Transparenzprinzip eine Schlüsselrolle zu“ gerade auch mit Blick auf die Leistungsfinanzierung²⁶⁹. Ein Mehr an Rechtssicherheit soll schließlich durch die zu diesem Punkt eingangs dargestellten Maßnahmen gewährleistet werden.

d) Europäisches Parlament

Seitens des Europäischen Parlaments sind hinsichtlich der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dessen folgende drei Entschlüsse bedeutsam:

aa) Entschließung zur (ersten) Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge“²⁷⁰

An dieser ersten Entschließung des Europaparlaments zu Gemeinwohlleistungen ist vor allem hervorzuheben, dass das Parlament es „für rechtlich möglich und politisch sinnvoll [halte], dass Mehrkosten von Leistungen an die Bürger, die zu besonders günstigen Bedingungen angeboten werden sollen, gegebenenfalls aus Steuermitteln ausgeglichen werden können.“²⁷¹ Als Argument hierfür diene dem den vorbereitenden Bericht erstellenden Wirtschafts- und Währungsausschuss dessen ablehnende Haltung gegenüber Quersubventionierung²⁷². Diese besteht in einer Übertragung von Einnahmen aus einer rentablen Geschäftssparte in eine weniger rentable oder defizitäre und verstößt somit allein schon gegen das Transparenzgebot der EU²⁷³. In dualen Dienstleistungssektoren, also solchen, in denen sowohl private als auch öffentliche Unternehmen tätig sind, wirke ferner eine Umsatzsteuerbefreiung bei nur einseitiger Begünstigung der öffentlichen Dienstleister wettbewerbsverzerrend²⁷⁴.

²⁶⁶ WEIBBUCH „DASEINSVORSORGE“ (siehe Fn. 12), Rz. 3.2.

²⁶⁷ WEIBBUCH „DASEINSVORSORGE“ (siehe Fn. 12), Anhang 2 „Wichtigste Ergebnisse der öffentlichen Konsultation“, Punkt 8.

²⁶⁸ WEIBBUCH „DASEINSVORSORGE“ (siehe Fn. 12), Rz. 3.4.

²⁶⁹ WEIBBUCH „DASEINSVORSORGE“ (siehe Fn. 12), Rz. 3.8.

²⁷⁰ Siehe Fn. 16.

²⁷¹ EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES LANGEN-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 51.

²⁷² EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES LANGEN-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 50.

²⁷³ Vgl. hierzu die TRANSPARENZRL (siehe Fn. 8).

²⁷⁴ EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES LANGEN-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 55.

bb) Entschließung zu staatlichen Beihilfen als Ausgleich für öffentliche Dienstleistungen²⁷⁵

Mit dieser Entschließung reagierte das Europaparlament auf die Kommissionsentwürfe zu Ausgleichsbeihilfeentscheidung und entsprechendem Gemeinschaftsrahmen²⁷⁶. Die Änderungsvorschläge des Parlaments fanden trotz – oder vielleicht auch gerade wegen – aller darin erkennbaren Ambitionen zur Festschreibung möglichst umfassender Regelungsstandards nur zum Teil Niederschlag in den endgültigen Fassungen. Aufgegriffen wurde etwa die Forderung nach einer allgemeinen Unternehmensbegriffsdefinition²⁷⁷, nicht dagegen diejenige nach Verankerung des Prinzips eines fairen und transparenten Auswahlverfahrens zum Zwecke der Betrauung mit der Gemeinwohlerbringung²⁷⁸.

cc) Entschließung über das Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse²⁷⁹

In seiner aktuellsten Äußerung zur Daseinsvorsorge stellt das Europäische Parlament besonders auf den wettbewerblichen Charakter von Gemeinwohlerleistungen ab²⁸⁰. Daher wird u.a. die Gleichbehandlung privater und öffentlicher Leistungserbringer sowie eine faire und transparente Auftragsvergabe, z.B. im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens, verlangt²⁸¹.

Hinsichtlich der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse begrüßt das Parlament den von der Kommission vorgeschlagenen Gemeinschaftsrahmen. Des Weiteren greift es die Rechtfertigungskriterien des ALTMARK-Urteils auf und lehnt sowohl Überkompensationen sowie Mittelverwendungen im Sinne von Quersubventionen ab²⁸². Schließlich verlangt das Parlament, dass „die Zahlung eines reinen Ausgleichs für Gemeinwohlverpflichtungen nicht als staatliche Beihilfe betrachtet werden und das Recht entsprechend geändert werden sollte.“²⁸³ Dies kommt gewissermaßen der Forderung nach einer Gruppenfreistellungsverordnung „à la Deminimis“ gleich. Entsprechende Regelungen finden sich inzwischen sekundärrechtlich verbindlich in der bereits erläuterten Ausgleichsbeihilfeentscheidung sowie – ohne vergleichbar bindenden Regelungscharakter – im endgültigen Gemeinschaftsrahmen zu Ausgleichsbeihilfen²⁸⁴. Beide Aspekte – fehlende Betragsbegrenzung und Notifizierungswegfall – könnten sich jedoch als deutliche

²⁷⁵ Siehe Fn. 16.

²⁷⁶ Zu deren endgültigen Fassungen: siehe Fn. 13 u. 14 sowie oben Punkt III 1 b cc bbb.

²⁷⁷ Siehe EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES IN 'T VELD-BERICHTS (siehe Fn. 16), Änderungsvorschlag 1. Dessen Umsetzung erfolgte allerdings „nur“ hinsichtlich des GEMEINSCHAFTSRAHMENS und dort auch nur in Gestalt einer Fußnotenankündigung (siehe GEMEINSCHAFTSRAHMEN (Fn. 14), dort Fn. 1 zu Ziff. 10).

²⁷⁸ So EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES IN 'T VELD-BERICHTS (siehe Fn. 16), Änderungsvorschlag 11.

²⁷⁹ Siehe Fn. 16.

²⁸⁰ EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES RAPKAY-BERICHTS (siehe Fn. 16), Erwägungsgründe insgesamt.

²⁸¹ EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES RAPKAY-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 3 und 19.

²⁸² EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES RAPKAY-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 22. Zum ALTMARK-Urteil siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc.

²⁸³ EP-ENTSCHLIEßUNG AUF GRUND DES RAPKAY-BERICHTS (siehe Fn. 16), Rz. 23.

²⁸⁴ Siehe oben Punkt III 1 b cc bbb.

Realisierungshindernisse für eine entsprechende Änderung der Rechtsgrundlagen für eine künftige Beihilfengewährung erweisen.

e) Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Union

Mit vier Stellungnahmen zum Thema „Leistungen der Daseinsvorsorge“²⁸⁵ beteiligte der Wirtschafts- und Sozialausschuss sich am gemeinschaftlichen Meinungsbildungsprozess²⁸⁶. In seiner ersten Positionsbekundung von 1997 fehlt allerdings noch jeglicher Bezug zur Finanzierungsthematik, weshalb diese hier im Weiteren unberücksichtigt bleibt. Diejenige von 1999 gab der WSA eigeninitiativ gem. Art. 262 Absatz 1 Satz 3 EGV ab. Dagegen formulierte er die von 2002 - wie schon 1997 - auf Ersuchen der Kommission gem. Art. 262 Absatz 1 Satz 2 EGV. Schließlich äußerte der WSA sich auch zum Kommissionsgrünbuch zur „Daseinsvorsorge“.

aa) Initiativstellungnahme von 1999

In seiner Stellungnahme von 1999 kam der WSA als erste europäische Institution der Forderung aus Art. 16 EGV nach, Funktionsgrundsätze für Daseinsvorsorgeleistungen zu gestalten²⁸⁷. In diesem frühen Stadium ging es ihm vorrangig um die Identifizierung und Formulierung der maßgeblichen Dienstleistungscharakteristika. Erst in der Folge wird der Blick auf Rentabilitätsaspekte bzgl. der Leistungserbringer gelenkt²⁸⁸. Gleichwohl manifestiert sich hieran erneut das bereits erwähnte „wettbewerbsrechtliche Wechselwirkungsgebot“²⁸⁹ aus Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV. Abzuwägen sei zwischen marktwirtschaftlichen Verpflichtungen – wie etwa der Einhaltung von Wettbewerbsregeln - und dem Allgemeininteresse. Für diese Abgrenzung findet sich EU-weit kein geeigneteres Gremium als der WSA, setzt er sich doch gem. Art. 257 Absatz 2 EGV „aus Vertretern der verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Bereiche der organisierten Zivilgesellschaft“ zusammen – u.a. auch aus Repräsentanten des „Allgemeininteresses“.

Zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse stellte der WSA 1999 auf das wirtschaftliche Umfeld der Gemeinwohlleistungen erbringenden Unternehmen ab²⁹⁰. Als Anreiz für die Leistungserbringung stellte er sich im Gegenzug zu den auferlegten Verpflichtungen eine be-

²⁸⁵ Siehe neben den beiden in Fn. 17 genannten Stellungnahmen auch diejenige zur 1. DV-MITTEILUNG vom 29.05.1997, ABl. Nr. C 287/85 ff. vom 22.09.1997 sowie die zum GRÜNBUCH „DASEINSVORSORGE“ vom 11.12.2003, ABl. Nr. C 80/66 ff. vom 30.03.2004 – im Weiteren: WSA-GRÜNBUCH.

²⁸⁶ Dem WSA kommt gem. Art. 257 Absatz 1 EGV eine lediglich beratende Funktion im gemeinschaftsrechtlichen Legislativprozess zu. Gleichwohl ist seine Beteiligung im Rahmen der Rechtssetzungsverfahren gem. Art. ausdrücklich in Art. 262 Absatz 1 Satz 1 EGV normiert.

²⁸⁷ WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 5.3. ff. Thesenhaft werden hier – lange vor den Formulierungen im WEIßBUCH „DASEINSVORSORGE“ (siehe oben Punkt III 2 c ee) – Bürgeransprüche u.a. zu folgenden Themen aufgestellt: Gleichbehandlung, Universalität, Zuverlässigkeit, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Effizienz, Qualität sowie Angemessenheit und erschwinglicher Preis der Leistungen, Umweltschutz.

²⁸⁸ WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 6.2.

²⁸⁹ Siehe oben Punkt III 1 a cc.

²⁹⁰ WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 7.4.

hördliche „Rückversicherung [...] u.a. in Bezug auf [...] den finanziellen Ausgleich“ vor²⁹¹.

Als Ergebnis schlussfolgerte der WSA gleichsam *en passant*, dass „alle Beteiligten [in einem auf den Wettbewerb gestützten System] anteilig zu den Kosten des Universaldienstes beitragen“ sollten²⁹². Diese Forderung entspricht jedoch nur auf den ersten Blick der für den Postsektor angedachten Idee eines „Ausgleichsfonds“²⁹³. Denn hier sind wirklich *alle* Marktteilnehmer gemeint – Leistungserbringer und -empfänger. Klar wird dies im Zusammenhang mit dem vom WSA postulierten „Konzept der ‚vertretbaren Kosten‘“, das dem Dienstleistungszugang zu erschwinglichen Preisen zu Grunde zu legen sei²⁹⁴. Werden nicht alle Beteiligten anteilig umlageverpflichtet, kommt es hier zu einer Diskrepanz deren jeweiliger Interessen: Die Leistungserbringer wollen das Gemeinwohl – wenn schon nicht Gewinn bringend - so Kosten deckend wie möglich bedienen. Die Leistungsempfänger hingegen wollen das Angebot so günstig wie möglich nutzen. Das Nachsehen hätten gegebenenfalls die mitgliedstaatlichen Körperschaften als Träger der Daseinsvorsorge. Um diesen Konflikt aufzulösen, hat der WSA sein Umlagemodell ersonnen. Indem hier alle Beteiligten einen anteiligen Kostenbeitrag leisten, wird die Ausgleichsbürde gerecht auf die Schultern der Erbringer, Nutzer und Gewährträger verteilt.

bb) Sondierungsstellungnahme von 2002

Sein *Umlagemodell* aus der Initiativstellungnahme von 1999 – also der Beteiligung aller Marktteilnehmer an der Leistungsfinanzierung - bestätigte der WSA hier. Argumentativ behalf er sich dabei folgender Differenzierung²⁹⁵: Entweder erfolge die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge „auf dem Wege über die Steuern“ allgemein. Dann würde die Gesamtheit der Steuerzahler belastet – also auch diejenigen, die solche Leistungen gar nicht nutzten. Oder den Leistungserbringern würden ausschließliche Rechte gewährt. Dadurch beschränkte man die solidarische Ausgleichsbelastung allein auf die konkreten Leistungsabnehmer. Nach WSA-Auffassung ermöglichte die zweite Alternative eine gerechtere Kosten-Nutzen-Relation mit Blick auf ein „Gleichgewicht zwischen Allgemeininteresse und Wettbewerb“²⁹⁶.

Schließlich sollten für bestimmte Dienstleistungen „Systeme zur Entschädigung, Kostenerstattung und Ersatzleistung“ eingerichtet werden, auf deren Basis „Ausgleichsleistungen [...] in automatischer Weise und festgelegter Hö-

²⁹¹ WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 6.2.1.

²⁹² WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 7.4.1.

²⁹³ Siehe oben Punkt III 1 b bb ccc. Hier soll der Ausgleich lediglich zwischen den Wettbewerbern erfolgen.

²⁹⁴ WSA-1999 (siehe Fn. 17), Ziff. 5.3.12.

²⁹⁵ Vgl. WSA-2002 (siehe Fn. 17), Ziff. 4.8.1.

²⁹⁶ Vgl. WSA-2002 (siehe Fn. 17), Ziff. 4.7.

he erbracht werden²⁹⁷. Somit befürwortete der WSA hierdurch eine Standardisierung der Daseinsvorsorgefinanzierung.

cc) Stellungnahme zum Grünbuch „Daseinsvorsorge“

Die Definition eines Kostenausgleichs für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen scheint dem WSA zwingend notwendig²⁹⁸. Gleichwohl belässt er es bei der bloßen Aufzählung möglicher „Abweichungen vom gemeinschaftlichen System“, die er in „verwaltungsmäßigen, steuerlichen, rechtlichen und technischen Ausnahmeregelungen bis hin zu staatlichen Beihilfen“ erkennt²⁹⁹. Eine weitere Konkretisierung bleibt aus. Indem sich hierin aber die Gewährung ausschließlicher Rechte abzeichnet und somit gemäß des *Umlagemodells* von 1999 nur die Leistungsabnehmer „belastet“ werden, bleibt der WSA sich treu. Schließlich spricht er sich gegen eine Beschränkung der Finanzierungsformen von Leistungen der Daseinsvorsorge aus, da jede auf Grund spezifischer Vorzüge „für einen bestimmten Sektor oder ein bestimmtes Ziel besser geeignet“ sei³⁰⁰.

f) Ausschuss der Regionen

Als weiteres beratendes Hilfsorgan der Europäischen Union war der Ausschuss der Regionen (AdR) in die Entwicklung der Daseinsvorsorgethematik involviert³⁰¹. Der AdR hat sich insbesondere in zwei seiner Stellungnahmen zu Aspekten der Finanzierung von Gemeinwohldienstleistungen geäußert³⁰². In Zusammenhang mit der Kohärenzproblematik gleichberechtigten Zugangs zu Leistungen der Daseinsvorsorge gem. Art. 36 EGRCh forderte er einen „echten solidarischen Finanzausgleich“³⁰³. Die Kommission greife zu kurz mit ihrem Zugeständnis, zusätzliche Kosten, die auf Grund der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen anfallen, ausgleichen zu können. Vielmehr verlangte der AdR darüber hinaus eine Erlaubnis für „eigene Ausgleichssysteme“ der Mitgliedstaaten zu Gunsten ihrer benachteiligten peripheren oder sonst unterversorgten Regionen. Die Ausgestaltung dieser Sonderfinanzierungsmechanismen lies der AdR hingegen offen.

Des Weiteren stellt der AdR in Erwiderung auf das Grünbuch zur Daseinsvorsorge in Sachen Leistungsfinanzierung fest, dass „gemeinsame, sektorenüber-

²⁹⁷ WSA-2002 (siehe Fn. 17), Ziff. 4.10.

²⁹⁸ WSA-GRÜNBUCH (siehe Fn. 285), Ziff. 3.3.

²⁹⁹ WSA-GRÜNBUCH (siehe Fn. 285), Ziff. 3.1.5.

³⁰⁰ WSA-GRÜNBUCH (siehe Fn. 285), Ziff. 4.7.2. Eine Analyse verschiedener Finanzierungsarten von Gemeinwohlverpflichtungen sowie die Vorstellung deren jeweiliger Vor- und Nachteile bietet die CEEP/CIRIEC-STUDIE (siehe Fn. 87), Seiten 30 ff. sowie 97 ff.

³⁰¹ Gem. Art. 263 Absatz 1 EGV setzt der AUSSCHUSS DER REGIONEN – im Weiteren: AdR – sich aus Vertretern der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften zusammen. Die AdR-Mitglieder sind nach Art. 263 Absatz 5 EGV dem „allgemeinen Wohl der Gemeinschaft“ – also dem Gemeinwohl - verpflichtet.

³⁰² STELLUNGNAHME Nr. 2002/C 19/04 vom 20.09.2001 zur 2. DV-MITTEILUNG der Kommission, ABl. Nr. C 19/8 ff. vom 22.01.2002 – im Weiteren: AdR-2001 – sowie STELLUNGNAHME Nr. 2004/C 73/02 vom 20.11.2003 zum GRÜNBUCH „DASEINSVORSORGE“, ABl. Nr. C 73/7 ff. vom 23.03.2004 – im Weiteren: AdR-GRÜNBUCH.

³⁰³ AdR-2001 (siehe Fn. 302), Ziff. 2.5.

greifende EU-Vorschriften [...] schwierig aufzustellen“ seien³⁰⁴. Die Funktionsweisen in den einzelnen Sektoren wichen zu stark voneinander ab, als dass eine einheitliche Regulierung möglich wäre. Als Beispiel führte der AdR hier die ganz überwiegend solidarisch nutzerfinanzierte Wasserversorgung an. Hier gebe es – anders als etwa im Energiesektor - ein wohnortunabhängiges Leistungspreisangebot. Damit knüpfte der AdR konsequent an das bereits oben genannte Modell des solidarischen Finanzausgleichs an.

g) Mitgliedstaatliche Erklärungen zu EGV-Protokollbestimmungen

Anders als etwa das bereits erwähnte Rundfunkprotokoll der EU-Mitgliedstaaten zur Schlussakte des Vertrags von Amsterdam gehören Erklärungen zu Vertrags- oder Protokollbestimmungen weder zum Primär- noch zum Sekundärrecht. Sie sind allgemein nach solchen zu unterscheiden, die von der Regierungskonferenz angenommen wurden, und jenen, die lediglich zur Kenntnis genommen wurden.

aa) Erklärung zu Art. 16 (ex 7d) EGV

Bei der Erklärung Nr. 13 zum Vertrag von Amsterdam³⁰⁵, die von der Regierungskonferenz angenommen wurde, handelt es sich um eine ausdrückliche Absichtserklärung der EU-Mitgliedstaaten. Zunächst mag es merkwürdig anmuten, dass die Signatäre eines Änderungsvertrags im Moment ihrer Unterschriftsleistung gleichzeitig nochmals gesondert betonen, dass ein durch den Vertrag neu in den EGV eingefügter Artikel auch tatsächlich „umgesetzt wird“. Die Klärung folgt jedoch auf dem Fuße durch den Zusatz „unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des [Europäischen] Gerichtshofs“. Dadurch wird zwar die EuGH- (und EuG-)Jurisdiktion³⁰⁶ nicht zur *Maxime per se* erhoben. Gleichwohl stellt diese explizite Verweisung auf die Spruchpraxis der EU-Judikative einen bedeutsamen Fingerzeig dar. Einerseits unterstreicht sie nämlich die wegweisende Rolle, welche die Mitgliedstaaten dem Gerichtshof demnach zubilligen. Andererseits ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Amsterdamer Regierungskonferenz bis auf die 1. DV-Mitteilung der Kommission zur Daseinsvorsorge sowie der Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Cannes kaum sachdienliche Beschlüsse, Berichte oder Stellungnahmen etc. vorlagen. Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird die Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsprechung aufgezeigt werden.

bb) Erklärungen zu (öffentlich-rechtlichen) Kreditinstituten

Mit der angenommenen Erklärung Nr. 37 zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland³⁰⁷ sowie der hierauf Bezug nehmenden, lediglich zur

³⁰⁴ AdR-GRÜNBUCH (siehe Fn. 302), Ziff. 2.7.5.

