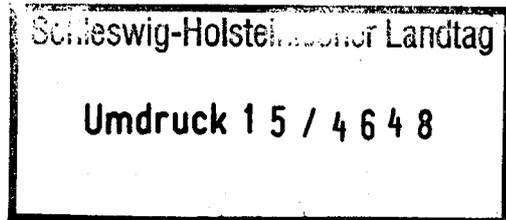




An den Vorsitzenden des Europaausschusses
Herrn Rolf Fischer, MdL

An die Vorsitzende des Innen- und
Rechtsausschusses
Frau Monika Schwalm, MdL

LP
L
L 2



- im Hause -

Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Thema Daseinsvorsorge

Sehr geehrte Frau Schwalm,
sehr geehrte Herren,

in meiner Funktion als Mitglied des Ausschusses der Regionen der Europäischen Union habe ich beiliegenden Vortrag über „Die Rechtsprechung des EuGH zum Thema Daseinsvorsorge“ erhalten, den ich Ihnen mit der Bitte um Kenntnisnahme weiterleite.

Mit freundlichen Grüßen

Ulrike Rodust

39. Europaministerkonferenz,
28.-29. April 2004 in Trier

**Die neuere Rechtsprechung des EuGH
zum Thema Daseinsvorsorge**

Prof. Dr. Ninon Colneric, Luxemburg
Richterin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

Anrede!

Es freut mich, dass Sie mir erneut die Gelegenheit geben, Ihnen die Rechtsprechung des EuGH zu einem wichtigen Thema vorzustellen.

Lassen Sie mich mit einer terminologischen Vorbemerkung beginnen: Der EG-Vertrag kennt in Art. 86 Abs. 2 (vormals Art. 90 Abs. 2) einen besonderen Schutz für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. In Anlehnung an diese Vorschrift wurde in der Praxis der EG der umfassendere Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gebildet. Er bezeichnet nach einer Mitteilung der Kommission aus dem Jahre 1996 marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.¹ Während hier in der englischen Fassung von "services of general interest" und in der französischen von "services d'intérêt général" die Rede ist, wird in der deutschen Fassung der Mitteilung der traditionsreiche Begriff der "Daseinsvorsorge" verwandt.

Ich gehe im Folgenden von diesem Begriff der Daseinsvorsorge aus. Er umfasst sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten als auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten. Erfasst werden also auch Tätigkeiten, die nicht darin bestehen, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

Für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist die Interpretation, die der EuGH den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln gibt, von großer Bedeutung.

Das betreffende Kapitel des EG-Vertrages enthält einerseits Vorschriften für Unternehmen und andererseits Bestimmungen über staatliche Beihilfen. Ich werde im Folgenden auf beide Bereiche eingehen.

Der Einfachheit halber werde ich in den Entscheidungen, die sich auf Fassungen des Vertrages mit der alten Nummerierung beziehen, durchgängig die neue Nummerierung verwenden. In der schriftlichen Fassung meines Vortrags sind diese Ersetzungen durch eckige Klammern gekennzeichnet.

I. Unternehmensrecht

Das Unternehmensrecht stand im Zentrum mehrerer Rechtsstreitigkeiten zwischen Pharma-Unternehmen einerseits und dem AOK Bundesverband und anderen Kassenverbänden der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung andererseits. Sie betrafen die Festsetzung von Höchstbeträgen für die Kostenübernahme von Arzneimitteln. Die Kassenverbände sind gesetzlich dazu verpflichtet, solche Höchstbeträge für Gruppen von Arzneimitteln festzusetzen, die der Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen ausgewählt hat. Mehrere Pharma-Unternehmen wollten die Anwendung der Höchstbeträge auf ihre Produkte verhindern. Sie beriefen sich auf das Kartellverbot des Artikels 81 Abs. 1 EG. Verboten sind danach unter anderem Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

¹ ABl. C 281 vom 26.9.1996, S. 3

Das Oberlandesgericht Düsseldorf und der Bundesgerichtshof legten dem EuGH im Rahmen dieser Rechtsstreitigkeiten eine Reihe von Fragen vor. Es ging im Kern darum, ob die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages Zusammenschlüsse von Krankenkassen daran hindern, Festbeträge festzusetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten von Arzneimitteln übernehmen.

