
Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung

Anette Gärtner*

Inhalt

A. Einleitung	239
B. Kommunale Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht	240
I. Daseinsvorsorge im nationalen und europäischen Kontext	240
II. Finanzierung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse	241
1. Problemaufriss	242
a) Beihilfenansatz	242
b) Ausgleichsansatz	243
c) Konsequenzen	243
2. Entwicklung in der Rechtsprechung	244
3. „Altmark Trans“	245
4. Würdigung der neueren Judikatur	247
a) Dogmatische Weichenstellung	247
b) Bedeutung für die Praxis	247
5. Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	249
C. Zusammenfassung und Ausblick	250

A. Einleitung

Kindergärten, Schwimmbäder, Abfallbeseitigung – Daseinsvorsorge. Ein Thema für die Gemeinschaft? Im Zuge der fortschreitenden Integration ist dieses Regelungs-

* Anette Gärtner LL.M. (Edin.), Mag. rer. publ. ist Associate bei einer wirtschaftsberatenden Kanzlei in Frankfurt a.M. Die Verfasserin dankt Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Speyer, und Dr. Michael Droege, Frankfurt a.M.

gebiet ins „Visier Europas“¹ geraten. Die Entwicklung macht auch und gerade vor den deutschen Kommunen nicht halt. Das steht spätestens seit *Altmark Trans*² fest, dem bisherigen Höhepunkt der Rechtsprechung zur Finanzierung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse. Allerdings wirft das Urteil mehr Fragen auf, als es beantwortet. Was genau müssen die Gemeinden bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beachten, um nicht mit den Vorschriften des Beihilfenrechts in Konflikt zu geraten?

Ziel dieses Beitrags ist es, die Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge im Rahmen der europäischen Wettbewerbsordnung aufzuzeigen. Der Schwerpunkt liegt auf der neueren Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Vor dem Hintergrund eines Problemaufrisses wird die Entwicklung bis zu *Altmark Trans* nachgezeichnet. Es folgt eine kritische Würdigung der aktuellen Judikatur. Anschließend wird die Reaktion der Kommission anhand des Weißbuchs zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse³ analysiert. Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick auf die Zukunft der Daseinsvorsorge in der Union.

B. Kommunale Daseinsvorsorge und Beihilfenrecht

I. Daseinsvorsorge im nationalen und europäischen Kontext

Unter „Daseinsvorsorge“ versteht man die Versorgung der Bürger mit unentbehrlichen Leistungen wie Wasser, Gas, Elektrizität bzw. solchen Leistungen, die aus Gründen des öffentlichen Interesses zugänglich sein sollten (Theater, Schwimmbäder, Bibliotheken etc.).⁴ In Deutschland haben die Gemeinden das „Recht des ersten Zugriffs“, d.h. sie sind ohne besonderen Kompetenztitel dazu befugt, sich der Daseinsvorsorge anzunehmen.⁵ Verfassungsrechtliche Grundlage ist Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, der das Recht garantiert, alle Angelegenheiten der örtlichen Ge-

¹ *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, VR 2004, S. 296 (296).

² EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 (*Altmark Trans/Nabverkehrs-gesellschaft Altmark*).

³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuss der Regionen, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg. Siehe auch die vorangegangenen Mitteilungen zum Thema Daseinsvorsorge: KOM(2000) 580 endg.; KOM(2001) 598 endg.; KOM(2002) 280 endg.; KOM(2003) 270 endg.

⁴ *Magiera*, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht?, in: Ipsen/Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Recht - Staat - Gemeinwohl, Fs. für Rauschning (2001), S. 269 (273); *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2003, S. 686 (687 f.).