³⁰⁵ ABl. Nr. C 340/133 vom 10.11.1997.

³⁰⁶ Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Nizza am 01.02.2003 war der EuG dem EuGH gem. Art. 225 Absatz 1 Satz 1 EGV lediglich „beigeordnet“ und bildete mit ihm gemeinsam den „Gerichtshof“ der Europäischen Union. Siehe hierzu auch OLIVARES TRAMON/TÜLLMANN, NVwZ 2004, 43, 44.

³⁰⁷ ABl. Nr. C 340/138 vom 10.11.1997.

Kenntnis genommenen Erklärung Nr. 1 seitens Österreich und Luxemburg zu Kreditinstituten³⁰⁸ wird speziell der Finanzdienstleistungssektor in den Fokus der Gemeinwohlbetrachtungen gerückt. Abgesehen von dieser herausragenden Nennung dieses Dienstleistungssektors resultiert aus beiden Erklärungen kein zusätzlicher Nutzen für die weiteren Betrachtungen der Daseinsvorsorgethematik³⁰⁹.

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

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

1. Begriff der Beihilfe

Dass der Begriff der Beihilfe im Lichte des Gemeinschaftsrechts weiter gefasst ist als der der Subvention, wurde bereits angemerkt³¹⁰. Demnach sind Beihilfen „nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und [Subventionen] nach Art und Wirkung gleichstehen.“³¹¹ Zudem ist durch die europäische Rechtsprechung klargestellt worden, dass der „Beihilfebegriff [...] ein objektiver Begriff [ist], der eine staatliche Maßnahme [gleich welcher Art³¹²] bezeichnet, die einem oder mehreren Unternehmen einen Vorteil verschafft“³¹³, den die Begünstigten „unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätten.“³¹⁴ Dieser Vorteil muss darüber hinaus „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert werden oder eine zusätzliche Belastung für den Staat [i.w.S.] darstellen.“³¹⁵ Entsprechend ist die Vorteilsgewährung, wie bereits weiter oben er-

³⁰⁸ ABl. Nr. C 340/143 vom 10.11.1997.

³⁰⁹ Maßgebliche Ursache für die prominente Positionierung der Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland war der seinerzeit schwelende Streit zwischen den deutschen Bundesländern und der Kommission um die öffentlichen Refinanzierungsinstrumente „Gewährträgerhaftung“ und „Anstaltslast“ zu Gunsten der Landesbanken und Sparkassen in Deutschland. Beide Mechanismen wurden – einem Moratorium zwischen der EU-Kommission und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland vom 17.07.2001 folgend – mit Wirkung ab dem 19.07.2005 für ab diesem Termin geschlossene Refinanzierungsgeschäfte öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Deutschland abgeschafft. Zur Veranschaulichung siehe das Schaubild unter [http://www.hsh-nordbank.de/home/themen/investorrelations/anstalts last/vers taendigung-eu.jsp?subId=.284.403.1760.2461](http://www.hsh-nordbank.de/home/themen/investorrelations/anstalts%20last/vers%20taendigung-eu.jsp?subId=.284.403.1760.2461).

³¹⁰ Siehe oben Punkt II 3.

³¹¹ Rs. C-387/92 (BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA) (siehe Fn. 84), Rz. 13.

³¹² Rs. C-280/00 (ALTMARK, siehe Fn. 4), Rz. 84.

³¹³ Rs. T-67/94 (LADBROKE RACING), Urteil vom 27.01.1998, Slg. 1998, II-1, Rz. 52.

³¹⁴ Vgl. Rs. C-39/94 (SFEI), Urteil vom 11.07.1996, Slg. 1996, I-3547, Rz. 60, sowie Rs. C-342/96 (Spanien ./ Kommission [TUBACEX]), Urteil vom 29.04.1999, Slg. 1999, I-2459 ff., Rz. 41. Siehe hierzu auch HAKENBERG/TREMMELE, EWS 1997, 217, 218.

³¹⁵ Vgl. Rs. C-53/00 (FERRING) (siehe Fn. 2), Rz. 16, mit Verweis auf verb. Rs. C-52/97 – C-54/97 (VISCIDO u.a.), Urteil vom 07.05.1998, Slg. 1998, I-2629, Rz. 13.

wähnt, nur nach der Wirkung des Geleisteten zu bewerten und nicht nach etwaigen Absichten oder verfolgten Zielen³¹⁶.

Man kann mit Blick auf die Wirkung der konkreten Vergünstigung eine Einteilung in positive und negative Maßnahmen vornehmen. Positiv wirken diejenigen, die eine finanzielle Zuwendung enthalten, etwa Geldleistungen bzw. geldwerte Leistungen bzw. Vorteile³¹⁷. Negative Wirkung entfaltet dagegen eine Minderung bestehender oder künftiger Verbindlichkeiten, beispielsweise Steuern oder Sozialversicherungsabgaben³¹⁸. Des Weiteren kommen in Betracht eine logistische und kommerzielle Unterstützung, eine Lieferung von Gegenständen sowie die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen³¹⁹.

Im Ergebnis kann man die finanziellen Vergünstigungen, die Unternehmen von öffentlichen Stellen gewährt werden, zusammenfassend als positive oder negative Finanz- bzw. Realinvestitionen bezeichnen. Letztlich ist das Fehlen einer enumerativen, primär- oder sekundärrechtlichen Typologisierung des Beihilfiebegriffs auf die Sorge einer ordnungsrechtlich ungewünschten Einschränkung der Subsumtionsfähigkeit künftiger Lebenssachverhalte zurückführbar³²⁰.

2. Beihilferechtliche Bewertungsansätze zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse³²¹

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

³¹⁶ Vgl. Rs. T-46/97 (SIC, siehe Fn. 116), Rz. 83.

³¹⁷ In Rs. C-42/93 (Spanien ./ KOMMISSION [MERC]), Rz. 12, mit Verweis auf Rs. C-305/89 (Italien ./ Kommission [ALFA ROMEO]), Rz. 18) geht der EuGH soweit, „Kapitalzuweisungen der öffentlichen Hand an Unternehmen, in *welcher Form auch immer* sie erfolgen“ als staatliche Beihilfen einzustufen. (*Kursive Hervorhebung* durch Verfasser.) In seinem „zweiten“ Urteil in der Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 368 a.E.), vom 07.06.2006, Rz. 165, subsumierte das EuG den auf eine konzerninterne Tochtergesellschaft übertragenen Kundenstamm als immateriellen Vermögenswert und somit geldwerten Vorteil.

³¹⁸ Zum Steuererlass siehe Rs. T-106/95 (FFSA), Slg. 1997, II-229 ff. – im Weiteren: FFSA-Urteil, sowie Rs. C-174/97 P (FFSA), Slg. 1998, I-1303 ff. – im Weiteren: FFSA-Beschluss. Zur Gewährung zinsverbilligter Darlehen siehe Rs. C-342/96 (TUBACEX, siehe Fn. 314). Zur Ermäßigung der Soziallast siehe Rs. C-301/87 (Frankreich ./ Kommission [CBSF]), Slg. 1990, I-307 ff. Zur ratenweisen Zahlung von Sozialversicherungsabgaben siehe Rs. C-256/97 (DMT), Slg. 1999, I-3913 ff.

³¹⁹ Vgl. Rs. C-39/94 (SFEI, siehe Fn. 314), Rz. 58, mit weiteren Nachweisen. Einen guten Überblick über Beihilfeformen bieten LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87, Rz. 33.

³²⁰ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 9.

³²¹ In Anhang II finden sich schematische Darstellungen der verschiedenen Ansätze.

a) Rentabilitätsansatz

Losgelöst von Aspekten der Daseinsvorsorge werden öffentliche Mittelgeber nach dieser Ansicht privaten Investoren gleichgesetzt („Private Investor Principle“). Maßgebliches Vergleichskriterium ist die private Renditeerwartung. Diese richtet sich nach „normalen Marktbedingungen“³²². Werden staatliche(r-seits)³²³ Mittel zu günstigeren Konditionen gewährt als durch einen privaten Investor auf Grund dessen marktüblicher Rentabilitätskalkulation, erhält der Empfänger der Finanzhilfe einen gemeinschaftsrechtswidrigen wirtschaftlichen Vorteil. Dadurch würden „die Marktkräfte daran gehindert, ihre normalen Wirkungen zu zeitigen“³²⁴, weshalb die staatliche Maßnahme als Beihilfe zu werten ist.

Den unterschiedlichen Varianten der Gewährung von Beihilfen trägt der Rentabilitätsansatz durch die äquivalente Berücksichtigung von Finanz- oder Realinvestitionen einerseits und Forderungsverzicht bzw. –stundung andererseits Rechnung³²⁵.

Die Motivation der Einräumung einer Vergünstigung spielt bei diesem Ansatz die zentrale Rolle. Er beruht zwar auf einer objektiv wettbewerblich vergleichenden Bewertung. Gleichwohl ist zu fragen, weshalb öffentliche Stellen – ob als Investoren oder Gläubiger - Vorzugskonditionen gewähren. Meistens sind wirtschaftspolitische Ziele³²⁶ anzunehmen. Handelt es sich dabei um so genannte Rettungsbeihilfen, d.h. Maßnahmen, die (lediglich) z.B. der Ausstattung mit genügenden Finanzmitteln zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs oder konkret der Insolvenzabwendung³²⁷ dienen, ist eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nur unter ganz eng auszulegenden Kriterien zu rechtfertigen³²⁸.

Werden durch die Mittelgewährung dagegen gemeinwohlorientierte Zwecke verfolgt, führt dieser Ansatz alleine nicht weiter. Statt einer „mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung“ sind als geeignete Vergleichsparameter wenigstens eine „globale oder sektorale Strukturpolitik“ einer „privaten Holding oder Unternehmensgruppe“ mit „längerfristigen Rentabilitätsaussichten“ he-

³²² Vgl. Rs. C-39/94 (SFEI, siehe Fn. 314), Rz. 60 ff. Unter „normal“ ist in diesem Zusammenhang „marktüblich“ hinsichtlich der Renditebedingungen zu verstehen. Dieser Terminus findet sich auch im Urteil zu Rs. T-46/97 (SIC, siehe Fn. 116), Rz. 78; siehe ausführlicher unten Punkt IV 3 a ee.

³²³ Mit Hilfe dieser Schreibweise sollen gleichzeitig beide in Art. 87 Absatz 1 Satz 1 EGV genannten Beihilfevarianten („... staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen ...“) abgedeckt werden, auch wenn diese Unterscheidung nach CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 19, letztlich irrelevant ist.

³²⁴ Vgl. Rs. C-301/87 (CBSF, siehe Fn. 318), Rz. 41.

³²⁵ Vgl. Rs. C-301/87 (CBSF, siehe Fn. 318), Rz. 41. Wegen der Gleichbehandlung von Investoren mit Gläubigern, die auf (Teil-)Forderungen verzichten oder diese stunden, spricht man auch vom „Private Creditor Principle“. Siehe hierzu auch SIC-Urteil (Fn. 303), Rz. 95; dazu ausführlicher unten Punkt IV 3 a ee.

³²⁶ Vgl. Rs. C-42/93 (MERCOC, siehe Fn. 317), Rz. 14, mit Verweis auf Rs. C-305/89 (ALFA ROMEO, siehe Fn. 317), Rz. 20.

³²⁷ So etwa in der Rs. C-256/97 (DMT, siehe Fn. 318) sowie in der Rs. C-342/96 (TUBACEX, siehe Fn. 314).

³²⁸ Siehe hierzu LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87, Rz. 76, vgl. auch CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 54.

ranzuziehen³²⁹. Die zumeist fehlende Wirtschaftlichkeit von Leistungen der Daseinsvorsorge („flächendeckend qualitativ hochwertige Leistungen zu erschwinglichen Preisen“) bedingt die besondere Berücksichtigung des durch Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV normierten Korrektivs. Im Bereich der Daseinsvorsorge werden Rentabilitätsaspekte daher nur in Kombination mit einem der nachfolgenden Ansätze thematisiert³³⁰.

b) Verhältnismäßigkeitsansatz³³¹

Werden einem Unternehmen wegen der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben staatliche(rseits) Finanzmittel gewährt, stellen diese laut Verhältnismäßigkeitsansatz *nur dann* eine Beihilfe gem. Art. 87 Absatz 1 EGV dar, „wenn und soweit der wirtschaftliche Vorteil, der hierdurch gewährt wird, entweder über eine angemessene Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder über die zusätzlichen Kosten dieser Erbringung hinausgeht.“³³² Anders formuliert liegt solange keine gemeinschaftsrechtswidrige Unterstützung zu Gunsten gemeinwohlorientierter Leistungserbringer vor, wie dadurch lediglich diejenigen Aufwendungen ausgeglichen werden, die „mit der Aufgabenerfüllung *effektiv verbunden*“ – also hierzu notwendig - sind³³³. Der Kern des Verhältnismäßigkeitsansatzes ist somit die betragsmäßige Angemessenheit der Höhe einer finanziellen Unterstützung zu Gunsten des Leistungserbringers.

Die Tatsache einer Vorteilsgewährung ist demnach also nicht schon per se wettbewerbsbeeinträchtigend. Vielmehr kommt es hier auf die Verhältnismäßigkeit der konkreten finanziellen Unterstützung an. Der Bewertung werden insoweit zwei Kriterien zu Grunde gelegt: zum einen die *relative* Grenze einer „angemessenen“ – bis zum ALTMARK-Urteil³³⁴ des EuGH also nicht unbedingt durchschnittlichen – Leistungsvergütung, zum anderen die *absolute* Grenze der tatsächlich aufgewandten zusätzlichen Kosten. Welcher von beiden Vorrang gebührt, geht aus diesem Ansatz allerdings nicht genau hervor. Den Ausschlag gibt daher die Subsumtion des individuellen Sachverhalts, insbesondere

³²⁹ Vgl. Rs. C-42/93 (MERCOSI, siehe Fn. 317), Rz. 14. Siehe hierzu auch MONTAG/LEIBENATH, EWS 2003, 402, 404.

³³⁰ So etwa in Rs. C-46/97 (SIC, siehe Fn. 116 sowie unten Punkt IV 3 a ee).

³³¹ Die hier wegen des maßgeblichen Angemessenheitskriteriums als *Verhältnismäßigkeitsansatz* bezeichnete Theorie wird von GA JACOBS in seinen Schlussanträgen zum GEMO-Urteil (siehe Fn. 3, dort Rz. 95) *Ausgleichsansatz* genannt. Jedoch erscheint diese Bezeichnung eher verwirrend, soll mit den finanziellen Unterstützungsmaßnahmen zu Gunsten der Leistungserbringer letztlich doch immer ein Ausgleich der entstandenen Kosten erfolgen. Für den hier erläuterten Ansatz maßgeblich ist aber vor allem die Angemessenheit, also Verhältnismäßigkeit, des ausgleichshalber Gewährten in Bezug auf die zu neutralisierenden Kosten der Gemeinwohleistungserbringung. Von anderen Autoren, z.B. GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 95, werden die Bezeichnungen „*Tatbestandsansatz*“ bzw. „*-lösung*“ bevorzugt.

³³² Siehe GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 95.

³³³ Vgl. NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 5. Vgl. GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 95. Siehe auch LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87 EGV, Rz. 6.

³³⁴ Siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc.

wenn die Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten Anlass zu Zweifeln gibt³³⁵. Ist eine Leistungsfinanzierung hiernach schließlich nicht als Beihilfe zu werten, bleibt eine Vorabnotifizierung gem. Art. 88 Absatz 3 EGV aus. Somit erfährt die Kommission erst gar nichts von der Finanzierungsmaßnahme³³⁶.

Dennoch wurde der Verhältnismäßigkeitsansatz von der Kommission zunächst im Einklang mit der Rechtsprechung der EU-Gerichte angewandt³³⁷. Auf Grund der Entscheidung des EuG in Sachen *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)*³³⁸ musste sie jedoch hiervon abkehren und hat ihrer Entscheidungspraxis den nachfolgend dargestellten, sogenannten einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde gelegt³³⁹.

In seinem ALTMARK-Urteil modifizierte der EuGH diesen Ansatz jüngst. Die ursprünglich gestaffelten Höchstbetragskriterien angemessener Leistungsvergütung (*relativ*) bzw. tatsächlich angefallener Kosten (*absolut*) verschmolz er zu einem einzigen Bewertungsmerkmal: den aus dem Branchendurchschnitt zu errechnenden und somit hypothetischen (Nettomehr-)Kosten³⁴⁰.

c) Einfacher Rechtfertigungsansatz³⁴¹

Erhält ein Unternehmen wegen der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben staatliche(rseits) Finanzmittel, werden diese gemäß dem einfachen Rechtfertigungsansatz *einstweilen in jedem Fall* als staatliche Beihilfe gem. Art. 87 Absatz 1 EGV gewertet³⁴². Ausgangspunkt der Beurteilung ist hier also nicht die betragsmäßige Höhe der konkreten finanziellen Unterstützung, sondern die Finanzierungsmaßnahme als solche. Rechtstechnisch handelt es sich damit um

³³⁵ GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 131, führt das Beispiel des französischen Abfallbeseitigungssektors an, in dem es „erhebliche Gelegenheiten für Betrügereien gibt“. Hier könnten Leistungsvergütungen erzielt werden, die weit über den normalen Marktbedingungen lägen. In solchen Fällen bleibt dann ausschließlich der Rückgriff auf die *relative* Grenze angemessener Kosten als Bewertungskriterium der staatlichen Finanzierungsmaßnahme.

³³⁶ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 112. Zu dieser bedeutenden Folge der nicht nur formalen „Unterscheidung zwischen der Einstufung der [Finanzierungsmaßnahme] als Nichtbeihilfe oder als mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Art. [86 Absatz 2 EGV] vereinbare Beihilfe“ siehe auch GA TIZZANO, FERRING-Schlussanträge (siehe Fn. 2), Rz. 31. Diese Schlussfolgerung lässt letztlich auch die ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS ZUM WEIßBUCH DER KOMMISSION ZU DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE AUF DER GRUNDLAGE DES RAPKAY-BERICHTS (siehe oben Punkt III 2 d cc) zu. JENNERT, NVwZ 2004, 425, 431, weist darüber hinaus darauf hin, dass der Vorab-Ausschluss der Notifizierungsverpflichtung gem. der vom EuGH in dessen ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4) zu Grunde gelegten „modifizierten Tatbestandslösung“ dazu führe, dass „ein nachträglicher Verlustausgleich in Höhe der tatsächlich durch die Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Nettomehrkosten“ nicht zulässig sei.

³³⁷ Zur älteren EuGH- und EuG-Rechtsprechung siehe unten Punkt IV 3 a.

³³⁸ Rs. T-106/95 (FFSA-URTEIL, siehe Fn. 318).

³³⁹ Vgl. hierzu NON-PAPER (siehe Fn. 33), Rz. 5, sowie GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 105.

³⁴⁰ Siehe ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc), Rz. 93. Vgl. dazu auch CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 12 a.E. Auf Grund der zeitversetzten Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsansatzes durch den EuGH ist hinsichtlich der Erläuterung des Begriffs der „(Nettomehr-)Kosten“ auf den nachfolgenden einfachen Rechtfertigungsansatz zu verweisen.

³⁴¹ Die hier *einfacher Rechtfertigungsansatz* genannte Theorie bezeichnet GA JACOBS in seinen Schlussanträgen zum GEMO-Urteil (siehe Fn. 3, dort Rz. 94) als *Beihilfenansatz*. Dadurch kommt aber nicht deutlich genug zum Ausdruck, dass es hiernach gerade auf die Rechtfertigung durch die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV ankommt. In der Literatur findet sich zudem die Bezeichnung *Beurteilungsansatz* (siehe: HAKENBERG/ERLBACHER, EWS 2003, 201, 205), der aber ebenfalls zu vage betitelt ist.