Vorab war die Frage zu lösen, ob die Kassenverbände als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne des Artikels 81 EG anzusehen sind, wenn sie die besagten Festbeträge festsetzen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff Unternehmen im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Hieran anknüpfend führte der Gerichtshof in dem Streit um die Höchstbeträge Folgendes aus:

Die Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland wirken an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mit. Sie nehmen eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Die Krankenkassen sind gesetzlich verpflichtet, ihren Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind. Außerdem sind sie zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen, die es ihnen ermöglicht, untereinander einen Kosten- und Risikoausgleich vorzunehmen. So erfolgt ein Ausgleich zwischen den Krankenkassen mit den niedrigsten Gesundheitsausgaben und den Krankenkassen mit höheren Ausgaben.

Der Gerichtshof folgerte hieraus, dass die Krankenkassen weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen konkurrieren. Ihre Tätigkeit sei nicht wirtschaftlicher Art.

Der Spielraum, über den die Krankenkassen verfügen, um ihre Beitragssätze festzulegen und einander einen gewissen Wettbewerb um Mitglieder zu liefern, ändere nichts an dieser Feststellung.

Die Krankenkassen seien, da ihre Tätigkeit nicht wirtschaftlicher Art sei, keine Unternehmen im Sinne der Artikel 81 und 82 EG.

Es lasse sich jedoch nicht ausschließen, dass die Krankenkassen und die Kassenverbände außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. In einem solchen Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen möglicherweise als Beschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen anzusehen.

Der Gerichtshof prüfte deshalb, ob die Festsetzung der Festbeträge durch die Kassenverbände zu den von Krankenkassen wahrgenommenen Aufgaben rein sozialer Art gehört oder ob sie über diesen Rahmen hinausgeht und eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art darstellt.

Hierzu stellte er fest, dass die Kassenverbände bei der Festsetzung der Festbeträge nur einer Pflicht nachkommen, die ihnen das Gesetz auferlegt, um den Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit sicherzustellen. Die Kassenverbände verfolgten hierbei kein eigenes Interesse, das sich von der rein sozialen Aufgabe der Krankenkassen trennen ließe.

Der Gerichtshof gelangte daher zu dem Schluss, dass Zusammenschlüsse von Krankenkassen wie die deutschen Krankenkassenverbände keine Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften sind, wenn sie die Höchstbeträge festsetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten von Arzneimitteln übernehmen.

Ein im Urteil nicht erwähntes Gegenbeispiel für eine unternehmerische Tätigkeit eines Kassenverbandes wäre etwa der Betrieb eines Cafés in dem Gebäude des Kassenverbandes.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf und der Bundesgerichtshof hatten den EuGH auch zur Auslegung des Artikels 86 Absatz 2 EG befragt. Nach dieser Bestimmung gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nur soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Da der EuGH schon die Unternehmenseigenschaft verneinte, musste er sich jedoch mit dieser Norm nicht auseinandersetzen.