⁵ *Papier*, (Fn. 4), S. 688.

meinde in eigener Verantwortung zu regeln. Daraus folgt jedoch nicht, dass die kommunalwirtschaftliche Betätigung keiner Beschränkung unterläge. Artikel 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährt die Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze,⁶ so dass beispielsweise die Vorschriften des UWG zu beachten sind.⁷ Damit erklärt sich unter anderem die Debatte über die Frage, inwieweit private Konkurrenten mit den Instrumenten des Wettbewerbsrechts gegen Gemeinden vorgehen können.⁸ Aufgrund der zunehmenden Integration der europäischen Volkswirtschaften hat die Daseinsvorsorge nicht nur Bedeutung für nationale Konkurrenten, sondern auch für den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts. Im Bereich der Daseinsvorsorge werden immerhin 30 Prozent der gemeinschaftlichen Wirtschaftsleistungen erbracht.⁹ Ungeachtet ihrer besonderen Zielsetzung unterliegt sie, wie sonstiges wirtschaftliches Handeln, den Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts. Das ergibt sich im Umkehrschluß aus Art. 86 Abs. 2 EGV. Danach sind die Wettbewerbsregeln grundsätzlich auch auf solche Unternehmen anzuwenden, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Für die deutschen Kommunen hat das zur Folge, dass sie die Vorgaben des EG-Beihilfenrechts beachten müssen, wenn sie in Zusammenarbeit mit öffentlichen oder privaten Unternehmen Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen wollen.

II. Finanzierung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse

Das gilt insbesondere für die sogenannten *Public Private Partnerships*, also die Kooperation mit privaten Wirtschaftssubjekten. Ihr Kennzeichen besteht in der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, indem ein Unternehmen mit der Erfüllung betraut wird. Um die Finanzierung sicherzustellen und einen Investitionsanreiz zu bieten, verpflichten sich die Kommunen regelmäßig, Defizite auszugleichen.¹⁰ Damit begeben sie sich allerdings auf das dünne Eis des Beihilfenrechts. Die daraus resultierenden Probleme sollen anhand eines Beispiels aus der Praxis der Kommission demonstriert werden, dem Sachverhalt der Entscheidung „Freizeitbad Dorsten“¹¹.

⁶ RhPfVerfGH, NVwZ 2000, S. 801 (802).

⁷ Dazu *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497 (502-503) m.w.N.

⁸ Haftung aus Rechtsbruchtatbestand wegen Verstoßes gegen die kommunalwirtschaftliche Subsidiaritätsklausel: Abl. BGH, NJW 2002, S. 2645 (2646-2648); zum drittschützenden Charakter der Klausel RhPfVerfGH, (Fn. 6), S. 804; zur neueren Rechtsprechung *Gärtner/Heil*, Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel, Zur Bedeutung des Marktbezugs im neuen UWG, WRP 2005, S. 20.

⁹ *Magiera*, (Fn. 4), S. 272 (289).

¹⁰ Dazu detailliert *Gas/Rücker*, Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilfenrechts, DÖV 2004, S. 56 (56-57) mwN.

¹¹ Leicht verkürzt, vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe Nr. N 258/00 – „Deutschland Freizeitbad Dorsten“, Entscheidung v. 12.1.2001, SG(2001) D/285046, verfügbar unter: <http://europa>.

1. Problemaufriss

Die Stadt Dorsten möchte ein neues Hallenbad errichten. Da sie die Kosten nicht aufbringen kann, sucht sie in einem Ausschreibungsverfahren einen privaten Investor. Dieser soll das Bad bauen und zu sozialverträglichen Preisen betreiben. Außerdem ist vorgesehen, dass das Schwimmbad für Schul- und Vereinsschwimmern kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Angesichts des zu erwartenden Defizits wird dem Investor ein jährlicher Zuschuss in Höhe von (damals) 2 Millionen DM in Aussicht gestellt. Mit anderen Worten privatisiert die Stadt eine Aufgabe der Daseinsvorsorge und finanziert die Leistungserbringung, indem sie einen Ausgleich gewährt. Aus Sicht des europäischen Wettbewerbsrechts gibt es grundsätzlich zwei Ansätze¹² für die Beurteilung dieser Fallkonstellation.