³⁴² Vgl. GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge I (siehe Fn. 4), Rz. 74.

die Verkehrung des Verhältnismäßigkeitsansatzes in ein grundsätzliches Beihilfeverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Kann die Finanzierungsmaßnahme „ihrer Natur nach nicht als eine Beihilfe angesehen werden“³⁴³, weil sie etwa „lediglich *dazu bestimmt [ist]*, die Nettomehrkosten für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe auszugleichen“³⁴⁴, gilt sie als nachträglich gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV gerechtfertigt³⁴⁵. Dieser Rechtfertigungstatbestand setzt zunächst voraus, dass das Unternehmen von einem Mitgliedstaat mit der Erbringung von Gemeinwohlaufgaben (ausdrücklich) betraut worden ist. Zudem muss die Beihilfengewährung für die Erbringung einer Gemeinwohlleistung erforderlich sein³⁴⁶. Das Maß der Erforderlichkeit bestimmt sich – wie bereits beim Verhältnismäßigkeitsansatz – nach der Relation zwischen aufgewandten Mehrkosten und gewährten Finanzmitteln. Es ist überschritten, wenn die finanzielle Unterstützung die entstandenen Mehrkosten übersteigt. Im Ergebnis verhindert dieser Prüfungsaufbau, dass Finanzhilfen, die möglicherweise Beihilfen darstellen, an der Kommission ohne Notifizierung vorbei gewährt werden.

Betragsmäßiger Prüfungsmaßstab ist die „Netto-Konzeption der Beihilfe“³⁴⁷. Demgemäß wird nicht auf den Bruttomehrkosten genannten Gesamtaufwand für die Erbringung der Gemeinwohlleistung abgestellt. Vielmehr legt die Kommission ihrer Beihilfebewertung die sogenannten Nettomehrkosten zu Grunde³⁴⁸. Dieser Betrag resultiert aus der Anrechnung der mit der Erbringung der Gemeinwohlleistung erwirtschafteten Erträge. Dem Leistungserbringer in Höhe der Nettomehrkosten gewährte Finanzhilfen stellen einen sogenannten *realen Vorteil* dar³⁴⁹. Alle darüber hinaus staatlich(erseits) zugewendeten Mittel sind demnach nicht zur Erbringung der Gemeinwohldienstleistung erforderlich und somit nicht gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV zu rechtfertigen.

³⁴³ Vgl. GA TIZZANO, FERRING-Schlussanträge (siehe Fn. 2), Rz. 30 i.V.m. 50.

³⁴⁴ Vgl. GA TIZZANO, FERRING-Schlussanträge (siehe Fn. 2), Rz. 60. *Hervorhebung durch den Verfasser*. Diese Betrachtungsweise ist allerdings äußerst problematisch, hat das EuG doch in seiner SIC-Entscheidung ausdrücklich die Unbeachtlichkeit des mit der Finanzhilfegewährung Bezweckten judiziert (siehe unten Punkt IV 3 a ee).

³⁴⁵ Vgl. GA TIZZANO, FERRING-Schlussanträge (siehe Fn. 2), Rz. 30. Eine ausführliche Beihilfeprüfung nach Maßgabe des Rechtfertigungsansatzes führte GA TIZZANO in seinen FERRING-Schlussanträgen, dort Rz. 30 ff. durch. Zur Definition des Rechtfertigungs- bzw. *Beihilfenansatzes* vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 94. Zum Tatbestand des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV siehe oben Punkt III 1 a cc.

³⁴⁶ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 16, unter Verweis auf das FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318). Hiermit wird die „Angemessenheitsprüfung“ des Verhältnismäßigkeitsansatzes grundsätzlich beibehalten.

³⁴⁷ Diese Bezeichnung sowie auch die synonym verwendete „Theorie des sogenannten *realen Vorteils*“ finden sich bei GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 31. *Hervorhebung durch den Verfasser*.

³⁴⁸ Vgl. LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 17, unter Verweis u.a. auf die KOM-Entscheidung in Sachen NN 70/98 (Kinderkanal/Phoenix). Laut SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (VAN YSENDYCK), nach Art. 87, Dienstleistungen (Seite 2316), Rz. 29, stellt die Kommission bei der Erforderlichkeitsabwägung auf die Netto(mehr)kosten der Leistungserbringung ab.

³⁴⁹ Vgl. GA LÉGER, Altmark-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 31.

Aus objektiv-wirtschaftlicher Sicht ist die beihilferechtliche Berücksichtigung von Erträgen, die mittels der Gemeinwohlleistung erwirtschaftet werden, geboten. Schließlich reduziert sie den rechtfertigungsbedürftigen Vorteil, statt den Beihilfetatbestand in Höhe des von den Empfängern der Gemeinwohlleistung an den Leistungserbringer gezahlten Betrags von vornherein auszuschließen³⁵⁰. Günstigstenfalls führt dies – im Falle vorab geschätzter Ertragszahlen – zu einer geringeren Beihilfegewährung von vornherein bzw. – bei nachgereichten Gewinn- und Verlustangaben – zu einer möglicherweise höheren Rückerstattungsverpflichtung des Finanzhilfeempfängers.

Dieser Ansatz entspricht darüber hinaus genau dem durch den EuGH vorgegebenen Prüfungsmaßstab für eine zu sanktionierende Gewährung eines unter normalen Marktbedingungen nicht erzielbaren, wirtschaftlichen Vorteils³⁵¹. Setzt man voraus, dass eine Beihilfe nicht dazu führt, dass eine Gemeinwohldienstleistung durch den Begünstigten zu besseren Konditionen als durch dessen Wettbewerber, sondern überhaupt angeboten werden kann, stellt die Gegenleistung Dritter – also der Leistungsempfänger – genau dasjenige dar, was der Empfänger einer staatlich(erseits gewährt)en Finanzhilfe durch seine Erbringung der Gemeinwohldienstleistung zu „normalen Marktbedingungen“ erwirtschaftet hat. Die Anrechnung dieses selbst erzielten Vorteils auf den staatlich(erseits gewährt)en ist deshalb einzig folgerichtig.

Allerdings birgt die geschilderte Betrachtungsweise eine beihilferechtlich schwer wiegende, zusätzliche Beweisproblematik: Grundlegende Voraussetzung ist nämlich, dass der Erbringer einer Gemeinwohlleistung vollumfänglich über seine im Rahmen der Leistungserbringung erwirtschafteten Mittel Rechenschaft ablegt. Hierfür tragen aber bereits die entsprechenden Vorschriften der Transparenz-Richtlinie Sorge³⁵².

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

d) Zusammenhangsansatz

Beim Zusammenhangsansatz handelt es sich um keinen eigenständigen Theorieansatz im engeren Sinne. Vielmehr drückt sich hierin die Unzufriedenheit

³⁵⁰ Wie vergleichbar – da ohne Drittmittelgewährung – im ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1 sowie unten Punkt IV 3 a aa) auf Grund des Gegenleistungscharakters der gewährten Mittel geschehen.

³⁵¹ Vgl. SFEI-Urteil (siehe Fn. 314), dort Rz. 60, sowie DMT-Urteil (siehe Fn. 318), dort Rz. 22.

³⁵² Siehe etwa Art. 1 Absatz 2 lit. a i.V.m. Erwägungsgrund 15 TRANSPARENZRL 2006 (siehe Fn. 8). Die Verpflichtung von Unternehmen zu „getrennter Buchführung“ hinsichtlich deren der Daseinsvorsorge gewidmeten Geschäftsbereichen wurde bereits mittels der in Art. 1 Ziff. 4 TRANSPARENZÄNDRL (siehe Fn. 8) vorgesehenen Publikationsregelung verbindlich festgeschrieben. Von der Büchertrennung nicht betroffen sind dagegen Unternehmen, die ausschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, siehe Art. 2 lit. d i.V.m. Erwägungsgrund 15 TRANSPARENZRL 2006.

der europäischen Rechtsanwender mit der pauschalen Entscheidung für den Verhältnismäßigkeitsansatz einerseits oder den einfachen Rechtfertigungsansatz andererseits aus³⁵³. Deshalb versucht der Zusammenhangsansatz gewissermaßen über eine vorgeschaltete Filterkombination, die unterschiedlichen Lebenssachverhalte einer Entscheidung auf der Grundlage des von beiden jeweils geeigneter scheinenden Ansatzes zuzuführen.

Als Eingangsfiler fungiert das Kriterium der Gegenleistung³⁵⁴. Zunächst ist zu klären, ob die staatlichen „Finanzierungsmaßnahmen eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen sollen oder, anders gesagt, in denen der *Zusammenhang* zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten, klar definierten Gemeinwohlverpflichtung *unmittelbar und offensichtlich* ist.“³⁵⁵

Ist also die finanzielle Unterstützung zweifelsfrei eine – bestenfalls vertraglich vereinbarte – Gegenleistung der eine klar definierte Gemeinwohlverpflichtung auferlegenden Stelle zu Gunsten des Leistungserbringers, handelt es sich nicht von vornherein um eine notifizierungspflichtige Beihilfe³⁵⁶. Deshalb sieht der Zusammenhangsansatz den konkreten Sachverhalt im Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsansatzes angesiedelt³⁵⁷. Folglich ist hier im Weiteren entscheidend, ob die Finanzierungsmaßnahme die relative oder absolute Vergütungsgrenze übersteigt.

Fehlt es demgegenüber am unmittelbaren oder offensichtlichen Zusammenhang zwischen gemeinwohlorientierter Leistungserbringung und gewährter finanzieller Unterstützung oder ist die Gemeinwohlverpflichtung nicht klar definiert, kann nicht von einer Gegenleistung von allgemeinem (wirtschaftlichen)

³⁵³ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 124. Der Gegenleistungs- bzw. Zusammenhangsansatz wird hier (ab Rz. 118) von GA JACOBS erstmals in der nachfolgend beschriebenen Weise entwickelt. SINNAEVE, EStAL 2003, 351, 355, bezeichnet diese Betrachtungsweise als „quid pro quo“-Ansatz.

³⁵⁴ Im hier verwendeten Sinne bedeutet Gegenleistung die staatliche Maßnahme. So auch CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 12, sowie der EuGH in seiner ADBHU-Entscheidung (siehe Fn. 1), Seite 550, dort Rz. 18. Genau entgegengesetzt verstehen GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc), Rz. 36 i.V.m. 41., sowie GUNDEL, RIW 2002, 222, 225, den Begriff der Gegenleistung. So auch VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (MEDERER), Art. 92, Rz. 6, der vom Einseitigkeitsmerkmal der gegenleistungslosen Beihilfe spricht. GUNDEL wie LÉGER verwenden „Gegenleistung“ synonym für die Erbringung der Leistungserbringung im Gegenzug zur Beihilfegewährung. Dieses Verständnis ist allerdings abzulehnen. Nicht nur, dass dadurch eine unnötige Verwechslungsgefahr heraufbeschworen wird. Vielmehr kann es sich aus logischen Erwägungen heraus bei der Erfüllung der Betrauungsverpflichtung nur um die Leistung handeln. Ein beabsichtigter Ausgleich erfüllungshalber entstandener Kosten durch eine staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe etc. ist folglich Gegenleistung. Die andere Auffassung führte dazu, dass der mit einer Gemeinwohleistung Betraute seiner Verpflichtung nur solange nachzukommen hätte, bis das durch die Beihilfe abgedeckte Kostenmaß erreicht wäre. Das erste Abstellen auf das Gegenleistungskriterium im dieser Arbeit zu Grunde gelegten Sinne erfolgte seitens des EuGH allerdings schon früher - im Rahmen der ADBHU-Entscheidung (sowohl im Urteil als auch in den Schlussanträgen des GA LENZ - siehe Fn. 1, dort Seiten 536 u. 550 [Rz. 18]). Auf die Möglichkeit, dass es sich bei der Gemeinwohleistung nach IPSEN (WIRTSCHAFTSRECHT), Seite 245 f., um eine so genannte „Vorzugslast“ handelt, die der Private entschädigungslos – also ohne Anspruch auf eine Gegenleistung – zu erbringen hat, soll hier lediglich hingewiesen werden.

³⁵⁵ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 119.

³⁵⁶ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Rz. 18.

³⁵⁷ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 119.

Interesse die Rede sein. Daher tendiert der Zusammenhangsansatz hier zur a-priori-Qualifizierung der Finanzierungsmaßnahme als Beihilfe und weist den Vorgang der Sphäre des einfachen Rechtfertigungsansatzes zu³⁵⁸. Fraglich ist somit, ob lediglich die Nettomehrkosten der gemeinwohlorientierten Leistungserbringung ausgeglichen wurden bzw. ob die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV einschlägig sind und somit die Gewährung der finanziellen Unterstützung hinreichend gerechtfertigt werden kann.

e) Qualifizierter Rechtfertigungsansatz

Gegenüber dem einfachen Rechtfertigungsansatz verfolgt der qualifizierte Ansatz eine streng normative „Brutto-Konzeption“³⁵⁹. Nach dieser Auffassung wird all das als *ersichtlicher Vorteil* klassifiziert, was dem Begünstigten sowohl staatlich(erseits) tatsächlich gewährt worden ist bzw. werden soll als auch was ihm als Gegenleistung für diese Begünstigung auferlegt wurde³⁶⁰. Art. 87 Absatz 1 EGV kenne eben kein Tatbestandsmerkmal der anrechenbaren, d.h. den Vorteil reduzierenden Gegenleistung. Zudem stelle die Norm – nach ständiger EuGH-Rechtsprechung – maßgeblich auf die Wirkung der staatlichen Finanzierungsmaßnahme ab und nicht auf deren Gründe oder Ziele³⁶¹. Daher hat nach dem qualifizierten Rechtfertigungsansatz eine getrennte Prüfung der Wertschöpfung von Finanzhilfe und Gemeinwohlleistung zu erfolgen.

Die Konnexität und (teilweise) Betragsäquivalenz von Finanzhilfe und Gegenleistung beseitigt nach dieser Auffassung also nicht schon per se den Beihilfeverdacht wie beim einfachen Rechtfertigungsansatz. Maßgeblich sei dieser Aspekt vielmehr erst „im Rahmen der Beurteilung, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.“³⁶² Dies sei etwa dann der Fall, wenn dem Begünstigten eine Gegenleistung zu dem Zweck auferlegt werde, eines der in Art. 87 Absatz 2 bzw. 3 EGV normierten Ziele zu erreichen und gleichzeitig den gewährten finanziellen Vorteil abzuschöpfen³⁶³.

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

EuGH- und EuG-Urteile dienen sowohl der Rechtsfindung als auch der Schaffung von Rechtssicherheit. Im Rahmen der Kontrolle von Kommissionsentscheidungen zur Daseinsvorsorge befanden die Gemeinschaftsgerichte zunächst lediglich über formale Aspekte, wie etwa die Einhaltung von Verfahrens- bzw. Begründungsvorschriften, zutreffende Sachverhaltsfeststellung sowie Ausübung von Ermessen im Rahmen der möglichen Grenzen³⁶⁴. Später

³⁵⁸ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 120.

³⁵⁹ Vgl. GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 33.

³⁶⁰ Vgl. GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 34.

³⁶¹ Vgl. GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge I (siehe Fn. 4), Rz. 66 (mit Verweis auf Rs. T-46/97 [SIC, siehe Fn. 303], Rz. 83; siehe ausführlicher unten Punkt IV 3 a ee).

³⁶² GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 34.

³⁶³ Vgl. GA LÉGER, ALTMARK-Schlussanträge II (siehe Fn. 4), Rz. 36 i.V.m. 41.

³⁶⁴ Vgl. HAKENBERG/TREMMELE, EWS 1997, 217, 219.

dann gingen EuGH und EuG – wie bereits in anderen Bereichen – dazu über, rechtsgestaltend tätig zu werden den sich ihnen bietenden Raum, etwa hinsichtlich der Beihilfequalifizierung gemeinwohlgostenausgleichender Maßnahmen, auszufüllen.

Im Bereich der Daseinsvorsorge wirkt sich dies auf alle Daseinsvorsorgenden, d.h. sowohl die Leistungserbringer und deren Wettbewerber als auch diejenigen Stellen, welche andere mit Gemeinwohlpflichten betrauen, gleichermaßen aus. Meist bauen die Entscheidungen von Fall zu Fall aufeinander auf, bis von einer ständigen Rechtsprechung die Rede ist. Diese darf jedoch nicht als Jurisdiktionsautomatismus missverstanden werden³⁶⁵. Einzelfallentscheidungen können daher wohl begründete Ausnahmen darstellen oder bisweilen sogar Paradigmenwechsel auslösen.

Höher als die Berechenbarkeit der Rechtsprechung rangiert somit die Maxime, möglichen Veränderungen in der Lebenswirklichkeit angemessen Rechnung zu tragen. Dass es neben einer „ständigen“ daher auch eine „im Fluss befindliche“ Entscheidungspraxis beider EU-Gerichte gibt, entspricht also der Natur der Sache.

Den *big bang* der europäischen Rechtsprechung zur Finanzierung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen markiert das Ferring-Urteil des EuGH³⁶⁶. Auf Grund dieser Entscheidung gibt es ein „Vorher“ und ein „Nachher“. Die Zeitenwende spiegelt die vorliegende Untersuchung durch die Unterteilung der zu behandelnden Rechtsprechung in eine „ältere“ und eine „neuere“. Schließlich werden im weiteren Verlauf EuGH- und EuG-Urteile dahingehend analysiert, welcher der im vorherigen Abschnitt dargestellten beihilferechtlichen Bewertungsansätze der jeweiligen Entscheidung zu Grunde gelegt wurde.

a) Ältere Rechtsprechung

Angefangen im Jahr 1985 mit seiner ADBHU-Entscheidung³⁶⁷, entwickelte der EuGH eine sich ständig festigende und verfeinernde Jurisdiktionslinie³⁶⁸. Diese reicht - wenngleich einen Wechsel des zu Grunde gelegten Theorieansatzes inbegriffen - letztlich bis zu seinen Entscheidungen in Sachen FFSA³⁶⁹ und SIC³⁷⁰. Neben der Klassifizierung, dass es sich bei Art. 86 Absatz 2 EGV um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung handelt³⁷¹, brachte diese Entschei-

³⁶⁵ Der AdR geht in seiner Stellungnahme von 2001 (siehe Fn. 289), vgl. Ziff. 6.1., 3. Spiegelstrich, sogar so weit, der EuGH- und EuG-Rechtsprechung auf Grund der Einzelfallbezogenheit deren Urteile die Fähigkeit abzusprechen, „für sich genommen“ Rechtssicherheit zu schaffen.

³⁶⁶ Siehe Fn. 2.

³⁶⁷ Siehe Fn. 1.

³⁶⁸ Zur Rechtsprechung des EuGH in den Jahren 1996 - 1998 siehe: HAKENBERG/TREMMEL, EWS 1997, 217 ff. sowie EWS 1999, 167 ff. und für die Jahre 1999 – 2002: HAKENBERG/ERLBACHER, EWS 2001, 208 ff. sowie EWS 2003, 201 ff.

³⁶⁹ FFSA-BESCHLUSS (siehe Fn. 318 und ausführlicher unten Punkt IV 3 a dd).

³⁷⁰ Rs. T-46/97 (SIC, siehe Fn. 116).

³⁷¹ FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 173.

dungspraxis insbesondere folgende drei maßgeblichen Anwendungsvoraussetzungen für jene Vorbehaltssnorm hervor³⁷²:

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

aa) ADBHU (Association de défense des brûleurs d'huiles usagées)

Als erstes Richtung weisendes Urteil in Sachen Daseinsvorsorgefinanzierung gilt die „ADBHU“-Entscheidung des EuGH³⁷³. Darin stellte das Gericht fest, dass diejenigen Zuschüsse keine Subventionen im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EGV darstellten, die einem im Allgemeininteresse beauftragten Unternehmen als *Gegenleistung* für die von diesem entsprechend erbrachten Leistungen gewährt würden³⁷⁴.