Das Urteil des Gerichtshofs zu den Höchstbeträgen der Kostenübernahme wurde am 16. März 2004 verkündet.² Nahezu zeitgleich erging ein Beschluss, mit dem das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde eines privaten Versicherers gegen die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze durch das Beitragssatzsicherungsgesetz nicht annahm.³ In diesem Beschluss wird die These verworfen, dass zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung ein Konkurrenzverhältnis besteht, in dem die Sozialversicherung einen Teil monopolisiert. Es heißt in der betreffenden Passage: "Von der privaten Versicherung, die auf dem Äquivalenzprinzip einerseits und dem Kapitaldeckungsprinzip andererseits sowie der Bildung altersabhängiger Risikogemeinschaften beruht, unterscheidet sich die Sozialversicherung ganz wesentlich durch das fehlende Gewinnstreben und die zahlreichen Komponenten des sozialen Ausgleichs, wie sie etwa in der beitragsfreien Mitversicherung von Familienmitgliedern, der Umlagefinanzierung und der Bemessung der Beiträge nach dem Entgelt zum Ausdruck kommen." Die Parallelität zwischen dieser Argumentation und der des EuGH ist so erstaunlich, dass ich gefragt worden bin, ob dem EuGH der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vorlag. Die Beratung in der Sache AOK Bundesverband war jedoch schon abgeschlossen, als der Karlsruher Beschluss zur Versicherungspflichtgrenze bekannt gegeben wurde.

II. Beihilfenrecht

Der Abschnitt des EG-Vertrages über Unternehmen und der über Beihilfen haben eine gemeinsame Schwäche: es fehlt an einer Legaldefinition des zentralen Begriffs.

Gemäß Art. 87 Abs. 1 EG sind, soweit nicht spezielle Vorschriften des EG-Vertrages eingreifen, 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Begriff der Beihilfe wird durch diese Vorschrift nicht definiert, sondern von ihr vorausgesetzt. Es wird eine Regelung für Beihilfen einer bestimmten Art getroffen. Was aber sind Beihilfen? Und umgekehrt: Wann liegt keine Beihilfe vor?

² AOK Bundesverband u.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

³ Beschluss vom 4. Februar 2004 - 1 BvR 1103/03 -.

Die Frage ist von großer praktischer Tragweite: Nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission jede beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen zu notifizieren. Der betreffende Staat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dies auch dann, wenn es um eine Beihilfe für ein Unternehmen geht, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist.⁴

Um die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Beihilfebegriff zu verstehen, empfiehlt sich ein Blick in die Vergangenheit. Die Richtlinie über die Altölbeseitigung aus dem Jahre 1975⁵ gestattet den Mitgliedstaaten, Unternehmen einen Zuschuss als Ausgleich für die ihnen auferlegte Verpflichtung zu gewähren, in bestimmten Bezirken von Altölbesitzern angebotene Altöle zu sammeln und/oder zu beseitigen. Dieser Zuschuss darf die ungedeckten, tatsächlich festgestellten jährlichen Kosten der Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht übersteigen. Im Fall ADBHU hatte der Gerichtshof darüber zu befinden, ob die betreffenden Bestimmungen der Richtlinie über die Altölbeseitigung mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages vereinbar waren. Die Kommission stellte sich damals auf den Standpunkt, dass die Zuschüsse auf jeden Fall nur als Preis oder Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen verstanden werden können. Der Gerichtshof griff diese These auf und entschied 1985, dass es sich bei den Zuschüssen nicht um Beihilfen im Sinne der Artikel [87 ff. EG] handele, sondern um die Gegenleistung für die von den Unternehmen erbrachten Leistungen.⁶

Das Gericht erster Instanz folgte später in seinen Urteilen FFSA⁷ und SIC⁸ einer anderen Theorie. Danach hat der Umstand, dass die staatlichen Stellen einem Unternehmen einen finanziellen Vorteil zum Ausgleich für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gewähren, keine Auswirkung auf die Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe. Er ist lediglich bei der Frage zu berücksichtigen, ob die Maßnahme wegen der Sonderrregel für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

Der EuGH folgte dieser Auffassung nicht. Er legte im November 2001 bei der Entscheidung des Falls Ferring⁹ erneut die Gegenleistungstheorie zugrunde. Es ging um eine steuerliche Vergünstigung für Arzneimittelgroßhändler in Frankreich. Nach französischem Recht sind diese verpflichtet, ständig ein dem Bedarf eines bestimmten geografischen Gebietes entsprechendes Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel innerhalb dieses Gebietes zu gewährleisten. Für Pharmahersteller gelten solche Pflichten nicht. Um die Bedingungen des Wettbewerbs zwischen den Pharmaherstellern und den Arzneimittelgroßhändlern auszugleichen, wurde von den Pharmaherstellern eine Abgabe auf Direktverkäufe erhoben.