a) Beihilfenansatz

Nach dem Beihilfenansatz prüft man zunächst, ob eine Beihilfe vorliegt, also die vier Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV¹³ gegeben sind. Das ist der Fall. Der jährliche Zuschuß wird aus staatlichen Mitteln finanziert und droht den Wettbewerb zu verfälschen, weil er die Marktposition des Hallenbad-Betreibers gegenüber seinen Konkurrenten verstärkt. Aufgrund der Nähe zur holländischen Grenze kann außerdem davon ausgegangen werden, daß der Zuschuß den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt.¹⁴ Vor allem wird dem Betreiber ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV gewährt, denn im Unterschied zur öffentlichen Hand würde ein privater Investor nicht den Defizitausgleich übernehmen (sogenannter *private investor test*¹⁵).

In einem zweiten Schritt ist festzustellen, ob die Beihilfe nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt ist. Beim Betrieb des Hallenbads handelt es sich um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, mithin eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Durch den Vertragsabschluss wird der Investor hiermit betraut. Besondere Aufmerksamkeit verdient die letzte Voraussetzung, wonach die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung verhindern müsste. Gemäß dem Beihilfenansatz ist zu prüfen, ob

eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf (alle in diesem Beitrag zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 2.6.2005 abgerufen).

¹² Zur Terminologie vgl. Schlußanträge GA Jacobs v. 30.4.2002, EuGH, Rs. C-126/01, Nr. 94 ff. (*Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie/GEMO*), noch nicht in aml. Slg., verfügbar unter <http://curia.eu.int/>.

¹³ Dazu *Abt/Deisenhofer*, *Europarecht* (2003), S. 223-228 m.w.N.

¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Rdnrn. 77-82; a.A. Kommission, Staatliche Beihilfe Nr. N 258/00 - „Deutschland Freizeitbad Dorsten“, (Fn. 11), S. 5.

¹⁵ Dazu *Magiera*, (Fn. 4), S. 279 m.w.N.

1. die Beihilfe die Mehrkosten für die Erbringung der Dienstleistung ausgleichen soll und
2. dieser Ausgleich erforderlich ist, um die Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen zu ermöglichen.¹⁶

b) Ausgleichsansatz

Im Vergleich zum Beihilfenansatz geht der Ausgleichsansatz einen Schritt zurück, indem bei Dienstleistungen im öffentlichen Interesse gefragt wird, ob wirklich die Voraussetzungen des Beihilfentatbestands gegeben sind. Ansatzpunkt ist das Merkmal „wirtschaftlicher Vorteil“. Im Freizeitbad-Fall ließe sich beispielsweise argumentieren, daß der Betreiber zwar finanzielle Mittel erhält. Dabei handelt es sich aber um Ausgleichszahlungen für das erwartete Defizit. Netto wird somit kein Vorteil gewährt, so dass die Zuwendung keine Beihilfe darstellt.¹⁷ Folgt man diesem Ansatz, erübrigt sich die weitere Prüfung, insbesondere die des Art. 86 Abs. 2 EGV.

c) Konsequenzen

Die Wahl des Ansatzes hat erhebliche Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren. Nach dem Ausgleichsansatz liegt keine Beihilfe vor, so dass die Regeln des Art. 88 EGV und der Verfahrens-VO (VVO)¹⁸ keine Anwendung finden. Folglich besteht keine Notifizierungspflicht und die Gemeinde muss nicht abwarten, bis die Kommission die Zahlung für mit Art. 86 Abs. 2 EGV vereinbar erklärt hat. Dagegen kompliziert sich das Verfahren, wenn man den Beihilfenansatz heranzieht. Danach stellt die Zahlung eine Beihilfe dar, die gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EGV bei der Kommission angemeldet werden muss. Falls diese das förmliche Prüfungsverfahren einleitet, kann es bis zu 20 Monaten dauern, bevor eine endgültige Entscheidung vorliegt (vgl. Art. 4 Abs. 5, 7 Abs. 6 VVO).