Hier handelt es sich um die Urform des Zusammenhangsansatzes. Im Mittelpunkt der Argumentation von Kommission und Ministerrat steht jedoch zunächst das Kriterium „Ausgleich“³⁷⁵. Die Kommission spricht von Zuschüssen „als Ausgleich“ für die [Gemeinwohl-]Verpflichtungen³⁷⁶, der Ministerrat von solchen „für die erbrachte Dienstleistung“³⁷⁷. Auffällig ist der Unterschied zwischen abstrakter (Verpflichtung) bzw. konkreter (Leistung) Betrachtungsmaxime. Für die Bewertung im vorliegenden Fall war er hingegen nicht relevant³⁷⁸. Ergänzend führt die Kommission dann das Kriterium „Gegenleistung“ an, der Ministerrat nicht. Hierbei handelt es sich aber eher um eine attributive Verstärkung als um ein eigenständiges Qualifikationsmerkmal. Dies ergibt die Schlussfolgerung der Kommission, wonach der Ausgleich – zumal als Gegenleistung für erbrachte Dienstleistungen - keine Beihilfe sein könne, wenn er die engen Grenzen seiner sekundärrechtlichen Definition nicht überschreite³⁷⁹.

Demgegenüber postulierte der EuGH den „Gegenleistungscharakter“ als das wahre Beihilfe-Ausschlusskriterium³⁸⁰ und folgte damit den Ausführungen des

³⁷² Siehe RUNDfunk-Mitteilung (siehe Fn. 93), Rz. 29; zumindest die beiden zuerst genannten Kriterien finden sich im ALTMARK-Urteil des EuGH konkretisiert wieder (siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc).

³⁷³ Siehe Fn. 1.

³⁷⁴ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 550, dort Rz. 18. Siehe auch die Ausführungen zum Zusammenhangsansatz oben Punkt IV 2 d.

³⁷⁵ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 543 f., mit Verweis auf Art. 13 der Richtlinie 75/439 vom 16.06.1975, ABl. Nr. L 194/23 ff. vom 25.07.1975.

³⁷⁶ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 543.

³⁷⁷ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 544.

³⁷⁸ Die KOMMISSION selbst scheint im Weiteren nicht ausdrücklich zwischen abstrakter und konkreter Betrachtung zu trennen. Zu dieser Folgerung gelangt man, liest man den unmittelbar anschließenden Absatz im ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 543, wo von „Preis oder [...] Gegenleistung für die [...] erbrachten Leistungen“ die Rede ist.

³⁷⁹ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 543.

³⁸⁰ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 550, dort Rz. 18.

GA Lenz in dessen Schlussanträgen³⁸¹. Verblüffend ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Richter darauf verzichteten, die maßgebliche Ausgleichsdefinition aus der auf Gemeinschaftsrechtskonformität zu prüfenden Richtlinie³⁸² in die Entscheidungsgründe aufzunehmen. Statt dessen verweist der EuGH hier beinahe nebensächlich auf das für die vorliegende Untersuchung gleichermaßen relevante Verhältnismäßigkeitskriterium – der Bestimmung eines *relativen* Höchstbetrags für die Entgeltung des Leistungserbringers. Die von GA Lenz in dessen Schlussanträgen ausführlich zitierte Richtlinienvorschrift besagt, dass die „Zuschüsse [...] die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht übersteigen [dürfen].“³⁸³ Dadurch „sollten den betreffenden Unternehmen Verluste erspart und ihnen ein angemessener Gewinn zugestanden werden, wie ihn ein Betrieb normalerweise abwerfe.“³⁸⁴ Was in diesem Zusammenhang als *angemessener Gewinn* angesehen wird und wie man sich einen entsprechend *normalen Betrieb* vorstellen muss, kann hier (noch) dahingestellt bleiben³⁸⁵.

In ihrer Begründung ist die ADBHU-Rechtsprechung sehr beihilfefreundlich. Das Gegenleistungskriterium gleicht einem Passepartout. Wegen gravierender Missbrauchsmöglichkeiten, etwa durch nachträgliche Gegenleistungsvereinbarungen, bedurfte dieser ursprüngliche Ansatz jedoch deutlicher Modifizierungen³⁸⁶.

bb) Corbeau³⁸⁷

Dieser Rechtsstreit im belgischen Postsektor gab dem EuGH Gelegenheit, sich erstmals mit der Problematik des „cream skimming“ auseinander zu setzen. Ein privater Dienstleister hatte - im Ergebnis EGV-konform - über den Grundversorgungskatalog der staatlichen Postmonopolistin hinausgehende „spezifische“ Leistungen (Abholservice, Terminzustellung etc.) angeboten. Der EuGH sah diese Sonderleistungen als „von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse *trennbar[en]*“ und daher zulässigen Beitrag zum Wettbewerb im Postsektor an, weil sie „*besonderen* Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern“ korrespondierten und „bestimmte *zusätzliche* Leistungen [beanspruchten], die der herkömmliche Postdienst nicht [anbiete].“³⁸⁸ Ließen die Sonderleistungen gleichzeitig das „wirtschaftliche Gleichgewicht“ des Gemeinwohldienstleis-

³⁸¹ Vgl. ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 536.

³⁸² Art. 13 der Richtlinie 75/439 (siehe Fn. 358).

³⁸³ ADBHU-Schlussanträge (siehe Fn. 1), dort Seite 536 (zu Punkt B 1 c).

³⁸⁴ Siehe ADBHU-Urteil (siehe Fn. 1), Seite 544. Dergestalt interpretiert der EuGH die vom Ministerrat in dessen schriftlichen Einlassungen zum Verfahren dargelegte Motivation für die in Art. 13 der Richtlinie 75/439 (siehe Fn. 358) geregelte Zuschussbegrenzung.

³⁸⁵ Da sich die ALTMARK-Entscheidung (siehe Fn. 4) mit ähnlichen Voraussetzungen müht, ist bei deren Behandlung (siehe unten Punkt IV 3 b cc) Raum für eingehendere Erörterungen gegeben.

³⁸⁶ Siehe oben Punkt IV 2 c. Dies zeigt sich am eindringlichsten in der ALTMARK-Rechtsprechung (siehe Fn. 4 sowie unten Punkt IV 3 b cc).

³⁸⁷ Siehe Fn. 121.

³⁸⁸ Siehe zum Ganzen: CORBEAU-Urteil (siehe Fn. 136), Rz. 19. *Hervorhebungen* durch den Verfasser.

den unberührt, sei ein Marktausschluss entsprechender Anbieter nicht zu rechtfertigen³⁸⁹. Mit anderen Worten *müssen* dort dritte Anbieter geduldet werden, wo mangels Leistungskongruenz kein direkter Wettbewerb herrscht und das konkrete Leistungsangebot einen qualitativen Mehrwert darstellt³⁹⁰. Bei auch nur teilweise deckungsgleichem Produktspektrum³⁹¹ muss ein solcher Konkurrent dagegen weichen, soweit die Leistungskongruenz reicht - vorbehaltlich der Regelung des Art. 86 Absatz 2 EGV.

Die fortschreitende Wirtschaftsliberalisierung in Daseinsvorsorge-sektoren wird diesen Schutz vor Wettbewerb voraussichtlich bis auf wenige Ausnahmen reduzieren. Zu denken ist hier etwa an die Zulassung von Wettbewerbern, die einen quantitativen Mehrwert bzw. Ersatz hinsichtlich Daseinsvorsorgeleistungen bewerkstelligen könnten, z.B. in der Versorgung entlegener Gebietsteile mit Postdienstleistungen etc.

Zur Bewertung der Daseinsvorsorgefinanzierung leistet das Urteil nur einen geringen Beitrag. Eine Einordnung in die genannten Theorieansätze muss ausbleiben. Lediglich die hier (noch) ausdrückliche Billigung von Quersubventionen³⁹² ist insoweit wesentlich. Hieraus lässt sich die These ableiten, dass Leistungen der Daseinsvorsorge so lange von damit betrauten, mit besonderen Rechten ausgestatteten öffentlichen Dienstleistern zu erbringen sind, wie dies durch wettbewerbliche Alternativen nicht zu „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“³⁹³ gewährleistet werden kann – auch um den Preis Wettbewerb verzerrender, unternehmensinterner Gegenfinanzierungen³⁹⁴.

Von der dennoch grundlegenden und weitreichenden³⁹⁵ Bedeutung dieses Urteils zeugen vor allem zwei Faktoren. Zum einen ist dies dessen prominente

³⁸⁹ Vgl. CORBEAU-Urteil (siehe Fn. 136), Rz. 19. Nach Auffassung des Verfassers umfasst der vom EuGH geprägte Schlüsselbegriff des „wirtschaftlichen Gleichgewichts“ die in Rz. 17 dieses Urteils ausdrücklich geschilderte - Zulässigkeit von Quersubventionen: „... ist davon auszugehen, dass die Verpflichtung [zur Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge] die *Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen* [des Leistungserbringers] voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs [...] rechtfertigt.“ (*Hervorhebungen* durch den Verfasser.) In späteren Entscheidungen – siehe etwa FFSA-BESCHLUSS (siehe Fn. 318), Rz. 33. – und womöglich die Änderung der TRANSPARENZRL 1980 vorbereitend (siehe Fn. 8) hat der EuGH hiervon allerdings en passant wieder Abstand genommen.

³⁹⁰ Vgl. Ross, ELRev 2000, 22, 24.

³⁹¹ z.B. „die Sammlung, die Beförderung und die Verteilung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle“ (siehe CORBEAU-Urteil [siehe Fn. 136], Rz. 15).

³⁹² Siehe CORBEAU-Urteil (siehe Fn. 136), Rz. 19, „[Wahrung des] wirtschaftliche[n] Gleichgewicht[s] der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.

³⁹³ Vgl. CORBEAU-Urteil (siehe Fn. 136), Rz. 16.

³⁹⁴ GA DARMON kommt im Rahmen seiner Schlussanträge in der Rs. C-393/92 (ALMELO, siehe Fn. 136), Rz. 146, hinsichtlich des Gleichgewichtspassus des EuGH in dessen CORBEAU-Entscheidung (siehe Fn. 136, dort Rz. 17), sogar zu dem Schluss, dass die „Wettbewerbsregeln [quasi in Erweiterung des Tatbestands des Art. 86 Absatz 2 EGV] also nicht nur außer acht gelassen werden [können], wenn sie dem betreffenden Unternehmen die Erfüllung seiner im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben unmöglich machen, sondern auch dann, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht dieses Unternehmens gefährden.“

³⁹⁵ Noch in seinem FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 178, nahm das EuG bestätigend Bezug auf die Corbeau-Rechtsprechung. Siehe hierzu ausführlicher unten Punkt IV 3 a dd.

Erwähnung in den Erwägungsgründen des EP-Protokolls zum Langen-Bericht³⁹⁶. Zum anderen ergibt sie sich aus der klaren Trennung zwischen Standard- und Mehrwertdienstleistungen in ein und demselben - darüber hinaus monopolisierten - Daseinsvorsorgesektor Postdienste. Dies stellte ein absolutes Novum dar. Bis dahin schloss die faktische Abschirmung Daseinsvorsorge leistender Staatsmonopolisten private Wettbewerber realiter aus.

cc) Almelo³⁹⁷

Der niederländische Stromversorgungsmarkt hätte die Kulisse für eine zentrale EuGH-Entscheidung zur Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen sein können³⁹⁸. Statt dessen äußerte der Gerichtshof sich zur Bedeutung und Stellung von Art. 86 Absatz 2 EGV im beihilferechtlichen Gemeinschaftsnormengefüge. Die Zeit scheint noch nicht reif gewesen zu sein, um sich zur Rechtmäßigkeit eines „Ausgleichszuschlags“ zu äußern³⁹⁹.

Wichtiger war dem EuGH die Beurteilung einer Klausel, nach der kommunale Stromversorgungsunternehmen in den Niederlanden die zur Versorgung der Endverbraucher erforderliche Elektrizität ausschließlich bei einem bestimmten regionalen, inländischen Stromversorger beziehen durften. Der Erwerb ausländischer Elektrizitätschancen war - selbst bei Vorliegen infrastruktureller Versorgungserschwerisse im ländlichen Bereich - nicht erlaubt. Der umstrittene Zuschlag sollte die dem Regionalversorger gerade hierdurch verursachten Mehrkosten ausgleichen.

Wegen der zum Urteilszeitpunkt noch nicht sonderlich weit fortgeschrittenen Liberalisierung im Stromversorgungssektor⁴⁰⁰, ist gegen die rein nationale Betrachtung der ausländische Wettbewerber ausschließenden Marktsituation durch den EuGH nichts einzuwenden. Die Berücksichtigung einer grenzüberschreitenden Versorgungsmöglichkeit hätte gleichwohl zu einer Entscheidung über den angegriffenen Ausgleichszuschlag auf der Grundlage zweier nachfolgend dargestellter Kostentragsvarianten führen müssen.

Vorausgesetzt, es bestünde objektiv keine Möglichkeit zum Erwerb ausländischen Stroms, wären die Kommunalversorger *absolut* auf die Leistungen des Regionalversorgers angewiesen. Dieses *homogene Versorgungsverhältnis* wäre frei von natürlichem Wettbewerb und somit ohne Alternativen. Die Belas-

³⁹⁶ Siehe Fn. 15, dort Erwägungsgrund G.

³⁹⁷ Siehe Fn. 121.

³⁹⁸ Lt. GA DARMON wurde der EuGH hier erstmals mit dem Elektrizitätswettbewerb befasst. Siehe ALMELO-Schlussanträge (siehe Fn. 136), Rz. 1.

³⁹⁹ Dies könnte eine Folge der EuGH-Rechtsprechung in Sachen C-225/91 (MATRA), Urteil vom 15.06.1993, Slg. 1993, I-3203, 3256, Rz. 23, sein. Dort heißt es, der Gerichtshof sei „nicht befugt, seine Würdigung der Tatsachen, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, an die Stelle derjenigen des Urhebers der Entscheidung zu setzen.“

⁴⁰⁰ Die ELEKTRIZITÄTSRL (siehe Fn. 73), welche die Schaffung eines Elektrizitätsbinnenmarktes zum Gegenstand hatte, wurde erst Ende 1996 erlassen.

tung der kommunalen Stromversorger mit dem Ausgleichszuschlag wäre daher gerechtfertigt.

Nimmt man hingegen die objektive Möglichkeit an, als Kommunalversorger ausländischen Strom erwerben zu *können*, dies jedoch nur nicht zu *dürfen*, läge lediglich eine *relative* Abhängigkeit vom Regionalversorger vor. Der Wettbewerbsausschluss bei einem somit *inhomogenen Versorgungsverhältnis* wäre künstlich, da faktisch alternative Bezugsmöglichkeiten existierten. Die Erhebung des Ausgleichszuschlags bei den Kommunalversorgern wäre auf Grund des von den Regionalversorgern künstlich selbst verschuldeten Ausschlusses der Versorgungsmöglichkeit also nicht gerechtfertigt.

Der EuGH hätte in dieser Rechtssache auf das Vorliegen eines inhomogenen Versorgungsverhältnisses erkennen müssen, da der grenzüberschreitende Bezug von Strom faktisch möglich gewesen wäre. Der Ausgleichszuschlag wäre somit – ohne Ansehung seiner Berechnung - nicht gemeinschaftsrechtskonform. Eine entsprechende Entscheidung hätte sich jedoch tendenziell auf die seinerzeit anstehende Einleitung von Liberalisierungsregelungen ausgewirkt. Dies wollte der Gerichtshof angesichts der Sensibilität der Materie und der vitalen mitgliedstaatlichen Interessen zunächst jedoch wohl vermeiden.

dd) FFSA (Fédération Française des Sociétés d'Assurances)⁴⁰¹

Die Bewertung der Ausgleichsberechnung war spätestens in der Rechtssache FFSA unumgänglich. So elegant der EuGH eine entsprechende Entscheidung in Sachen Almelo noch hatte vermeiden können, stand die Berechnungsmethode für den Ausgleich von Mehrkosten nunmehr explizit im Mittelpunkt eines Beihilferechtsstreits. Zudem ging es hier um die mögliche Gewährung so genannter Quersubventionen. Der EuGH bestätigte die erstinstanzliche EuG-Rechtsprechung im anschließenden Rechtsmittelverfahren. Er wies mit seinem Beschluss nicht nur die diesem zu Grunde liegenden Beschwerden gegen das EuG-Urteil zurück, sondern erkannte explizit dessen Richtigkeit in der Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts an⁴⁰².

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

⁴⁰¹ FFSA-URTEIL sowie FFSA-BESCHLUSS (beide siehe Fn. 318).

⁴⁰² Siehe stellvertretend FFSA-BESCHLUSS (siehe Fn. 318), Rz. 31. Nach Auffassung des GA JACOBS in dessen Schlussanträgen in der Rs. GEMO (siehe Fn. 3), Rz. 100, könnte man sogar von einer „impliziten Übernahme“ der geänderten Betrachtungsweise des EuG durch den EuGH sprechen.

Abweichend von der ADBHU-Rechtsprechungslinie des EuGH⁴⁰³, qualifizierte das EuG hier die staatlicherseits gewährte finanzielle Begünstigung eines Unternehmens *a priori* und „grundsätzlich [als] eine staatliche Beihilfe“⁴⁰⁴. Damit legte das Gericht den Grundstein für den so genannten Rechtfertigungsansatz⁴⁰⁵ und stellte gleichzeitig das bisherige Bewertungssystem auf den Kopf⁴⁰⁶. Der bis dahin die Einstufung als Beihilfe von vornherein verhindernde mögliche Gegenleistungscharakter einer Finanzhilfe wurde hierbei erst gar nicht berücksichtigt.

Ein Vergleich der Kosten, „die durch die unrentablen Postämter in ländlichen Gebieten verursacht [wurden,] mit den durchschnittlichen Kosten der französischen Postämter“⁴⁰⁷ ergab laut EuG einen objektiven Mehraufwand auf dem Land. Ohne staatlichen Ausgleich dieser gemeinwohlbedingten Mehrkosten wäre der französischen Post die Aufrechterhaltung der Versorgung ländlicher Gebiete mit Postdienstleistung wirtschaftlich nicht weiter zumutbar gewesen. Weil die strikte Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften, insbesondere von Art. 87 Absatz 1 EGV, die Erfüllung der der französischen Post übertragenen besonderen Aufgabe tatsächlich verhindert hätte, war der eng auszulegende Schutzbereich des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV somit eröffnet⁴⁰⁸. Zudem war der aus der Senkung der Steuerbemessungsgrundlage resultierende Betrag der Finanzhilfe niedriger als die ermittelten Mehrkosten⁴⁰⁹. Die staatliche Unterstützung der französischen Post war daher mit Blick auf die Erbringung deren Gemeinwohlleistung letztlich als erforderlich⁴¹⁰ und nachträglich gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV als gerechtfertigt anzusehen⁴¹¹.

Schließlich verneinte das EuG das Vorliegen einer Quersubventionierung wettbewerblicher Tätigkeiten der Begünstigten durch Mittel, die zur Finanzierung daseinsvorsorglicher Pflichterfüllung gedacht waren. Diese sei trotz des Fehlens einer so genannten analytischen Buchhaltung auszuschließen, wenn der

⁴⁰³ Zum „Gegenleistungscharakter als Beihilfe-Ausschlusskriterium“ siehe oben Punkt IV 2 d.

⁴⁰⁴ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 167.

⁴⁰⁵ Siehe oben Punkt IV 2 b. Vgl. auch HAKENBERG/ERLBACHER, EWS 2001, 208, 213 f.

⁴⁰⁶ Die nachhaltigen Auswirkungen dieser geänderten Rechtsprechung zeigten sich nicht zuletzt daran, dass die Kommission den Rechtfertigungsansatz fortan ihrer Beihilfebewertung zu Grunde legte: vgl. 2. DV-MITTEILUNG (siehe Fn. 9), Rz. 26, LAEKEN-Bericht (siehe Fn. 10), Rz. 16 ff., sowie RUNDFUNK-Mitteilung (siehe Fn. 93), Rz. 19.