Der EuGH stellte fest, dass die Tatsache, dass die Großhändler der Direktverkaufsabgabe nicht unterliegen, einer Abgabenbefreiung zu ihren Gunsten gleichsteht. Sehe man von den gemeinwirtschaftlichen Pflichten ab, könne die Direktverkaufabgabe als solche, da sie bei den Großhändlern nicht erhoben wird, eine staatliche Beihilfe darstellen. Es sei jedoch zu prüfen, ob

⁴ Urteil vom 15. März 1994, Banco exterior de España, Slg. 1994, I-877, Randnr. 17.

⁵ Richtlinie 75/439/EWG des Rates vom 16. Juni 1975 über die Altölbeseitigung, ABl. L. 194, S. 23.

⁶ Urteil vom 7. Februar 1985, ADBU, 240/83, Slg. 1985, 531, Randnr. 18.

⁷ Urteile vom 27. Februar 1997, T-106/95, Slg. 1997, II-229.

⁸ Urteil vom 10. Mai 2000, T-46/97, Slg. 2000, II-2125.

⁹ Urteil vom 22. November 2001, C-53/00, Slg. 2001, I-9067.

die Einstufung dieser Regelung als Beihilfe wegen der besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten der Großhändler auszuschließen sei. Der EuGH rief den Altöfall ADBHU in Erinnerung und erklärte, soweit die Abgabe den tatsächlich den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspreche, könne die Nichterhebung der Abgabe bei ihnen als Gegenleistung für die erbrachten Leistungen und damit als Maßnahme betrachtet werden, die keine staatliche Beihilfe darstelle. Im Übrigen würden die Großhändler unter dieser Voraussetzung ja auch keinen Vorteil im Sinne des Artikels [87 Abs. 1 EG] genießen. Soweit die Vergünstigung die sich aus der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten übersteige, sei sie dagegen auch durch die Sonderregelung für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nicht gedeckt.

Das Urteil im Fall Ferring, das eine Kammerentscheidung war, erregte großes Aufsehen und löste heftige Kontroversen aus.

Wegweisend für die weitere Entwicklung waren die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs im Fall GEMO.¹⁰ Diesmal ging es um die Tierkörperbeseitigung in Frankreich. Dort gab es einen öffentlichen Dienst der Sammlung und Verwertung von Tierkörpern und gefährlichen Schlachtabfällen. Er wurde von privaten Tierkörperverwertungsunternehmen durchgeführt, deren Dienstleistungen vom Staat nach öffentlicher Ausschreibung im Rahmen von Verträgen vergütet wurden. Die Finanzierung erfolgte durch eine Abgabe auf den Kauf von Fleisch, die hauptsächlich von Supermärkten im Fleischeinzelhandel erhoben wurde. Die Inanspruchnahme des Tierkörperbeseitigungsdienstes war für die Hauptbegünstigten, nämlich die Viehhalter und die Schlachthöfe, einerseits zwingend und andererseits unentgeltlich. Klägerin des Verfahrens war ein Supermarktunternehmen, das die Rückerstattung der Fleischkaufabgabe verlangte. Dem Gerichtshof wurde die Frage vorgelegt, ob diese Abgabe als Beihilfe angesehen werden kann.

Generalanwalt Jacobs prüfte vorab, ob eine staatliche Beihilfe zugunsten der Viehhalter und Schlachthofbetreiber vorliegt. Er bejahte dies. In zweiter Linie untersuchte er die Frage, ob die Zahlungen, die die Tierkörperverwertungsunternehmen für die Durchführung des Tierkörperbeseitigungsdienstes vom Staat erhalten, eine staatliche Beihilfe zu ihren Gunsten darstellen.