Selbst wenn Zeitdruck besteht, ist der Gemeinde nicht zu raten, die Beihilfe nicht anzumelden oder schon vor der Entscheidung auszuführen. Denn Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV untersagt die Durchführung der beabsichtigten Maßnahme, bevor die Kommission eine endgültige Entscheidung erlassen hat. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV gegeben sind, wäre die Beihilfe somit formell rechtswidrig. Dadurch würde die Position des Empfängers empfindlich geschwächt. Wenn die Kommission Kenntnis von der

¹⁶ EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229, Rdnr. 178 (*FFSA/Kommission*).

¹⁷ Vgl. EuGH, Rs. 53/00, Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 27-29 (*Ferring/ACOSS*).

¹⁸ VO Nr. 659/1999, ABl. Nr. L 84 v. 27.3.1999, S. 1.

Beihilfe erlangt, kann sie nämlich unter anderem gemäß Art. 11 Abs. 2 VVO die einstweilige Rückforderung anordnen.

Darüber hinaus ist die formelle Rechtswidrigkeit bedeutsam für Verfahren vor den nationalen Gerichten, die ebenfalls in die beihilfenrechtliche Prüfung involviert sind. Laut EuGH obliegt ihnen die Überprüfung, ob das in Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV vorgesehene Verfahren eingehalten worden ist.¹⁹ Bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot sind die mitgliedstaatlichen Gerichte gehalten, Maßnahmen zu ergreifen, um bis zur endgültigen Entscheidung seitens der Kommission die Rechte Einzelner zu schützen.²⁰ Praktisch hat das zur Folge, dass formell rechtswidrige Beihilfen nicht nur von der Kommission, sondern auch von Konkurrenten angegriffen werden können.²¹

Diese sind unter anderem in der Lage, die Auszahlung eines Zuschusses unter Berufung auf Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV zu verhindern, indem sie Widerspruch einlegen bzw. Konkurrentenklage erheben. Im übrigen ist an einen Annexantrag gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO zu denken, um gegebenenfalls die Rückzahlung zu erreichen.²² Auch wenn die Beihilfe aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags gewährt wird, ist der Empfänger nicht vor Forderungen sicher. Denn nach neuester BGH-Rechtsprechung stellt Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar. Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot löst demnach die Nichtigkeit des Vertrags und Rückzahlungspflicht des Subventionsempfängers aus.²³

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die Kommune im Interesse des Empfängers und der effektiven Daseinsvorsorge die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts beachten sollte. Darüber hinaus zeigt sich, dass es für die Praxis von großer Bedeutung ist, ob der Weg über die restriktive Auslegung des Beihilfiebegriffs oder Art. 86 Abs. 2 EGV gegangen wird.

2. Entwicklung in der Rechtsprechung

Welcher Ansatz vorzugswürdig ist, wird seit Ende der 1990er Jahre lebhaft diskutiert. Die Reichweite der Kontroverse zeigt sich nicht zuletzt darin, dass es

¹⁹ EuGH, Rs. C-354/90, Slg. 1990, I-307, Rdnrn. 8, 10 (*Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires/Kommission*).

²⁰ *Ibid.*, Rdnr. 14.

²¹ Vgl. *Streinz*, Europarecht (2003), Rdnr. 862.

²² Dazu *Ahlt/Deisenhofer*, (Fn. 13), S. 238 f.

²³ BGH, ZIP 2004, S. 498 (498-499); vgl. BGH, WM 2003, S. 1491 (1492 f.); dazu *Pütz*, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, NJW 2004, S. 2199.

sowohl zwischen den europäischen Gerichten als auch den Generalanwälten²⁴ zum Streit gekommen ist.