⁴⁰⁷ FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 106.

⁴⁰⁸ FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 173, mit Verweis auf Rs. C-179/90 (MERCİ CONVENZIONALI PORTO DI GENOVA, siehe Fn. 44), Rz. 26. Darin wurde die Verquickung von Betrauung einerseits und Erfüllungsverhinderung durch Anwendung der EGV-Wettbewerbsnormen andererseits bei gleichzeitiger Nichtbeeinträchtigung des Gemeinschaftsinteresses als notwendige Bedingung für die Anwendbarkeit von Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV formuliert.

⁴⁰⁹ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 114.

⁴¹⁰ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 178: „Vorteile, die [der Leistungserbringer] unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offen stehen, [sind auch bei Zugrundelegung einer ‚globalen Bewertung‘ der wirtschaftlichen Bedingungen] nicht zu berücksichtigen.“

⁴¹¹ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 178 u. 180.

Ausgleichsbetrag den der Mehrkosten nicht übersteige⁴¹². Zentrales Argument war die Ermöglichung der gemeinwohlorientierten Aufgabenerledigung unter „wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“⁴¹³. Mittels einer Analogie zum Corbeau-Urteil sah das EuG die Gewährung staatlicher Finanzhilfen ebenso als zu rechtfertigende, zweckorientierte Maßnahme an, wie den Ausschluss des Wettbewerbs, wenn dies dazu führt, den Daseinsvorsorge Leistenden in die Lage zu versetzen, seiner ihm aufgetragenen Verpflichtung in wirtschaftlich rentabler Weise nachzukommen⁴¹⁴.

Zwar setze die „Erforderlichkeit der Beihilfe eine globale Bewertung der wirtschaftlichen Bedingungen voraus, unter denen das betreffende Unternehmen seine Tätigkeiten auf dem ihm vorbehaltenen Sektor ausübt“, doch müssten „Vorteile, die es unter Umständen aus Sektoren ziehen kann, die dem Wettbewerb offen stehen“ gleichwohl unberücksichtigt bleiben⁴¹⁵. Dies ist ein nur mäßig kaschiertes – wenn auch wettbewerblich zulässiges - Zugeständnis an die Marktmacht der Daseinsvorsorge Leistenden und eine Reminiszenz an die Wettbewerbssituation vor Einsetzen der Liberalisierungsmaßnahmen. Das EuG legitimierte hiermit die Auswahl des Marktführers im jeweiligen Sektor durch die betrauende Stelle, um die Erbringung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicher zu stellen. Im Ergebnis ist dem zu folgen. Gleichzeitig stellt diese Betrachtungsweise jedoch höchste Anforderungen an die Gestaltung und Durchsetzung des seinerzeit bereits bestehenden Transparenzgebots⁴¹⁶.

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

⁴¹² Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 183 u. 188 f.

⁴¹³ FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 177.

⁴¹⁴ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 178.

⁴¹⁵ Vgl. FFSA-URTEIL (siehe Fn. 318), Rz. 178.

⁴¹⁶ Siehe Fn. 8. Zum Zeitpunkt der FFSA-Entscheidungen galt das Transparenzgebot lediglich hinsichtlich der Offenlegung finanzieller Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen und öffentlichen Unternehmen. In den Erwägungsgründen der TRANSPARENZÄNDRL (siehe Fn. 8) wird zwar nicht auf das FFSA-URTEIL Bezug genommen, doch gibt es wenigstens ein Indiz für eine hierauf beruhende Modifizierung der ursprünglichen RL. In Art. 1 Ziff. 4 TRANSPARENZÄNDRL – jetzt geregelt in Art. 1 Absatz 2 lit. TRANSPARENZRL 2006 (siehe Fn. 8) – findet sich die Normierung der *Pflicht zu getrennter Buchführung je nach Geschäftsreich*. Ausgenommen hiervon sind gem. Art. 2 lit. d i.V.m. Erwägungsgrund 15 TRANSPARENZRL 2006 – vormals gem. des durch Art. 1 Ziff. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 7 TRANSPARENZÄNDRL geänderten Art. 2 Absatz 1 lit. d TRANSPARENZRL 1980 (siehe Fn. 8) – allein die exklusiv auf die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen beschränkten Unternehmen.

Überschüssen aus Daseinsvorsorgeleistungen und Defiziten aus Wettbewerbstätigkeiten gegebenenfalls auf eine Erfüllung des Untreuetatbestands hin zu untersuchen.

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

ee) SIC (Sociedade Independente de Comunicação)⁴¹⁷

Gelegenheit zur Bestätigung und Bekräftigung seiner FFSA-Rechtsprechung⁴¹⁸ fand das EuG im Rechtsstreit um finanzielle Vergünstigungen im portugiesischen Fernseh- und Rundfunksektor zu Gunsten des öffentlich-rechtlichen Senderbetreibers. Das Gericht lehnte den von der Kommission angewandten Ausgleichsansatz explizit ab und bestand statt dessen auf der Zugrundelegung des Rechtfertigungsansatzes. Dies resultierte wohl nicht zuletzt aus der recht leichtfertigen Vorgehensweise der Kommission hinsichtlich der Konsequenzen ihrer Ansatzwahl. Auf Grund des staatlicherseits vorgetragenen Ausgleichswillen hinsichtlich der gewährten Vergünstigungen hatte sie von vornherein jeglichen Beihilfecharakter ausgeschlossen⁴¹⁹. Dadurch vermied die Kommission de facto zweierlei: eine Bewertung der Finanzhilfen nach Maßgabe der Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Absatz 1 EGV und gleichzeitig die möglicherweise erforderliche Einleitung eines förmlichen Verfahrens gem. Art. 88 Absatz 2 EGV.

Dem setzte das EuG eine systematisch gestützte Auslegung der Bedeutung der primärrechtlichen Beihilferegeln entgegen. Danach hindere eine staatliche Ausgleichsabsicht keinesfalls die Qualifizierung einer Finanzierungsmaßnahme als Beihilfe⁴²⁰. Vielmehr sei als wesentliches Qualifizierungsmerkmal zu prüfen, ob dem begünstigten Unternehmen eine „wirtschaftliche Vergünstigung“ zuteil wurde, die es unter „normalen Marktbedingungen“ nicht erhalten hätte⁴²¹. Diese Einschätzung entspricht dem Rentabilitätsansatz⁴²² und schlägt sich im Urteil konkret durch das Abstellen des EuG auf das so genannte „Private Creditor Principle“ nieder⁴²³. Der Sachverhaltsprüfung ist im Ergebnis also ein objektiver Beihilfebegriff zu Grunde zu legen, der allein auf die erzielte Wirkung – die Verschaffung eines Vorteils – abstellt und nicht auf Gründe oder Ziele der Maßnahme⁴²⁴.

⁴¹⁷ Siehe Fn. 303.

⁴¹⁸ Siehe ALTMARK-Schlussanträge I (siehe Fn. 4), Rz. 66.

⁴¹⁹ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 75.

⁴²⁰ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 82.

⁴²¹ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 78, mit weiteren Nachweisen zur Urteilshistorie beider Merkmale.

⁴²² Siehe oben Punkt IV 2 a.

⁴²³ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 95.

⁴²⁴ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 83, mit weiteren Nachweisen.

Eine eventuelle Ausgleichsabsicht komme dagegen erst auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Prüfung gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV zum Tragen⁴²⁵. Diese Sichtweise führt demnach zur obligatorischen Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 88 Absatz 2 EGV, wenn der Verdacht einer Beihilfengewährung nicht auszuschließen ist.

ff) Chronopost/UFEX⁴²⁶

Mit seinem Rechtsmittelurteil im Streit konkurrierender Expresszustelldienste stellte der EuGH die Weichen erneut auf Vorfahrt für Gemeinwohldienstleister. Die private Expresszustelldienst-Tochter der französischen Post nutzte deren Vertriebsnetz und gelangte so in den Genuss einer „logistischen und kommerziellen Unterstützung“ der öffentlich-rechtlichen Muttergesellschaft⁴²⁷. Im angefochtenen EuG-Urteil sollte die von der Post-Tochter erbrachte Gegenleistung an „normalen Marktbedingungen“ gemessen werden, zu denen ein privates Unternehmen die Bereitstellung entsprechender Unterstützungsmaßnahmen fakturiert hätte⁴²⁸. Damit bezweckte das EuG eine „Gleichbehandlung des öffentlichen und privaten Eigentümers.“⁴²⁹

Diesen Vergleichsmaßstab lehnte der EuGH jedoch wegen der besonderen Bedeutung von Daseinsvorsorge leistenden (öffentlich-rechtlichen) Unternehmen ab⁴³⁰. Ein Vergleich deren „Situation [...] mit der einer privaten Unternehmensgruppe [...], die keine Monopolstellung hat,“ sei unmöglich⁴³¹. Deshalb entwickelte der EuGH seine SFEI-Rechtsprechung fort, dergemäß eine Vorteilsgewährung dann als gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe zu qualifizieren sei, wenn die hierfür seitens des Begünstigten erbrachte Gegenleistung niedriger als diejenige „Vergütung [für den empfangenen Vorteil] ist, die unter normalen Marktbedingungen gefordert worden wäre.“⁴³² Daran hatte das EuG wohl anknüpfen wollen⁴³³.

⁴²⁵ Vgl. SIC-Urteil (siehe Fn. 303), Rz. 84.

⁴²⁶ Verb. Rs. C-83/01 P (CHRONOPOST SA ./ UFEX u.a.), C-93/01 P (LA POSTE ./ UFEX u.a.) und C-94/01 P (FRANZÖSISCHE REPUBLIK ./ UFEX u.a.), Urteil vom 03.07.2003, Schlussanträge vom 12.12.2002, Slg. 2003, I-6993. Dieses EuGH-Urteil führte zur Aufhebung des vorausgegangenen EuG-Urteils vom 14.12.2000 in der Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 317). Daraufhin wurde das EuG nochmals in dieser Angelegenheit unter demselben Aktenzeichen (Rs. T-613/97 [UFEX u.a. ./ KOMMISSION], Urteil vom 07.06.2006, Slg. 2006, II-1531 – im Weiteren: „zweites“ Urteil) befasst, hauptsächlich um Verfahrensrügen vorzubringen.

⁴²⁷ Die logistische Unterstützung bestand gem. GA TIZZANO, CHRONOPOST-Schlussanträge (siehe Fn. 426), Rz. 40, darin, die Expresspostsendungen anzunehmen, zu sortieren, zu befördern und zu verteilen.

⁴²⁸ Vgl. Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 317), Rz. 76.

⁴²⁹ Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 317), Rz. 77.

⁴³⁰ Vgl. Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 317), Rz. 33 f.

⁴³¹ Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./ KOMMISSION, siehe Fn. 317), Rz. 38.

⁴³² Rs. C-39/94 (SFEI, siehe Fn. 314), Rz. 62. In beiden Rechtssachen (SFEI wie CHRONOPOST/UFEX) waren nahezu dieselben Parteien betroffen. Mit Blick darauf, dass dem SFEI-Urteil keine über die zitierte Feststellung hinausgehende Relevanz für die Entwicklung der vorliegend untersuchten Theorieansätze zukommt, bedarf diese Entscheidung keiner ausführlicheren Einzelwürdigung.

⁴³³ Denselben Anknüpfungspunkt wählte GA TIZZANO in seinen CHRONOPOST-Schlussanträgen (siehe Fn. 426), Rz. 49.

Nunmehr seien die „zwangsläufig hypothetischen normalen Marktbedingungen [...] anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln.“⁴³⁴ Entsprechend judizierte der EuGH im Chronopost-Urteil, dass die vereinbarungsgemäße Gegenleistung neben „*alle[n] variablen Zusatzkosten*, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen *angemessenen Beitrag zu den Festkosten* infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes und eine *angemessene Vergütung des Eigenkapitals*, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit [der Tochter] eingesetzt wird,“ zu umfassen habe⁴³⁵. Des Weiteren dürfen die Berechnungsfaktoren weder zu gering an- noch willkürlich festgesetzt worden sein⁴³⁶.

Im Ergebnis handelt es sich hier um einen bloßen Betragsvergleich, ohne dass eine direkte Subsumtion unter einen der Beihilfetheorieansätze zum Tragen käme. Am nächsten läge noch der Verhältnismäßigkeitsansatz. Doch indem dieser den Ausgleich daseinsvorsorgebedingt entstandener Kosten eines mit der Leistungserbringung Betrauten betrifft, wird gleichzeitig die Frage aufgeworfen, ob sich die Betrauung der französischen Post wohl auch auf ihre private Tochter erstreckt bzw. ob die Expresszustelldienste der Post-Tochter in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht wurden oder werden sollten⁴³⁷.

Darüber hinaus ist die erfolgte Konkretisierung der Bemessungsfaktoren zwar grundsätzlich wesentlich. Dennoch lenkt sie von der tiefergehenden, eigentlich streiterheblichen Liberalisierungsproblematik einer Öffnung der Infrastrukturen von (ehemaligen) Monopolisten ab. Demnach hätte – auch schon seitens des EuG – nicht auf offenkundig rein hypothetischer Grundlage thematisiert werden dürfen, wie viel „ein privater Wirtschaftsteilnehmer *von seiner Tochter*“⁴³⁸ als Gegenleistung für eine entsprechende logistische und kommerzielle Unterstützung verlangt hätte. Denn dass ein privater Wirtschaftsteilnehmer eine dem öffentlichen Postnetz vergleichbare Vertriebsinfrastruktur aufgebaut und dauerhaft unterhalten hätte, entbehrte jedenfalls seinerzeit jeglicher Marktlogik⁴³⁹.

Vielmehr hätte diese Erkenntnis unmittelbar zu der Fragestellung führen müssen, ob ein privater Wettbewerber der Post-Tochter für die Nutzung des Post-Vertriebsnetzes eine gleich hohe oder eine höhere Vergütung hätte entrichten

⁴³⁴ Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./). KOMMISSION, siehe Fn. 317), Rz. 38.

⁴³⁵ CHRONOPOST-Urteil (siehe Fn. 426), Rz. 40. *Hervorhebungen durch den Verfasser.*

⁴³⁶ Vgl. CHRONOPOST-Urteil (siehe Fn. 426), Rz. 40.

⁴³⁷ GA TIZZANO warf diese Möglichkeit in seinen CHRONOPOST-Schlussanträgen (siehe Fn. 426), Rz. 38 f., zumindest ansatzweise auf, indem er mittels Rekurs auf das CORBEAU-Urteil (siehe Fn. 136) des EuGH betonte, dass die Gemeinwohldienstleistung der französischen Post lediglich in dem „als Universaldienstleistung“ zu bezeichnenden „Grundpostdienst“ bestand. Eine Einbeziehung auch des Expresszustelldienstes unterließ er letztlich.

⁴³⁸ Auch GA TIZZANO legt in seinen CHRONOPOST-Schlussanträgen (siehe Fn. 426), Rz. 44, genau diese Sichtweise zu Grunde. *Hervorhebungen durch den Verfasser.*

⁴³⁹ Im Ergebnis so auch GA TIZZANO, CHRONOPOST-Schlussanträge (siehe Fn. 426), Rz. 46 f.

müssen und ob letzteres zu rechtfertigen gewesen wäre⁴⁴⁰. Problematisch war am zu Grunde liegenden Sachverhalt also nicht, dass die Post-Tochter das Vertriebsnetz ihrer Mutter nutzen durfte. Beihilferelevant war vielmehr, dass die öffentlich-rechtliche französische Post ihrer privaten Tochter ihr öffentliches Vertriebsnetz zur Verfügung stellte, um dadurch privaten Konkurrenten ihrer Tochter im freien Wettbewerb gegenüber treten zu können. Darin wäre die – bei ungenügender Gegenleistung wahrscheinliche – Wettbewerbsverzerrung durch Beihilfegewährung zu sehen gewesen. Diese Überlegungen vermied der EuGH hier jedoch.

Kritisch anzumerken bleibt noch, dass im Chronopost-Fall ein öffentlich-rechtliches Monopolunternehmen indirekt von der getroffenen Entscheidung profitierte. Dadurch wird die bereits geäußerte Vermutung genährt, dass zur Sicherstellung der Leistungserbringung in den Sektoren der Daseinsvorsorge - in der Sache wohl zu Recht, mit Blick auf die Wettbewerbsfreiheit jedoch zum Teil nur mit Bedenken - zu Lasten privater Unternehmen auf bereits bestehende Infrastrukturen der (vormaligen) Monopolisten zurückgegriffen wird⁴⁴¹.

Nach Zurückweisung der Rechtssache durch den EuGH traf das EuG hinsichtlich des in der vorliegenden Arbeit gewählten Finanzierungsaspekts zwei Feststellungen: Zum einen qualifizierte es die konzerninterne Übertragung eines bestehenden Kundenstamms auf ein Tochterunternehmen ohne eine entsprechende Gegenleistung desselben als gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfe⁴⁴². Damit hielt das EuG am Rechtfertigungserfordernis einer korrespondierenden Gegenleistung fest, ohne allerdings im Weiteren auf die zwischenzeitlich vom EuGH ausgeurteilten „Altmark-Kriterien“⁴⁴³ abzustellen. Eine klare Zuordnung zu den genannten Beihilfeansätzen muss daher unterbleiben. Relevanter ist dagegen die weiterführende Aussage, dass nicht die Höhe der Finanzhilfe als solche im Verhältnis zu „normalen Marktbedingungen“ für eine Beihilfequalifizierung entscheidend ist. Vielmehr komme es darauf an, ob der erhaltenen Finanzhilfe eine entsprechend gleichwertige Gegenleistung des Beihilfeempfängers gegenübersteht. Ist das der Fall, sind laut EuG die für Wettbewerber geltenden Marktkonditionen kein Bewertungsmaßstab⁴⁴⁴. Dies ist jedoch eine recht bedenkliche und daher abzulehnende Loslösung gemeinwohlorientierter, staatlich(erweise gewährter) Finanzhilfen aus dem konkreten Wettbewerbskontext, da bei Befolgung dieser Sichtweise die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne – also zwischen Leistungserbringer und übrigen Marktteilnehmern – vollständig ausgehebelt würde.

⁴⁴⁰ GA TIZZANO geht in seinen CHRONOPOST-Schlussanträgen (siehe Fn. 426), Rz. 54, zwar kurz auf exakt diese Fragestellung ein, verwirft die weitere Verfolgung jedoch sogleich wegen des anzunehmenden „überst hypothetisch[en] und abstrakt ausfallen[den]“ Prüfungsergebnisses (siehe Rz. 55). Die Zeit war wohl doch noch nicht reif genug für eine entsprechende Konsequenz.

⁴⁴¹ Siehe oben Punkt IV 3 a bb (CORBEAU-Urteil, siehe Fn. 136) a.E.

⁴⁴² Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./). KOMMISSION, siehe Fn. 409), „zweites“ Urteil, Rz. 164 i.V.m. 167 u. 171.

⁴⁴³ Siehe hierzu weiter unten Punkt IV 3 b cc.

⁴⁴⁴ Vgl. Rs. T-613/97 (UFEX u.a. ./). KOMMISSION, siehe Fn. 409), „zweites“ Urteil, Rz. 190.

b) Neuere Rechtsprechung

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

aa) Ferring⁴⁴⁵

Eine Gemeinwohlverpflichtung der Pharmagroßhändler in Frankreich war Gegenstand dieses EuGH-Verfahrens. Die Regelung zielte auf die Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der gesamten französischen Bevölkerung mit Arzneimitteln sowie deren rasche Verfügbarkeit. Demnach hatte jeder Großhändler ein ständiges Arzneimittelsortiment bereitzuhalten, das dem voraussichtlichen Bedarf eines bestimmten geographischen Gebietes entsprach⁴⁴⁶. Für die im Wege des Direktvertriebs mit den Großhändlern konkurrierenden Pharmahersteller bestand dagegen keine vergleichbare, gemeinwohlorientierte Belastung. Zur „Wiederherstellung des Gleichgewichts der [durch die einseitige Verpflichtung verfälschten] Wettbewerbsbedingungen“⁴⁴⁷ zwischen Großhändlern und Herstellern wurde letzteren daher eine Direktverkaufsabgabe aufgebürdet, die zur Finanzierung des französischen Krankenversicherungswesens bestimmt war⁴⁴⁸.