In diesem Rahmen listete er die Hauptargumente für und gegen die Gegenleistungstheorie auf, die er Ausgleichsansatz nennt. Für diesen Ansatz spricht beispielsweise, dass ja auch die Vergütung, die der Staat zahlt, wenn er für seinen Bedarf Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, nicht als Beihilfe betrachtet wird, soweit sie nicht über das angemessene Maß hinausgeht. Warum sollte etwas anderes gelten, wenn der Staat gegen Entgelt Dienstleistungen in Anspruch nimmt, die der Allgemeinheit gegenüber zu erbringen sind? Ein starkes Argument gegen den Ausgleichsansatz ist Artikel 73 EG, der sich in dem Titel des EG-Vertrages über den Verkehr befindet. Mit dem EG-Vertrag vereinbar sind nach dieser Vorschrift unter anderem "Beihilfen, die (...) der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen". Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen den Tatbestand der Beihilfe nicht entfallen lässt.

Jacobs zog aus der Gesamtschau der Argumente den Schluss, dass weder der Ausgleichsansatz noch die ihm entgegengesetzte Konzeption, die er als Beihilfenansatz bezeichnet, in allen Fällen eine ideale Lösung bietet. Es sei deshalb nach einer Lösung zu suchen, nach der eine Ansatz für eine Kategorie von Fällen und der andere Ansatz für eine andere Kategorie gilt.

¹⁰ C-126/01, Schlussanträge vom 30. April 2002.

Die erste von Jacobs vorgeschlagene Kategorie umfasst Fälle, in denen die 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. Diese Fälle sollten nach dem Ausgleichsansatz beurteilt werden.

Die zweite von Jacobs gebildete Kategorie betrifft Fälle, in denen nicht von Anfang an klar ist, dass die Finanzierung durch den Mitgliedstaat eine Gegenleistung für genau definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen soll. In diesen Fällen ist der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich, oder die Gemeinwohlverpflichtungen sind nicht klar definiert. Diese Fälle sollten nach dem Beihilfenansatz beurteilt werden.

Für die von ihm vorgeschlagene Unterscheidung führte Jacobs unter anderem ins Feld, dass sie der Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wie sie in Artikel 16 EG und Artikel 36 der EU-Grundrechtecharta anerkannt ist, angemessenes Gewicht verleiht und gleichzeitig die Gefahr einer Umgehung der Vorschriften über staatliche Beihilfen vermeidet.

Kurz vor der Verkündung der Schlussanträge im Fall GEMO hatte sich Generalanwalt Léger im Fall Altmark Trans nachdrücklich dafür eingesetzt, dem Urteil Ferring nicht zu folgen.¹¹ Diese Entwicklungen veranlassten das Plenum des Gerichtshofs, die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Fall Altmark Trans anzuordnen. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Mitgliedstaaten, die Kommission und der Rat wurden gebeten, sich zu der Frage zu äußern, ob - und nach welchen Kriterien - ein finanzieller Vorteil, den die Behörden eines Mitgliedstaats gewähren, um gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auszugleichen, die sie einem Unternehmen auferlegen, als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist.

Dem Fall Altmark Trans lag ein komplexer Rechtsstreit aus dem Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs zugrunde, auf dessen Einzelheiten ich hier nicht eingehen möchte. Zum Ausgangsrechtsstreit nur so viel: Es ging es um den Vorwurf eines Nahverkehrsunternehmens, dass die der konkurrierenden Firma Altmark Trans erteilten Genehmigungen für Liniendienste mit Bussen rechtswidrig seien, da Altmark Trans ohne öffentliche Zuschüsse nicht hätte überleben können.

Der Gerichtshof bestätigte in diesem Fall den Kurs, der mit den Rechtssachen ADBHU und Ferring eingeschlagen worden war¹². Aus dieser Rechtsprechung folge, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter [Art. 87 Abs. 1 EG] fällt, 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.