In den Rechtssachen *FFSA* und *SIC* vertrat das EuG 1997 und 2000 die Ansicht, für die Einordnung als Beihilfe sei es irrelevant, ob durch eine Zuwendung die Kosten ausgeglichen werden sollen, die durch die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe entstehen. Der EG-Vertrag differenziere nicht danach, aus welchem Grund eine staatliche Intervention erfolge.²⁵ Mit anderen Worten vertrat das Gericht erster Instanz den Beihilfenansatz.

Kurze Zeit später hatte der EuGH Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Ohne die einschlägigen Urteile des EuG auch nur zu erwähnen,²⁶ schloss er sich in der Rechtssache *Ferring* der Gegenposition an. Der Gerichtshof vertrat nämlich die These, es läge keine Beihilfe vor, wenn der gewährte Vorteil nicht über die Kosten hinausgeht, die dem Unternehmen durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten entstehen.²⁷

In der Literatur wurde das Urteil teilweise begrüßt. *Ferring* korrigiere die Rechtsprechung des EuG, wonach jede Form öffentlicher Daseinsvorsorge notifiziert werden müsse.²⁸ Allerdings sprachen sich die Generalanwälte *Léger*, *Jacobs* und *Stix-Hackl* in drei weiteren Rechtssachen nachdrücklich gegen die Lösung des EuGH aus.²⁹ Hierdurch ließ sich der Gerichtshof aber nicht beirren. Vielmehr hielt er in *Altmark Trans* am Ausgleichsansatz fest und entwickelte ihn weiter.

3. „Altmark Trans“

Altmark Trans ist eine Vorabentscheidung aus dem Jahr 2003, die nach Vorlage durch das Bundesverwaltungsgericht erging. Hintergrund war ein Rechtsstreit

²⁴ Beihilfenansatz: Schlußanträge GA *Léger* v. 19.3.2001, EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Nr. 73 ff.; vermittelnde Ansicht: Schlußanträge GA *Jacobs* v. 30.4.2002, EuGH, Rs. C-126/01, (Fn. 12), Nr. 114 ff. und GA *Stix-Hackl* v. 7.11.2002, EuGH, verb. Rs. C-34-38/01, (*Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*), alle verfügbar unter <http://curia.eu.int/>. Zur vermittelnden Ansicht: *Ahlt/Deisenhofer*, (Fn. 13), S. 229 f.; sie hat in der Rechtsprechung keinen Niederschlag gefunden.

²⁵ EuG, Rs. T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 82-84 (*SIC/Kommission*); vgl. EuG, Rs. T-106/95, (Fn. 16), Rdnr. 178.

²⁶ Vgl. dagegen den Kammerbeschluss EuGH, Rs. C-174/97 P, Slg. 1998, I-1303, Rdnr. 26 ff. (*FFSA/Kommission*).

²⁷ EuGH, Rs. 53/00, (Fn. 17), Rdnrn. 27-29.

²⁸ *Bartosch*, Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil in der Rechtssache *Ferring/ACOSS*, NVwZ 2002, S. 174 (175).

²⁹ Vgl. oben Fn. 24; dazu *Nicolaidis*, Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid, [2003] ECLR 2003, S. 561 (563-565).

zwischen zwei Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs über Linienverkehrsgenehmigungen.³⁰ In diesem Zusammenhang tauchte die Frage auf, ob Zuschüsse zum Defizitausgleich im regionalen ÖPNV dem Beihilfeverbot unterliegen.³¹ Der EuGH verneinte dies in Anwendung des Ausgleichsansatzes.³² Zugleich wies er jedoch einschränkend darauf hin, dass ein Zuschuss nur dann dem Ausgleich diene, wenn kumulativ vier Voraussetzungen erfüllt sind:³³

1. klare Definition der Leistungsverpflichtung,
2. Ex-ante-Festlegung der Ausgleichsparameter,
3. Nettomehrkostenansatz und
4. Marktvergleich.