Zunächst erkannte der EuGH in der Nichterhebung einer analogen Verkaufsabgabe auch bei den Großhändlern eine wirtschaftliche Vorteilsgewährung zu deren Gunsten⁴⁴⁹. Die Abgabe könne „dem Grundsatz nach“⁴⁵⁰ als Beihilfe gewertet werden. Die Berücksichtigung der Gemeinwohlverpflichtung der Großhändler schließe die „Beihilfenatur dieser Maßnahme“⁴⁵¹ jedoch dann und soweit aus, als der den Großhändlern durch die Nichtbelastung mit einer Vertriebsabgabe gewährte Vorteil die diesen auf Grund der auferlegten Gemeinwohlverpflichtung entstandenen Zusatzkosten nicht übersteige⁴⁵². Damit folgte der EuGH dem einfachen Rechtfertigungsansatz, ohne aber erkennen zu las-

⁴⁴⁵ Rs. C-53/00, siehe Fn. 2.

⁴⁴⁶ Vgl. FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 24.

⁴⁴⁷ FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 19.

⁴⁴⁸ Vgl. FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 20.

⁴⁴⁹ Vgl. FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 20.

⁴⁵⁰ FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 18.

⁴⁵¹ FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 18.

⁴⁵² Vgl. FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 27 u. 29.

sen, ob er die gewährte Finanzhilfe von vornherein als Beihilfe qualifiziert wissen will.

Unter ausdrücklichem Verweis auf seine ADBHU-Rechtsprechung⁴⁵³ verstand der EuGH die Direktverkaufsabgabe als Ausgleich für den Wettbewerbsvorteil der Pharmahersteller gegenüber den mit gemeinwohlverpflichtungsbedingten Vorhaltekosten belasteten Großhändlern und wertete ihn analog als „Gegenleistung“⁴⁵⁴. Mit seinem Rekurs auf dieses tatbestandausschließende Element entsprach der EuGH im Weiteren dem Verhältnismäßigkeitsansatz⁴⁵⁵. Zu Recht wurde eingewendet, dass dies zu einer Art Systemaufweichung führen könne⁴⁵⁶, wenn die Berücksichtigung nicht normierter Aspekte zur nachträglichen Legalisierung wettbewerbsbeeinträchtigender und somit vertragswidriger öffentlicher Finanzhilfen führt. Dadurch ergebe sich eine Vermengung der Fragen nach der „Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe“ einerseits und nach der „Rechtfertigung der staatlichen Maßnahme“ andererseits, was im Widerspruch zur SIC-Formel der Unbeachtlichkeit eines möglichen staatlichen Ausgleichswillens stehe⁴⁵⁷.

Missverstanden würde der EuGH allerdings, deutete man seine Maßnahmenwertung betragsunabhängig als generell tatbestandausschließend⁴⁵⁸. Zwar wird der die Daseinsvorsorgekosten nicht übersteigende Vorteilsbetrag ausgleichshalber von vornherein nicht als Beihilfe qualifiziert, weshalb eine Sanktionierung gem. Art. 87 Absatz 1 EGV entfällt. Der den Kostenausgleich übersteigende, einer Rechtfertigung bedürftige Mehrvorteil wird hiernach aber gerade nicht vom Schutzbereich des Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV erfasst und ist somit als Beihilfe zu qualifizieren. Diesen Teil der Finanzhilfe einerseits als für die Erbringung der Gemeinwohldienstleistung „nicht notwendig“ anzusehen⁴⁵⁹, ist konsequent und richtig. Aus dieser Einschätzung andererseits jedoch zu folgern, dass eine Beihilfequalifizierung des zu viel Gewährten zu unterbleiben hat⁴⁶⁰, verkennt die Sanktionslogik von EGV und EuGH gleichermaßen.

⁴⁵³ FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 26.

⁴⁵⁴ Vgl. FERRING-Urteil (siehe Fn. 2), Rz. 27.

⁴⁵⁵ Vgl. LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87 EGV, Rz. 6, sowie GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 96.

⁴⁵⁶ Vgl. Rs. 280/00 (ALTMARK, siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 61 u. 79 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. Rs. 280/00 (ALTMARK, siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 76 f. Zum SIC-Urteil siehe Fn. 303 sowie oben Punkt IV 3 a ee.

⁴⁵⁸ So aber GA LÉGER in seinen ALTMARK-Schlussanträgen I (siehe Fn. 4), Rz. 79 ff., 82. Dagegen wendet sich auch NETTESHEIM, EWS 2002, 253, 260 f.

⁴⁵⁹ Rs. 280/00 (ALTMARK, siehe Fn. 4), Rz. 32. Die Notwendigkeitsbedingung findet sich bereits in der Erläuterung des Verhältnismäßigkeitsansatzes (siehe oben Punkt IV 2 b).

⁴⁶⁰ So ausdrücklich Rs. 280/00 (ALTMARK, siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 82.

So kühn der Vergleich einer Abgabenbelastung des einen Marktteilnehmers mit einer Gegenleistung zu Gunsten eines anderen scheint⁴⁶¹, so sehr ist das Bemühen des EuGH anzuerkennen, nach Kräften das Gemeinwohlprinzip schützen und finanzierbar halten zu wollen. Mit seiner Bewertung schuf der EuGH öffentlich betrauenden Stellen nämlich eine Möglichkeit, gemeinwohlnotwendige Dienste gewissermaßen mit einer Vorabzusicherung hinsichtlich des Kostenausgleichs an Leistungserbringer zu delegieren. Diese Art einer in Aussicht gestellten Ausgabenbegrenzung erleichtert es Gemeinwohldienstleistern gleichzeitig, ihrer eigenen Budgetverantwortung nachkommen zu können.

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

bb) GEMO⁴⁶²

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

Der EuGH bejahte die ihm vom französischen Instanzgericht vorgelegte Frage, ob es sich bei der Fleischkaufabgabe um eine staatliche Beihilfe gem. Art. 87 Absatz 1 EGV handele, nach kurzer Prüfung dessen Tatbestandsmerkmale. Hierbei stellte er maßgeblich auf den selektiven Charakter der Abgabenerhebung ab sowie auf die damit verbundene Begünstigung bestimmter Branchenteilnehmer⁴⁶³. Schließlich erkannte der EuGH in der Fleischkaufabgabe zudem eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung. Die Befreiung der Viehzüchter und Schlachthöfe von der Abgabenlast wirke sich „zwangsläufig posi-

⁴⁶¹ Die Gegenleistungsanalogie hinkt insbesondere deshalb, weil die Direktverkaufsabgabe nicht zu Gunsten der mit der Gemeinwohlverpflichtung belasteten Großhändler erhoben wird, sondern allgemein der Finanzierung des öffentlichen Gesundheitssystems zu dienen bestimmt war.

⁴⁶² Rs. C-126/01 (GEMO, siehe Fn. 3).

⁴⁶³ Siehe GEMO-Urteil (siehe Fn. 3), Rz. 35.

tiv“ auf den Fleischpreis aus und begünstige somit offensichtlich die Wettbewerbssituation französischer Fleischexporte in solche EU-Mitgliedstaaten, die Konkurrenten mit entsprechenden Kosten belasten⁴⁶⁴. Deshalb stand der Beihilfecharakter der Fleischkaufabgabe für den EuGH fest.

Eine Rechtfertigung kam aus Sicht des Gerichtshofs nicht in Betracht. Als solche wandte die französische Regierung zwar die gesundheitspolitische Zielsetzung der Abgabe ein⁴⁶⁵. Jedoch verwarf der EuGH dies mittels des Verweises auf seine ständige Rechtsprechung, derzufolge nicht die Gründe und Ziele staatlicher Interventionsmaßnahmen für die Anwendung oder Nichtanwendung von Art. 87 Absatz 1 EGV maßgeblich seien, sondern vielmehr deren Wirkungen⁴⁶⁶. Die öffentliche Betrauung des Sammlungs- und Beseitigungsdienstes als möglicher Rechtfertigungsgrund gem. Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV kam für den EuGH erst gar nicht in Betracht.

Zu Recht verwertete der EuGH nicht die Bemühungen des Generalanwalts um eine Klärung der Anwendbarkeit beider bis dato bekannten Beihilfeansätze⁴⁶⁷. Nach dessen Zusammenhangsansatz hätte die gewährte finanzielle Unterstützung dem Erbringer gemeinwohlorientierter Dienstleistungen zu Gute kommen müssen. Wäre dies als Gegenleistung für eine vorab klar definierte Gemeinwohlverpflichtung geschehen, wäre der Verhältnismäßigkeitsansatz zum Tragen gekommen, andernfalls der einfache Rechtfertigungsansatz. Tatsächlich aber wurden durch die Befreiung von der Abgabenlast bestimmte Leistungsempfänger des öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienstes begünstigt. Der Zusammenhangsansatz konnte daher erst gar nicht zur Anwendung kommen.

cc) Altmark⁴⁶⁸

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

⁴⁶⁴ Vgl. GEMO-Urteil (siehe Fn. 3), Rz. 42 f.

⁴⁶⁵ Siehe GEMO-Urteil (siehe Fn. 3), Rz. 34.

⁴⁶⁶ Vgl. GEMO-Urteil (siehe Fn. 3), Rz. 34, mit Verweis auf Rs. C-241/94 (FRANKREICH ./ KOMMISSION), Urteil vom 26.09.1996, Slg. 1996, I-4551, Rz. 20, sowie Rs. C-382/99 (NIEDERLANDE ./ KOMMISSION), Urteil vom 13.06.2002, Slg. 2002, I-5163, Rz. 61. Vgl. ebenso SIC-Urteil des EuG (siehe Fn. 303), Rz. 83.

⁴⁶⁷ Vgl. GA JACOBS, GEMO-Schlussanträge (siehe Fn. 3), Rz. 114 ff. Ausführlicher zum hier sogenannten Zusammenhangsansatz siehe oben Punkt IV 2 d.

⁴⁶⁸ Rs. C-280/00 (siehe Fn. 4).

sollte die Unterdeckung des privaten Liniendienstbringers seitens der öffentlichen Hand ausgeglichen werden. Zudem bestritt die Klägerin, dass das begünstigte Busunternehmen den geringsten Subventionsbedarf nachgewiesen hätte.

aaa) Gemeinschaftsrechtskonformer Kostenausgleich

Im Kern seiner Urteilsbegründung entwickelte der EuGH seine ADBHU- und Ferring-Rechtsprechung stringent weiter⁴⁶⁹. Ausdrücklich nahm er darauf Bezug⁴⁷⁰ und postulierte so erneut, dass eine staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe dann kein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EGV ist, wenn und „soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.“ Das Ausgleichsmoment hätte nämlich zur Folge, dass die begünstigten Unternehmen „in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die [gewährte Finanzhilfe] somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“⁴⁷¹

Das Nichtvorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Absatz 1 EGV schließt dessen Anwendbarkeit unmittelbar aus. Allerdings machte der EuGH diese Ausschlusswirkung im Weiteren von der vollständigen⁴⁷² Erfüllung der vier folgenden Kriterien abhängig⁴⁷³:

1. Tatsächliche Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Alles, was zu den spezifischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zählt, die vom konkreten Leistungserbringer zu erfüllen sind, muss vor Gewährung der Finanzhilfe „klar definiert“ worden sein. Darüber hinaus ist es notwendig, dass der Dienstleister „tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut“ wurde.⁴⁷⁴

Daraus ergibt sich, dass es weder ausreicht, den Begünstigten mit der Erbringung irgendwelcher Leistungen zu verpflichten, noch, dass ein Unternehmen einfach tätig wird, wenngleich mit Gemeinwohlorientierung⁴⁷⁵. Vielmehr muss es sich ausdrücklich um gemeinwohlorientierte Aufgaben handeln, zu deren Erfüllung der Leistungserbringer ganz konkret bestimmt

⁴⁶⁹ JENNERT, NVwZ 2004, 425, 426, spricht hier im Vergleich zur Ferring-Rechtsprechung von einer „modifizierten Tatbestandslösung“, die er „als dogmatisch fragwürdig und systematisch inkonsequent“ ablehnt (a.a.O., Seite 431). Demgegenüber stellt KÄMMERER, NVwZ 2004, 28, 31, ein Abweichen („kopernikanische Wende“) von der bisherigen Rechtsprechungslinie fest, bezieht sich dabei aber auf die längst verlassene FFSA-Rechtsprechungspraxis.

⁴⁷⁰ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 85 f.

⁴⁷¹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 87.

⁴⁷² Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 94.

⁴⁷³ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 88. Einige der im Weiteren formulierten Vorbehaltspunkte wurden bereits im Rahmen der RUNDfunk-Mitteilung (siehe Fn. 93), Rz. 29, erwogen.

⁴⁷⁴ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 89. So urteilte der EuGH bereits im Jahre 1974 in seiner Entscheidung zu Rs. 127/73 (BRT-II), Urteil vom 27.03.1974, Slg. 1974, 313 ff., Rz. 19/22. Siehe dazu auch NETTESHEIM, EWS 2002, 253, 257.

⁴⁷⁵ Vgl. KOENIG/KÜHLING, ZHR 106 (2002), 656, 672.

wurde⁴⁷⁶. Zudem sollten die Aufgabenbestandteile – zwecks Übersichtlichkeit und Kontrolle – detailliert aufgeführt werden, z.B. in einem Pflichtenheft. Hiermit greift der EuGH die Filterregelung des Zusammenhangsansatzes auf⁴⁷⁷.

2. Parameter für Ausgleichsberechnung

Bereits im Voraus sind die für die Ausgleichsberechnung maßgeblichen Parameter „objektiv und transparent aufzustellen.“⁴⁷⁸ Dies verbietet eine Kostenerstattung bei nachträglicher Feststellung der Nichterbringbarkeit einer Gemeinwohlleistung zu normalen Marktkonditionen⁴⁷⁹. Darin finden sich deutliche Spuren der SFEI- bzw. SIC-Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte⁴⁸⁰, die auf eine spätere Anwendung von Rentabilitätskriterien hoffen lassen.

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

3. Betragshöchstgrenze für Ausgleich

Es gilt das Prinzip der (Nettomehr-)Kostendeckung. Abweichend von seiner FERRING-Rechtsprechung, legte der EuGH hierzu jedoch nicht (mehr) die dem Leistungserbringer tatsächlich entstandenen (Nettomehr-)Kosten zu Grunde. Vielmehr führte er mit dem Abstellen auf ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“⁴⁸¹ einen hypothetischen (Nettomehr-)Kostenmaßstab ein⁴⁸². Entsprechend bestimmt sich die Maximalgrenze für staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfen nach dem, „was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen [...] ganz oder teilweise“ auszugleichen⁴⁸³. Zu berücksichtigen sind dabei jedenfalls im Rahmen der Leistungserbringung erzielte Einnahmen sowie ein daraus

⁴⁷⁶ Im vorliegenden Fall mangelte es dem EuGH in diesem Punkt an Bestimmtheit und Klarheit der mitgliedstaatlichen Normierung, vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 63. Abzugrenzen war hier zwischen „eigenwirtschaftlicher“ und „gemeinwirtschaftlicher“ Leistungserbringung im Sinne des deutschen Personenbeförderungsrechts. Sehr kritisch zum Betrauungskriterium äußert sich JENNERT, NVwZ 2004, 425, 426, der hierin ein unzulässiges „Hinüberziehen“ des entsprechenden Tatbestandsmerkmals aus Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV nach Art. 87 Absatz 1 EGV sieht.

⁴⁷⁷ Siehe oben Punkt IV 2 d.

⁴⁷⁸ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 90.

⁴⁷⁹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 91.

⁴⁸⁰ Vgl. Rs. C-39/94 (SFEI, siehe Fn. 314), Rz. 60 ff., sowie Rs. T-46/97 (SIC, siehe Fn. 116), Rz. 78; zum SIC-Urteil siehe ausführlicher oben Punkt IV 3 a ee.

⁴⁸¹ ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 93.

⁴⁸² Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 12 a.E.

⁴⁸³ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 92.

resultierender, „angemessener Gewinn.“⁴⁸⁴ Wie bereits in seinem FERRING-Urteil⁴⁸⁵ reicherte der EuGH den Verhältnismäßigkeitsansatz erneut mit Rechtfertigungsmerkmalen – z.B. der Nettomehrkosten-Betrachtung – an und hat somit der Forderung nach Wirtschaftlichkeit gemeinwohlorientierter Leistungserbringung Rechnung getragen⁴⁸⁶.

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

4. Auswahl und Ausstattung des Leistungserbringers

In der Regel sollte die Auswahl eines Erbringers gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens erfolgen, um den günstigsten geeigneten Anbieter festzustellen⁴⁸⁷. Ausnahmsweise kann die „Höhe des *erforderlichen* Ausgleichs“ auf der Grundlage einer objektiven Kostenanalyse bestimmt werden⁴⁸⁸. Referenzmaßstab ist ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann.“⁴⁸⁹ Relevant sind demnach diejenigen Kosten, die einem idealen Unternehmen im Rahmen seiner Erfüllung

⁴⁸⁴ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 92.

⁴⁸⁵ Siehe Fn. 315 sowie oben Punkt IV 3 b aa.

⁴⁸⁶ Unterstützt wird der EuGH in seiner modifizierten Rückbesinnung auf den Verhältnismäßigkeitsansatz durch die Kommission (siehe deren mit AUSGLEICHSBEIHLFEENTSCHEIDUNG [siehe Fn. 13] und GEMEIN-SCHAFTSRAHMEN [siehe Fn. 14] geschaffenes Regelungs-Tandem.) sowie durch das Europaparlament (siehe insbesondere den RAPKAY-BERICHT [siehe Fn. 15] und die entsprechende EP-ENTSCHLIEBUNG [siehe Fn. 16]). Siehe auch LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87, Rz. 6, sowie Art. 86, Rz. 28 a.E.

⁴⁸⁷ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 93. Zur problematischen Praktikabilität des vierten Kriteriums siehe u.a. SINNAEVE, ESTAL 2003, 351, 357, TRAVERS, ESTAL 2003, 387, 391.

⁴⁸⁸ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 93. *Kursive Hervorhebung* durch Verfasser.

⁴⁸⁹ ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 93.

betreffender Verpflichtungen entstünden. Zu berücksichtigen sind dabei aber jedenfalls solche Einnahmen sowie ein angemessener Gewinn, die auf Grund der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erzielt werden⁴⁹⁰.

Was unter einem „durchschnittlich, gut geführten Unternehmen“ konkret zu verstehen ist, ließ der EuGH allerdings dahingestellt. Eine Sache ist es, objektive Vergleichsparameter anhand der jeweiligen Branchendurchschnittswerte zu berechnen. Etwas anderes gilt jedoch für das sehr vage „corporate governance“-Kriterium guter Unternehmensführung⁴⁹¹. Hierzu besteht weiterer Konkretisierungsbedarf in künftigen Urteilen.

Der einfache Rechtfertigungsansatz⁴⁹² ist hierin klar erkennbar: in der Fokussierung auf die Erforderlichkeit der auszugleichenden Kosten, in der Anrechnung pflichterfüllungsbedingter Erträge und schließlich in der Postulierung des Ergebnisses als Höchstgrenze staatlich(erseits gewährt)er Finanzhilfen⁴⁹³.

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

bbb) Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht bzgl. ÖPNV

Des Weiteren hatte der EuGH über die Gemeinschaftsrechtskonformität der Liniendienstgenehmigung zu entscheiden. Hierzu prüfte er, ob im vorliegenden Fall die Vorschriften der EWG-Eisenbahnverkehr-Verordnung⁴⁹⁴ oder die allgemeinen bzw. besonderen Beihilfebestimmungen des EGV anzuwenden waren und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen.

⁴⁹⁰ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 93.