Ein derartiger Ausgleich sei im konkreten Fall allerdings nur dann keine staatliche Beihilfe, wenn vier vom vorlegenden Gericht zu prüfende Voraussetzungen erfüllt seien:

Erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssten klar definiert sein.

Zweitens müssten die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet werde, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden.

¹¹ Schlussanträge vom 19. März 2002, C-280/00, Slg. 2003, I-7757, Randnr. 73 ff.

¹² Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00.

Drittens dürfe der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.

Und viertens sei die Höhe des Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolge, auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen seien.

Die vierte Voraussetzung ist gegenüber den Überlegungen, die Jacobs angestellt hatte, ein Novum. Sie erklärt sich aus der Überlegung, dass der Ausgleichsansatz keinen Freiraum für eine Bezuschussung ineffizienter Unternehmen schaffen soll, die sich notwendig verzerrend auf den Markt auswirkt.

So viel zum Fall Altmark Trans.

Der Fall GEMO, der durch die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs so wichtig für die Entwicklung des Beihilfenrechts gewesen war, wurde vom EuGH letztlich ohne Rückgriff auf den Ausgleichsgedanken entschieden.¹³ Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass eine Regelung wie die in Frankreich geltende, die die Sammlung und Beseitigung von Tierkörpern und Schlachthofabfällen ohne Kostenbelastung der Viehzüchter und Schlachthöfe vorsieht, als staatliche Beihilfe zu deren Gunsten anzusehen ist. Ob eine staatliche Beihilfe zugunsten der Tierkörperverwertungsunternehmen vorlag, musste deshalb nicht mehr geprüft werden.

Hinweise dazu, wie der EuGH die Kriterien der Altmark Trans-Entscheidung im Einzelfall beurteilt, sind der Entscheidung des Gerichtshofs im Fall Enirisorse¹⁴ zu entnehmen. Es ging um den folgenden Sachverhalt: In fünf italienischen Häfen, darunter Cagliari, wurden durch Gesetz öffentliche Unternehmen errichtet, die dem Ministerium für die Handelsmarine unterstehen und unter anderem damit betraut sind, die technischen Einrichtungen für das Verladen und Entladen sowie die staatlichen Lagerhäuser zu verwalten. Das Aufkommen aus einer Hafengebühr, die auf dort ver- und entladene Waren erhoben wird, steht zu zwei Dritteln diesen Unternehmen zu. Die Firma Enirisorse ver- und entlud im Hafen von Cagliari Waren, ohne die Leistungen des in diesem Hafen tätigen öffentlichen Unternehmens in Anspruch zu nehmen. Enirisorse lehnte die Zahlung der Hafengebühr ab. Der Gerichtshof wurde in diesem Fall unter anderem dazu befragt, ob die Zuweisung eines erheblichen Teils der Hafengebühr an die öffentlichen Hafenernehmer als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist.

Der Gerichtshof stellte fest, dass der Betrieb eines Verkehrshafens nicht ohne weiteres die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben umfasst. Aus den Akten sei nicht ersichtlich, dass die öffentlichen Hafenernehmer mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut worden wären und erst recht nicht, dass diese klar definiert worden wäre.

Zu den Ausgleichsparametern hatte die italienische Regierung vorgetragen, die Zuweisung eines erheblichen Teils der Hafengebühr an die öffentlichen Hafenernehmer zusätzlich zu den von diesen erhobenen Gebühren sei erforderlich, um diese Gebühren auf einer für die Wirtschaftsteilnehmer erträglichen Höhe zu halten. Außerdem ermögliche eine solche Zuweisung die Aufrechterhaltung des Betriebs der betreffenden Häfen.

¹³ Urteil vom 20. November 2003 - C-126/01.

¹⁴ Urteil vom 27. November 2003 - C-34/01 bis C-38/01.