⁴⁹¹ Als Bemessungsgrundlage vorstellbar wären hierfür etwa die „OECD-GRUNDSÄTZE DER CORPORATE GOVERNANCE“ von 2004 (siehe unter <http://www.oecd.org/dataoecd/57/19/32159487.pdf>). Diese sind allerdings auf börsennotierte Unternehmen beschränkt und wären demzufolge nur analog anwendbar. Umfassender ausgerichtet – wenngleich knapper formuliert – ist dagegen die japanische „KEIDANREN CHARTER FOR GOOD CORPORATE BEHAVIOR“ von 1996 (siehe unter <http://www.keidanren.or.jp/english/policy/pol052.html> sowie unten Anhang III). Diese zielt u.a. ausdrücklich auf gemeinwohlorientierte Unternehmensführung, bleibt jedoch auf Grund ihrer Knappheit und intendierten Allgemeinverbindlichkeit sehr vage. Dennoch könnten diese Prinzipien im vorliegenden Fall als Maßstab herangezogen werden.

⁴⁹² Siehe oben Punkt IV 2 c.

⁴⁹³ Kritisch u.a. KÄMMERER, NVwZ 2004, 28, 33, der eine „teleologische Reduktion des Beihilfebegriffs“ auszumachen glaubt, die dazu führt, dass fortan für die Beihilfequalifizierung nicht mehr das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung für die Vorteilsgewährung maßgeblich sei, sondern vielmehr, dass „zum Zuwendungszeitpunkt keine marktgerechte Gegenleistung nachgewiesen [werden kann].“ „Rundweg ablehnend“ sogar JENNERT, NVwZ 2004, 425, 427, der hierfür eine „dogmatische unhaltbare Vermengung verschiedener Elemente aus beiden Normen“ ins Feld führt.

⁴⁹⁴ Siehe Fn. 35.

Soweit nach Ansicht des EuGH die Eisenbahnverkehr-Verordnung auf Verkehrsdienstleistungen im ÖPNV anwendbar ist⁴⁹⁵, eröffne diese einem Mitgliedstaat die Möglichkeit, ihre Bestimmungen „nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr anzuwenden“. Vielmehr sei es der nationalen Legislative erlaubt, die Anwendung der Verordnungsvorschriften „auf die Fälle zu beschränken, in denen andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist.“⁴⁹⁶ Daraus folgt, dass die Eisenbahnverkehr-Verordnung auf dem Gebiet gemeinwirtschaftlich erbrachter Verkehrsdienstleistungen vorrangig einschlägig aber nicht zwingend anwendbar ist. Insofern der Regelungsbe- reich dieser sekundärrechtlichen lex specialis des ÖPNV jedoch nicht zur An- wendung kommt, aber auch nur dann, gelten die Beihilfebestimmungen des EGV. Hier stellt Art. 73 EGV im Vergleich zu Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV die speziellere, sektorspezifischere Ausnahmeregelung gegenüber Art. 87 Absatz 1 EGV dar⁴⁹⁷. Zur Anwendung kommt dessen Wortlaut allerdings erst, wenn die staatlich(erseits gewährt)e Finanzhilfe nicht schon über die vorhin erläuterte Kriterien-Quadrige des ALTMARK-Urteils als gemeinschaftsrechtskonform einge- stuft werden konnte⁴⁹⁸. Doch auch mit Hilfe von Art. 73 EGV ist ein Ausgleich von Mehrkosten, die im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Ver- pflichtungen entstanden sind, nicht zu rechtfertigen⁴⁹⁹. Damit folgte der EuGH dem einfachen Rechtfertigungsansatz.

ccc) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Irrelevant ist laut EuGH darüber hinaus die örtliche oder regionale Begrenzung des Tätigkeitsgebiets des Beihilfenempfängers⁵⁰⁰ sowie eine gegebenenfalls relative Geringfügigkeit hinsichtlich Umfang der Beihilfe oder Größe des be- günstigten Unternehmens⁵⁰¹. Die potenzielle innergemeinschaftliche Handels- beeinträchtigung bestehe bereits darin, dass eine gewährte Finanzhilfe dem begünstigten Unternehmen ermögliche, sein Angebot beizubehalten oder aus- zuweiten. Selbst wenn der Beihilfenempfänger ausschließlich in seinem Hei-

⁴⁹⁵ Gemeint sind sogenannte „gemeinwirtschaftliche“. Für sie gilt, dass sie „aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung [...] erforderlich [sind] und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt“ (siehe ALTMARK-Urteil [siehe Fn. 4], Rz. 17 f.). Da- gegen sei die Verordnung nicht auf „eigenwirtschaftlich“ erbrachte Verkehrsdienstleistungen anwendbar (siehe ALTMARK-Urteil, Rz. 62), „deren Aufwand [...] durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenser- träge im handelsrechtlichen Sinne [gedeckt wird]“ (siehe ALTMARK-Urteil, Rz. 15 f.). Im Ausgangsverfah- ren hatte das Bundesverwaltungsgericht allerdings bereits vor Einreichung der Vorlagefragen festgestellt, dass es sich im vorliegenden Fall um eigenwirtschaftliche Leistungen handelte. Möglicherweise bestehen- de Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung, etwa wegen der „Beauftragung“ des Busunternehmens, sind hier jedoch unbeachtlich, da diese insbesondere an der Kernaussage des EuGH-Urteils nichts änder- ten.

⁴⁹⁶ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 64.

⁴⁹⁷ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 103-105 u. 108.

⁴⁹⁸ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 105.

⁴⁹⁹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 109.

⁵⁰⁰ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 77.

⁵⁰¹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 81. Diese Feststellung beruht auf der Einschätzung des GA LÉGER in dessen ALTMARK-Schlussanträgen I, Rz. 127, Unterpunkt 2. Siehe hierzu auch HAKENBERG/TREMMELE, EWS 1999, 167, 171 mit weiteren Nachweisen.

matstaat agiere, erschwere die Beihilfengewährung möglicherweise den Markteintritt ausländischer Verkehrsdienstleister⁵⁰².

ddd) Resümee

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

Den Schlussanträgen des Generalanwalts⁵⁰³ folgte der EuGH nur in Teilen. Bereits in deren erster Fassung findet sich eine harsche Kritik am Ferring-Urteil. Darin habe der EuGH fälschlicherweise zentral auf die Verhältnismäßigkeit zwischen Finanzhilfe und gemeinwohlleistungsbedingten Kosten abgestellt⁵⁰⁴. Notwendig sei vielmehr eine Rückbesinnung auf die frühere FFSA- bzw. SIC-Rechtsprechungslinie⁵⁰⁵. Damit hatte der EuGH seinerzeit die Trendwende hin zum einfachen Rechtfertigungsansatz markiert. Mit Blick auf die grundsätzliche Beihilfebewertung sei die hierin vorgesehene Anrechnung von Erträgen und angemessenem Gewinn auf Grund der Leistungserbringung jedoch verfehlt⁵⁰⁶. Statt dessen verlangte der Generalanwalt eine Brutto-Betrachtung der gewährten Vergünstigung als Beihilfe und kreierte so den „qualifizierten Rechtfertigungsansatz“⁵⁰⁷. Damit glaubte er unter anderem, die im FERRING-Urteil praktizierte Verneinung der Beihilfequalität der gewährten Finanzhilfe verhindern zu können. Diese führe nach seiner Ansicht systemwidrigerweise letztlich zur Umgehung der in Art. 88 Absatz 3 EGV normierten Notifizierungsverpflichtung⁵⁰⁸. Gerade deren Einhaltung sei zur Wahrung wettbewerbsrechtlicher Objektivität jedoch von zentraler Bedeutung⁵⁰⁹.

⁵⁰² Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Rz. 77 f.

⁵⁰³ Dass in der Rechtssache ALTMARK (siehe Fn. 4) gleich zweimal Schlussanträge gestellt wurden, liegt an der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Diese beschloss der EuGH, weil die Beteiligten in Sachen ALTMARK ihre mündlichen Stellungnahmen bereits abgegeben hatten, bevor das Urteil in der Rechtssache FERRING (siehe Fn. 2) ergangen war. Hierauf hatte Generalanwalt LÉGER in seinen Schlussanträgen jedoch rekurriert, so dass die nachträglich ermöglichte Stellungnahme hierzu seitens der ALTMARK-Verfahrensbeteiligten geboten schien. (Siehe auch KÄMMERER, NVwZ 2004, 28, 31 f.) Das wesentliche Modifizierungsmerkmal des sogenannten „qualifizierten Rechtfertigungsansatzes“ erwähnt GA LÉGER in seinen zweiten Schlussanträgen vom 14.01.2003 – siehe ausführlich oben Punkt IV 2 e.

⁵⁰⁴ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 85 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 98.

⁵⁰⁶ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge II, Rz. 43.

⁵⁰⁷ Siehe oben Punkt IV 2 e.

⁵⁰⁸ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 93.

⁵⁰⁹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge II, Rz. 53 ff. Siehe dazu auch VON DER GROEBEN/SCHWARZE (HOCHBAUM/KLOTZ), Art. 86, Rz. 56 a.E.

Als indirektes Ergebnis der generalanwaltlichen Kritik ist zumindest punktuell die bereits erläuterte Kriterien-Quadrige des EuGH zur Vorteilsbewertung zu betrachten. Die in den Schlussanträgen enthaltene Unbestimmtheitsrüge am Gegenleistungsmerkmal des Zusammenhangsansatzes⁵¹⁰ nahm der EuGH zum Anlass zur Konkretisierung des Betrauungskriteriums. Nachweisbar sind hier die vom Generalanwalt genannten Gemeinwohlleistungsmerkmale. Als solche forderte dieser sowohl, dass die „auferlegten Verpflichtungen mit dem Ziel der Dienstleistung von allgemeinem Interesse hinreichend in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen“, als auch, dass diese Verpflichtungen „spezifisch sind und hinreichend konkret festgelegt“ wurden⁵¹¹.

dd) Enirisorse⁵¹²

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

Seiner Entscheidung legte der EuGH den einfachen Rechtfertigungsansatz zu Grunde und begann mit der Prüfung des Art. 87 Absatz 1 EGV. Zunächst bejahte er das Vorliegen staatlicher Mittel, sodann eine zumindest mögliche Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels. Die Prüfung einer seinerzeit drohenden oder realisierten, beihilfebedingten Wettbewerbsverfälschung leitete der EuGH mit einer Zusammenfassung der Anwendungsvoraussetzungen seiner Altmark-Vorteilskriterien ein. Demnach falle eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 87 Absatz 1 EGV, „soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie

⁵¹⁰ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge II, Rz. 86.

⁵¹¹ Vgl. ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4), Schlussanträge I, Rz. 89, mit Verweis auf Rs. C-159/94 (KOMMISSION ./ FRANKREICH), Urteil vom 23.10.1997, Slg. 1997, I-5815.

⁵¹² Verbundene Rs. C-34/01 bis C-38/01 (siehe Fn. 5). Dabei handelt es sich um das vorerst letzte Verfahren mit konkretem Bezug zur Bewertung von Finanzhilfen gemäß einem der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Beihilfeansätze. Lediglich im Urteil zur Rs. T-17/02 (OLSEN ./ KOMMISSION) vom 15.06.2005, Slg. 2005, II-2031, lassen sich die ALTMARK-Kriterien schemenhaft anhand des darin dargestellten Parteivorbringens erkennen (siehe dort Rz. 179 ff.). Das EuG leistete in diesem Zusammenhang jedoch keinen eigenen Beitrag – weder zur Bestätigung der ALTMARK-Rechtsprechung des EuGH (siehe Fn. 4), noch zu deren Einschränkung oder Abwendung hiervon.

gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.⁵¹³

Im vorliegenden Fall mangelte es sowohl an einer tatsächlichen Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen als auch an deren klarer Definition⁵¹⁴. Zudem fehlten hinreichende Angaben über die Ausgleichsberechnung⁵¹⁵. Auch die vorgebliche Geringfügigkeit des Gebührenaufkommens auf Grund nur geringen Warenumschlags im Hafen war nicht relevant⁵¹⁶. Darauf, dass es sich bei der Hafengebühr um eine Existenzsicherungsbeihilfe handelte, ging der EuGH in seinen Urteilsabwägungen nicht weiter ein⁵¹⁷. Schließlich ist die Zielsetzung einer Beihilfegewährung nach ständiger Rechtsprechung unbeachtlich⁵¹⁸.

Die in dieser Rechtssache zuständige Generalanwältin kam zu demselben Ergebnis, machte sich allerdings nicht die Altmark-Vorteilskriterien zu eigen. Als Prüfungsmaßstab zur Subsumtion unter Art. 87 Absatz 1 EGV wählte sie vielmehr das Merkmal „normaler Marktbedingungen“ für die Beihilfegewährung⁵¹⁹. Sodann schloss sie eine „Tatbestandslösung wie im Urteil Ferring“ aus, weil Leistung und Gegenleistung nicht eindeutig definiert und zu identifizieren gewesen seien, weshalb es auch an einem unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang beider fehle⁵²⁰. Diese Vorgehensweise verwundert, zumal es insoweit an jeglichem Rekurs auf das Altmark-Urteil des EuGH mangelt. Einen Mehrwert bzgl. der Beihilfequalifizierung bietet sie jedenfalls nicht.

V. Schlussfolgerungen

Der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gebührt im Kontext des europäischen Beihilfenrechts ein besonderer Stellenwert. Im Zentrum der Diskussion um deren Gemeinschaftsrechtskonformität steht die Bewertung der Angemessenheit des Ausgleichs gemeinwohlsleistungsbedingter Kosten vor dem Hintergrund der spezifischen Wettbewerbssituation⁵²¹. Eine sich daran orientierende Bepreisung von Leistungen der Daseinsvorsorge, die gleichzeitig die Wirtschaftlichkeitskriterien der jeweiligen Betätigungssektoren nicht außer Acht lässt, veranschaulicht in besonde-

⁵¹³ ENIRISORSE-Urteil (siehe Fn. 5), Rz. 31.

⁵¹⁴ ENIRISORSE-Urteil (siehe Fn. 5), Rz. 32-34.

⁵¹⁵ Vgl. ENIRISORSE-Urteil (siehe Fn. 5), Rz. 35-39.

⁵¹⁶ Vgl. ENIRISORSE-Urteil (siehe Fn. 5), Rz. 28.

⁵¹⁷ Vgl. ENIRISORSE-Urteil (siehe Fn. 5), Rz. 24. Dagegen betonte der EuGH – unter Verweis auf die verbundenen Rs. C-261/01 u. C-262/01 (VAN CALSTER u.a.), Urteil vom 21.10.2003, Slg. 2003, I-12249, Rz. 49 u. 65 – ausdrücklich die Relevanz der Finanzierungsmodalitäten einer Beihilfe hinsichtlich deren letzlicher Gemeinschaftsrechtskonformitätsbewertung. Die Unterscheidung zwischen Abgabenerhebung einerseits und Mittelzuweisung andererseits – von der GAin ausführlich thematisiert (siehe Schlussanträge zur Rs. ENIRISORSE [siehe Fn. 5], Rz. 21 ff.) – wirkt sich im Ergebnis aber nicht auf die in der vorliegenden Arbeit thematisierten Beihilfeansätze aus.

⁵¹⁸ Vgl. Rs. T-46/97 (SIC, siehe Fn. 116), Rz. 83.

⁵¹⁹ GAin STIX-HACKL, ENIRISORSE-Schlussanträge (siehe Fn. 5), Rz. 53.

⁵²⁰ GAin STIX-HACKL, ENIRISORSE-Schlussanträge (siehe Fn. 5), Rz. 54-56.

⁵²¹ Vgl. CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 12.

rem Maße, dass „Liberalisierung nicht zum Selbstzweck werden darf.“⁵²² Um eine möglichst wettbewerbskonforme Ausgestaltung der Leistungsbedingungen sowie deren tatsächlicher Durchführung zu gewährleisten, entstand nach und nach eine Art Kriterienkatalog, zu dem die verschiedenen europäischen Institutionen beigesteuert haben. Der Entwicklungsprozess ist auch heute noch nicht abgeschlossen. Dessen derzeit maßgebliche Elemente sind die im ALTMARK-Urteil⁵²³ genannten vier Merkmale zur Qualifizierung einer nicht gemeinschaftsschädlichen Finanzhilfe: 1. Tatsächliche Betrauung, 2. Vorabfestlegung der Ausgleichsparameter, 3. Ausgleichsbetragshöchstgrenze, 4. transparente und faire Auswahl des geeignetsten Leistungserbringers. Diese Beurteilungs-Quadrige veranschaulicht erneut das offenkundige Bemühen des EuGH um eine pragmatische Weiterentwicklung des auf Leistungen der Daseinsvorsorge bezogenen EU-Beihilferegimes zum Zwecke sowohl der Gemeinwohlförderung als auch der Wahrung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften⁵²⁴.

1. Zu den einzelnen Bewertungsansätzen

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

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

Übrig bleiben der einfache Rechtfertigungsansatz sowie der – inzwischen moderat modifizierte – Verhältnismäßigkeitsansatz. Ersterem kommt das Verdienst der Aufrechterhaltung eines generellen Anfangsverdachts unzulässiger Beihilfegewährung zu. Dieser ermöglicht ihm, gewährte oder zu gewährende Vergünstigungen weitestgehend objektiv zu erfassen und zu berücksichtigen. Eindeutig nachteilig wirkt sich jedoch der hierfür erforderliche, hohe Bürokrati-

⁵²² VON DANWITZ, FAZ vom 27.03.2007, Seite 8.

⁵²³ Siehe Fn. 4 sowie oben Punkt IV 3 b cc.

⁵²⁴ Wie bereits im Rahmen der Erläuterungen zum FERRING-Urteil festgestellt, (siehe oben Punkt IV 3 b aa).

tieaufwand auf Seiten der Kommission aus⁵²⁵ – als scheinbar zwangsläufige Konsequenz der gemeinschaftsweit einheitlichen und notwendigen Rechtfertigungsprüfung. Dem Verhältnismäßigkeitsansatz ist demgegenüber zu Gute zu halten, dass er den deutlich pragmatischeren Weg bereitstellt, indem Ausgleichszahlungen, die bestimmte Kriterien erfüllen, von vornherein nicht als unzulässige staatliche Beihilfen gewertet werden. Nach beiden Ansätzen ist ein reiner, d.h. nicht überkompensierender Ausgleich gemeinwohlleistungsbedingter Kosten letztlich aber zulässig⁵²⁶.

Denkt man die beiden unterschiedlichen Betrachtungskonstellationen konsequent zu Ende, führt dies zu einem möglicherweise überraschenden Resultat: Der vermeintlich weniger Bürokratie erfordernde Verhältnismäßigkeitsansatz könnte sich ins Gegenteil verkehren. So hat die Kommission allen Hinweisen – z.B. von Wettbewerbern der Begünstigten oder auf Grund eigener Erkenntnisse – auf eventuell unstatthafte Vergünstigungen nachzugehen. Je mehr Vergünstigungen nicht mehr obligatorisch geprüft werden müssen, weil sie lediglich kostenausgleichshalber gewährt wurden bzw. werden sollen, wäre ein Anstieg an nicht von vornherein auszuschließenden Zweifeln an deren Gemeinschaftsrechtskonformität leicht vorstellbar. Dies gilt – außer bei unangefochtenen und insoweit evtl. problematischen Monopolstellungen⁵²⁷ – sogar unabhängig von der herrschenden Wettbewerbssituation. In Zeiten allgemeiner wirtschaftlicher Prosperität konkurrieren regelmäßig mehr Unternehmen hinsichtlich einer letztlich begrenzten Zahl erbringbarer Gemeinwohlleistungen, während die Dienstleister in schlechteren Zeiten um so erbitterter um mögliche bzw. angestammte Pfründe kämpfen. Andererseits bietet das Regime des einfachen Rechtfertigungsansatzes allen Marktteilnehmern ein solides Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich der Gleichbehandlung gewährter Vergünstigungen. Die zentral bei der Kommission angesiedelte Kontroll- und Entscheidungskompetenz birgt somit einen objektiven und allgemeingültigen Prüfungsmaßstab, der für eine auf die Balance zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlorientierung bedachte Beihilfepraxis unabdingbar ist.

2. Ausblick

Eine künftige, objektive und branchenspezifische Marktpreisevaluierung⁵²⁸ ist für die Kostenausgleichsbewertung sowohl nach Verhältnismäßigkeits- als auch nach einfachem Rechtfertigungsansatz gleichermaßen unverzichtbar⁵²⁹. Mit Blick auf ersteren bedeutete sie die Schaffung des vom EuGH in seinem

⁵²⁵ Vgl. BARTOSCH, NJW 2001, 921, 923.

⁵²⁶ Vgl. GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 98.

⁵²⁷ NICOLAIDES, ESTAL 2003, 183 197 f., zeigt die Möglichkeit zur Aufgliederung von Monopolunternehmen in unterschiedliche Substrukturen, deren Aufgaben zum Teil auch von anderen Marktteilnehmern erbracht werden könnten.

⁵²⁸ Vgl. GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 98, die eine zweifelsfreie Feststellung gemeinwohlleistungsbedingter Mehrkosten für unabdingbar halten.

⁵²⁹ So auch NICOLAIDES, ESTAL 2003, 183 196 f., auf Grund seiner Analyse der Schlussanträge der jeweiligen Generalanwälte in Sachen GEMO (siehe Fn. 3), ALTMARK (siehe Fn. 4) und ENIRISORSE (siehe Fn. 5).

ALTMARK-Urteil geforderten Vergleichsmaßstabs bzgl. der einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“⁵³⁰ im Rahmen dessen Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen entstehenden Kosten. Hinsichtlich des einfachen Rechtfertigungsansatzes könnte diese Datenbasis zu einer Verfahrensstandardisierung und -beschleunigung führen, auf Grund derer der geschilderte bürokratische Aufwand auf Seiten der Kommission bestmöglich reduziert würde.

Gruppenfreistellungsverordnungen kommen für daseinsvorsorgebezogene Ausgleichsmaßnahmen allerdings nicht als geeignetes Regelungsinstrument in Betracht – einerseits nicht, weil der Verhältnismäßigkeitsansatz von der tatbestandausschließenden Wirkung angemessener Ausgleichszahlungen ausgeht, Gruppenfreistellungsverordnungen aber gerade das Vorliegen eines Beihilfetatbestands voraussetzen⁵³¹, und andererseits nicht, weil sie von der gemäß einfachem Rechtfertigungsansatz geltenden, generellen Notifizierungsverpflichtung des Art. 88 Absatz 3 EGV von vornherein ausgenommen sind⁵³².

Diese Wirkungskongruenz beider Ansätze bzgl. der Angemessenheitsbewertung von Ausgleichsmaßnahmen sowie deren letztendlicher Statthaftigkeit auf der Basis des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegimes legt den Schluss nahe, sie vollends miteinander zu verknüpfen⁵³³. Durch seine rechtsfortbildende Aufnahme an Art. 86 Absatz 2 Satz 1 EGV orientierter⁵³⁴ Ausschlusskriterien zum Tatbestand des Art. 87 Absatz 1 EGV hat der EuGH bereits einen Anfang gemacht. Seitens der Kommission wurden mit der Erarbeitung von AUSGLEICHSBEIHILFEENTSCHEIDUNG und GEMEINSCHAFTSRAHMEN ebenfalls erste Schritte in diese Richtung unternommen⁵³⁵. Diese Vorschriften enthalten eine definitive Klärung, einerseits „unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichssysteme mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbar sind und nicht gemäß Arti-

⁵³⁰ ALTMARK-Urteil (siehe Fn. 4 sowie oben Punkt IV 3 b cc 4), Rz. 93.

⁵³¹ Vom Prinzip her ebenso GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 98. Allerdings rechnen sie dem Verhältnismäßigkeitsansatz größere Durchsetzungschancen aus. Da es sich bei Gruppenfreistellungsverordnungen jedoch um Rechtfertigungsvorschriften handelt und diese daher naturgemäß das Bestehen eines Beihilfetatbestands voraussetzen, können sie in diesem Rahmen nicht zur Anwendung kommen. Siehe auch SINNAEVE, EStAL 2003, 351, 361, die eine entsprechende Gruppenfreistellungsverordnung zu Recht lediglich für solche Ausgleichsmaßnahmen einschlägig hält, die den vier ALTMARK-Kriterien nicht genügen.

⁵³² Siehe dazu oben Punkt III 1 a cc ccc.

⁵³³ In diesem Sinne könnte auch CALLIESS/RUFFERT (CREMER), Art. 87 EGV, Rz. 13, verstanden werden, der den „ALTMARK-Ansatz“ befürwortet. Diesem Ansatz als solchem rechnen GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE), Art. 86 EGV, Rz. 98, insgesamt größere Durchsetzungschancen aus. Vgl. auch BARTOSCH, EStAL 2003, 375, 386. Verweise auf weitere Befürworter des vom EuGH modifizierten Verhältnismäßigkeitsansatzes finden sich bei HERRMANN, ZEuS 2004, 415, 440, dort Fn. 143.

⁵³⁴ Vgl. SINNAEVE, EStAL 2003, 351, 357. Siehe auch JENNERT, NVwZ 2004, 425, 426, der das „Hinüberziehen“ jedenfalls des Betrauungsmerkmals für „systematisch inkonsistent“ und folglich ablehnenswert hält. Zur weiteren Diskussion um Prüfungsaufbau bzgl. Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 EGV und der Frage, ob es sich bei letztgenannter Norm um eine „Legalausnahme“ oder einen „Vereinbarkeitstatbestand“ handelt: siehe JENNERT, NVwZ 2004, 425, 428 u. 431, sowie SINNAEVE, EStAL 2003, 351, 359 f. Für den Legalausnahmecharakter von Art. 86 Absatz 2 EGV sprechen sich VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (HOCHBAUM), Art. 90, Rz. 49, sowie LENZ/BORCHARDT (KREUSCHITZ/RAWLINSON), Art. 87, Rz. 43, aus. So auch GRABITZ/HILF (PERNICE/WERNICKE) Art. 86 EGV, Rz. 53, ist Art. 86 Absatz 2 EGV, die mit Blick auf die „Auslegung des Art. 87 i.V.m. 86 Absatz 2 EGV [...] wegen der Einschränkung des Beihilfenbegriffs für den „Tatbestandsansatz“ ausdrücklich von „teleologischer Reduktion“ sprechen.

⁵³⁵ Vgl. HERRMANN, ZEuS 2004, 415, 440. Siehe hierzu oben Punkt III 1 b cc bbb.

kel 88 Absatz 3 EG-Vertrag im Voraus notifiziert werden müssen⁵³⁶ bzw. andererseits „unter welchen Voraussetzungen [...] staatliche Beihilfen [die nicht in den Anwendungsbereich der AUSGLEICHSMITTELBEIHALFENTSCHEIDUNG fallen] gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können“⁵³⁷. Dazu zählen unter anderem Vorgaben hinsichtlich der Berechnung zu berücksichtigender Kosten, Einnahmen sowie der Angemessenheit einer Rendite⁵³⁸.

Welchen weiteren Verlauf die Diskussion um die beihilferechtliche Bewertung staatlich(erseits gewährt)er Ausgleichsmaßnahmen bzgl. daseinsvorsorgebedingter Kosten tatsächlich nehmen wird, bleibt abzuwarten. Letztlich ist aber davon auszugehen, dass alle beteiligten Akteure die Weiterentwicklung zu einem für alle akzeptablen Kompromiss betreiben werden. Dieser sollte einerseits den wettbewerbsbezogenen primär- und sekundärrechtlichen Gemeinschaftsvorgaben genügen, andererseits aber auch in angemessener Weise die mit der Gemeinwohllleistung verbundenen Erbringungs-, Kosten- sowie Ertragsszenarien berücksichtigen. Eine nachhaltig verbesserte Ausgangssituation würde jedenfalls dadurch hergestellt, dass die Vergünstigungen gewährenden (staatlichen) Einrichtungen, sich hierbei von vornherein an einem solchen Ergebnis orientierten und eine gleichermaßen umfassende wie nachvollziehbare Dokumentation zur Mittelvergabe vorhielten.

⁵³⁶ Erwägungsgrund 6 AUSGLEICHSMITTELBEIHALFENTSCHEIDUNG.

⁵³⁷ Ziff. 2 GEMEINSCHAFTSRAHMEN.

⁵³⁸ Vgl. Art. 5 AUSGLEICHSMITTELBEIHALFENTSCHEIDUNG.

Anhang:

I. Relevante Primärrechtsnormen

1. Wortlaut Art. 5 EGV

Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenze der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus.

2. Wortlaut Art. 16 EGV

Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.

3. Wortlaut Art. III-6 VVE – angelehnt an Art.16 EGV (Abweichungen wurden vom Verfasser kursiv hervorgehoben)

Unbeschadet der Artikel III-55, III-56 und III-136 und in Anbetracht des *von allen in der Union anerkannten* Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, *insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art*, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. *Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäische Gesetze festgelegt.*

4. Wortlaut Art. 73 EGV – entspricht Art. III-136 VVE

Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

5. Wortlaut Art. 86 EGV – entspricht Art. III-55 VVE

- (1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.
- (2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.
- (3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.

6. Wortlaut Art. 87 Absatz 1 EGV – entspricht Art. III-56 Absatz 1 VVE

Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

7. Wortlaut Art. 88 Absätze 1 und 3 EGV – entspricht Art. III-57 Absätze 1 und 3 VVE

- (1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.
- (3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.

8. Wortlaut Art. 295 EGV – entspricht Art. III-331 VVE

Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.

9. Wortlaut Art. 36 EGRCh – entspricht Art. II-36 VVE

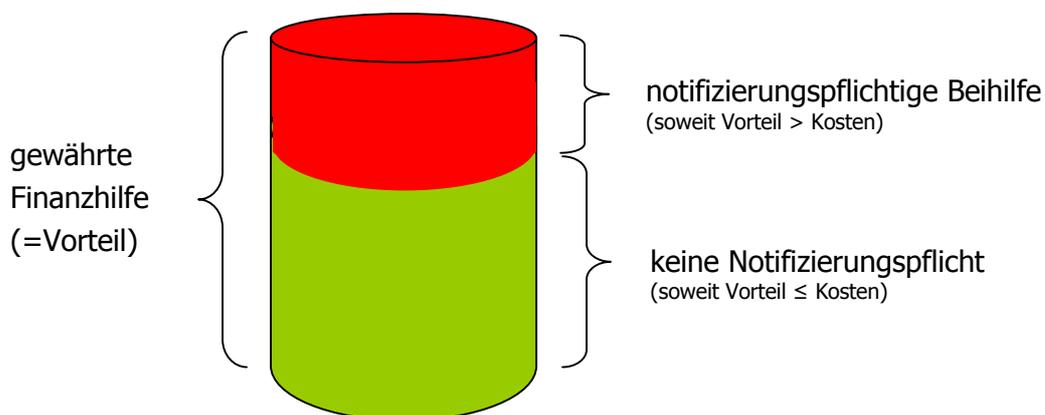
Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.

II. Schemata zur beihilferechtlichen Bewertung öffentlicher Finanzierungshilfen

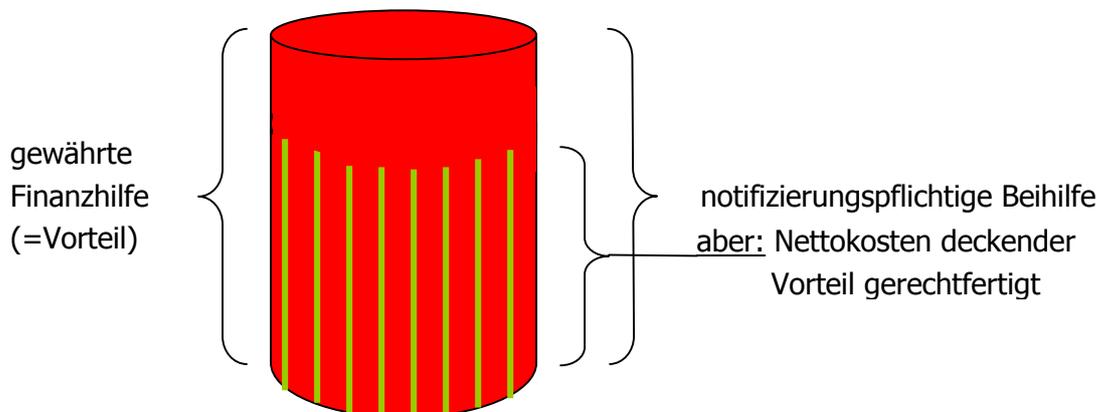
Der Betrachtungsweise zu folgenden schematischen Darstellungen der Theorieansätze liegt die Annahme zu Grunde, dass der Leser sich in die Rolle der Europäischen Kommission hineinversetzt. Wäre ihm unter dieser Voraussetzung ein möglicher Beihilfesachverhalt geschildert worden, könnte er anhand der Schaubilder die gewährte Finanzhilfe in deren wettbewerbsunerheblichen Bestandteil einerseits und den notifizierungspflichtigen Betrag andererseits gliedern.

Ratsam ist ein Vorgehen von links nach rechts und - jeweils rechts vom Zylinder (vor allem bei den Ansätzen 4 und 5) - von unten nach oben.

1. (Ursprünglicher) Verhältnismäßigkeitsansatz



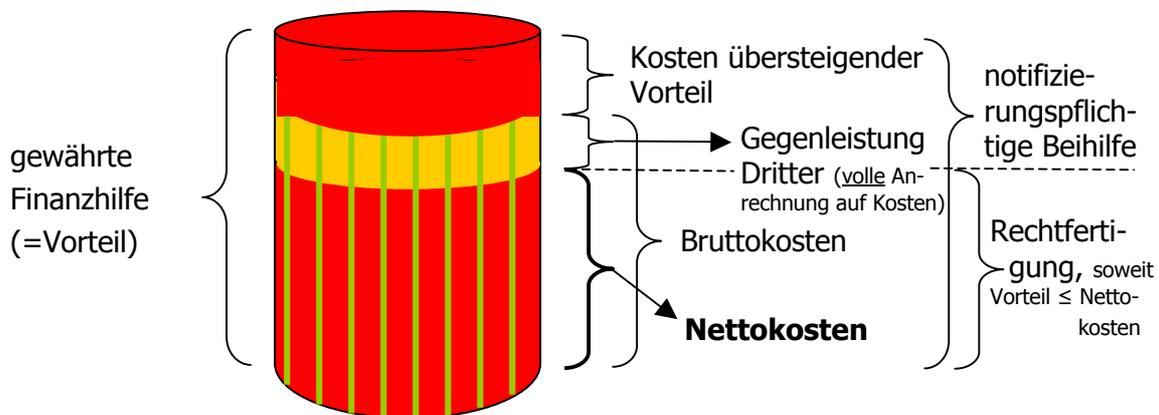
2. Einfacher Rechtfertigungsansatz



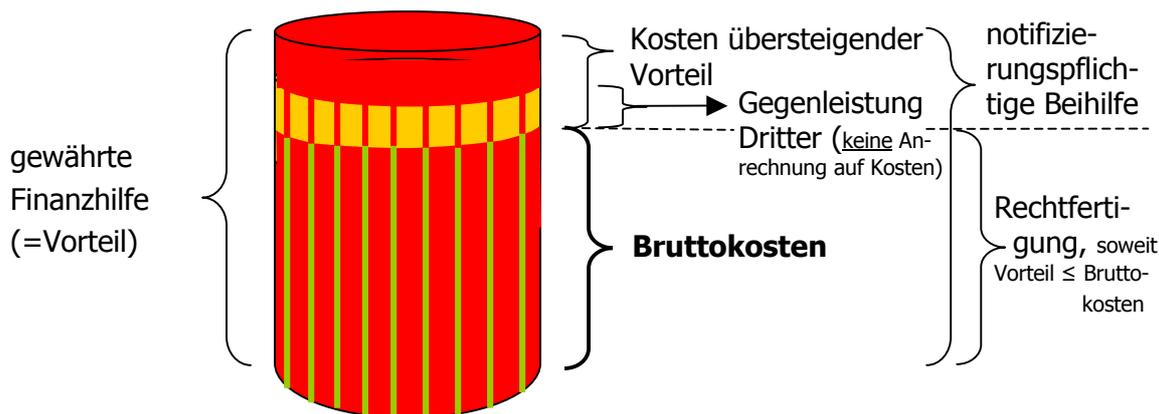
3. Zusammenhangsansatz



4. Verhältnismäßigkeitsansatz unter Einbeziehung (einfacher) Rechtfertigungsmerkmale („Netto-Konzeption“)



5. Qualifizierter Rechtfertigungsansatz („Brutto-Konzeption“)



III. Keidanren Charter for Good Corporate Behavior (17.12.1996)⁵³⁹

Introduction: During the five years that have elapsed since the previous Charter for Good Corporate Behavior was announced, various problems concerning corporate behavior have arisen and public distrust of corporations has intensified. At the same time, the global business environment has undergone major changes, which we list below. Having reviewed corporate behavior in view of these circumstances, Keidanren has decided to revise the Charter of 1991 in order to articulate the kind of corporate behavior that truly enriches and vitalizes civil society as we approach the twenty-first century.

First, because the socioeconomic system that sustained postwar rapid economic growth has reached its limits and has even become a factor constraining future development, concrete action for fundamental reform of the system is required.

Second, as the world becomes increasingly borderless, corporate globalization has taken on a broader dimension. It is now necessary to reassess our corporate behavior from a more global perspective.

Third, the ongoing development of a society of sophisticated information networks has generated new types of problems in corporate ethics. Innovative methods for dealing with these problems must now be found by corporate management.

Forth, the times require that corporate management actively incorporate nature conservation, preservation of the global environment, and philanthropic activities in their business strategies.

Fifth, the coming into force of the Product Liability Law and the amendments to the Commercial Code in connection with the shareholders' representative litigation system require corporations to strengthen self-responsibility and further enhance transparency.

Sixth, as deregulation proceeds, corporations must cease their reliance on government, and actively assume responsibility in their own business activities even in regard to roles hitherto considered the province of the public sector.

These changes require a reassessment of corporate behavior, including relations with consumers, users, shareholders, employees, customers and clients, local communities, and other stakeholders. Corporations, embodying the aims of this Charter for Good Corporate Behavior and resolving to coping with the change, must take the lead in this social reform.

⁵³⁹ KEIDANREN ist der Name des japanischen Verbands der Wirtschaftsorganisationen, Textquelle: <http://www.keidanren.or.jp/english/policy/pol052.html>

Keidanren's member corporations agree and proclaim that they will make the spirit of the following Charter for Good Corporate Behavior the criterion of their corporate behavior.

Provisions: Corporations, in addition to being economic entities engaged in the pursuit of profit through fair competition, must be useful to society as a whole. For this reason, corporations will adhere to the following ten principles; respect the letter and spirit of all laws, whether domestic or foreign, and of international rules, and behave in a socially responsible manner.

1. Corporations will develop and provide socially useful goods and services, giving full consideration to safety.
2. Corporations will engage in fair, transparent, and free competition. They will also maintain healthy and sound relations with politics and government.
3. Corporations will communicate not only with shareholders but also with society as a whole, actively and fairly disclosing corporate information.
4. Corporations recognize that coping with environmental problems is essential to corporate existence and activities and will take a voluntary and resolute approach in dealing with the tasks.
5. Corporations, as good corporate citizens, will actively undertake philanthropic activities.
6. Corporations will strive to make it possible for employees to lead relaxed and enriched lives, guaranteeing a safe and comfortable work environment and respecting employees' dignity and individuality.
7. Corporations will stand firm against antisocial forces and organizations that threaten the order and security of civil society.
8. In overseas operations, corporations will respect the cultures and customs of the hosting society and will manage themselves in a manner that contributes to local development.
9. Corporations' top executives, recognizing that it is up to them to make the spirit of the Charter a reality, will take the initiatives and set an example in seeing that all relevant parties are fully aware of the Charter and in bringing corporate systems into line with it, and will endeavor to cultivate corporate ethics.
10. When the Charter is violated, corporations' top executives will resolve the problem, endeavoring to clarify its causes and prevent its recurrence. They will promptly disclose all relevant information to the public, and will mete out stern punishment upon identifying authority and responsibility, not excluding themselves.