Diese Angaben genügten nach Ansicht des Gerichtshofs nicht dem Erfordernis, dass die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor in objektiver und transparenter Weise festzulegen sind. Insbesondere gehe aus ihnen nicht hervor, worin genau die behauptete gemeinwirtschaftliche Dienstleistung besteht und ob ausschließlich die Ver- und Entladetätigkeiten in den betreffenden Häfen erfasst sind oder ob auch Leistungen wie die Sicherheit des Anlegevorgangs abgedeckt werden. Der Gerichtshof bemängelte außerdem das Fehlen von Angaben über die Kosten dieser Dienstleistungen und die Berechnung des angeblich erforderlichen Ausgleichs.

Aus dem Vorlagebeschluss ergebe sich vielmehr, dass der Betrag aus dem Aufkommen der Hafengebühren, der den öffentlichen Hafenunternehmen zugewiesen wird, nicht den bei diesen tatsächlich anfallenden Kosten für die Erbringung der Ver- und Entladedienste entspreche. Eine solche Regelung entspreche jedoch nicht dem Erfordernis, dass der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken.

Eine solche Maßnahme sei als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels [87 Abs. 1] EG-Vertrag zu qualifizieren, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

III. Ausblick

Man kann sich bei den geschilderten Entwicklungen im gemeinschaftlichen Unternehmens- und Beihilfenrecht fragen, welchen Nutzen nun eigentlich noch Artikel 86 Abs. 2 EG hat, die Sondervorschrift für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Sowohl im Bereich des Unternehmensrechts als auch im Bereich des Beihilfenrechts kommt dieser Vorschrift eine bescheidenere Rolle zu, als bisweilen angenommen worden ist; denn Wertungen, die sie widerspiegelt, wird schon im Vorfeld Rechnung getragen, zum einen bei der Definition des Unternehmensbegriffs und zum anderen bei der Definition des Beihilfenbegriffs.

Manchmal stößt der Gerichtshof jedoch durchaus bis zu Art. 86 Abs. 2 EG vor. Dies zeigt beispielsweise der 2001 entschiedene Fall *Ambulanz Glöckner*¹⁵. Auf dem Prüfstand befand sich eine rheinland-pfälzische Regelung, die vier Sanitätsorganisationen nach Auffassung des vorlegenden Gerichts auf dem Markt für die Leistungen des Notfall- und des Krankentransportes faktisch ein Monopol einräumt. Der Gerichtshof hielt es, abhängig vom Ergebnis verschiedener Vorfragen, für möglich, dass ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung [Art. 82 EG] vorlag, weil der Gesetzgeber den Sanitätsorganisationen mit den nicht durch Notfall veranlassten Leistungen des Krankentransportes eine Hilfstätigkeit vorbehalten hat, die von einem unabhängigen Unternehmen ausgeübt werden könnte. Eine solche Regelung sei jedoch nach [Art. 86 Abs. 2 EG] gerechtfertigt, soweit sie nicht ausschließt, dass unabhängigen Unternehmen eine Genehmigung erteilt wird, falls die mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage sind, die Nachfrage im Bereich der Leistungen des Notfall- und des Krankentransports zu decken. Besonderes Gewicht maß der Gerichtshof bei dieser Entscheidung dem Gesichtspunkt zu, dass es den Sanitätsorganisationen durch die Erstreckung ihrer ausschließlichen Rechte auf den Bereich des nicht durch Notfall veranlassten

¹⁵ Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99, Slg. 2001, I-8089.

Krankentransports gerade ermöglicht wird, ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe Notfalltransport unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu erfüllen.

Generell ist die Bedeutung des Artikels 86 Abs. 2 EG als Sicherheitsnetz für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weiterhin nicht zu unterschätzen. Dies zeigt nicht zuletzt der Umstand, dass die Kommission als Reaktion auf das Altmark Trans-Urteil eine Entscheidung über die Anwendung dieses Artikels auf staatliche Beihilfen vorbereitet, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.