Besonders interessant sind die letzten zwei Kriterien. Wie bereits angedeutet, bestätigte der EuGH in *Altmark Trans* die vorangegangene Entscheidung, indem er den aus *Ferring* bekannten Nettomehrkostenansatz heranzog.³⁴ Vollkommen neu sind dagegen die Ausführungen zur vierten Voraussetzung, dem Marktvergleich. Wenn das Unternehmen nicht im Rahmen eines Bietverfahrens ausgewählt wird, dürfe die Höhe des Ausgleichs nicht über die Kosten hinausgehen, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstanden wären.³⁵

Diese Feststellung impliziert zwei Aussagen. Der Gerichtshof geht zum einen davon aus, es sei wünschenswert, dass Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgeschrieben werden, weil dadurch am ehesten der erforderliche Ausgleichsbetrag bestimmt werden kann.³⁶ Zum anderen stellt er klar, dass die Kommunen nicht verpflichtet sind, ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Alternativ ist ein Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen vorzunehmen.

³⁰ Zu den Hintergründen und dem Verfahrensverlauf *Ronellenfitsch*, Die Konsequenzen des Altmark-Urteils des EuGH, verfügbar unter http://igp.interdev.de/infos%5Fnews%5Fevents/oepnv_23_24_04/Ronellenfitsch.pdf.

³¹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2001, S. 320 (322).

³² EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Rdnr. 95; dazu *Streinz*, Rechtsprechungsübersicht, JuS 2004, S. 150 (153).

³³ EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Rdnr. 85 ff.

³⁴ Vgl. oben Fn. 27; dazu *Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, BB 2003, S. 2185 (2187).

³⁵ EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Rdnr. 93.

³⁶ Zur entsprechenden Position der Kommission vgl. *Wobltmann*, Neue europäische Weichenstellungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der kommunalen Daseinsvorsorge, Der Landkreis 2003, S. 746 (752).

4. Würdigung der neueren Judikatur

Angesichts der detaillierten Vorgaben, die der EuGH in *Altmark Trans* gemacht hat, ist davon auszugehen, dass zumindest vorläufig ein Endpunkt erreicht ist. Damit stellt sich die Frage, wie die Entwicklung in der neueren Rechtsprechung zu bewerten ist.

a) Dogmatische Weichenstellung

In Bezug auf die grundsätzliche Weichenstellung zwischen Ausgleichs- und Beihilfenansatz sei angemerkt, dass letzterer den Vorzug verdient hätte. Der Beihilfenansatz bringt zwar den Nachteil mit sich, dass die Ausgleichszahlung notifiziert werden muss und bis zum Abschluss des Prüfverfahrens nicht ausgezahlt werden darf. Der Ausgleichsansatz, der dieses Problem beheben soll, überzeugt aber dogmatisch nicht. Er verlagert nämlich die Prüfung auf die Tatbestandsebene³⁷ mit der Folge, dass die Sonderregelung des Art. 86 Abs. 2 EGV im Bereich des Beihilfenrechts leerläuft.³⁸ Darüber hinaus widerspricht der Nettomehrkostenansatz dem Konzept des EG-Vertrags, welchem ein objektiver Beihilfenbegriff zugrundeliegt. Aus dem systematischen Zusammenhang der Art. 86, 87 EGV ergibt sich, dass es für die rechtliche Einordnung als Beihilfe unerheblich ist, zu welchem Zweck eine Finanzierungsmaßnahme erfolgt. Dies wird allenfalls auf der Ebene der Rechtfertigung relevant.³⁹

b) Bedeutung für die Praxis

Faktisch hat sich dieser Streit allerdings erledigt, weil der EuGH die *Altmark*-Kriterien in der Entscheidung *Enirisorse* bestätigt hat.⁴⁰ Mithin ist nicht davon auszugehen, dass der Gerichtshof eine Kehrtwende vollzieht und in Zukunft den Beihilfenansatz anwendet.⁴¹ Deshalb konzentriert man sich sinnvollerweise auf die Frage, welche Konsequenzen die neuere Rechtsprechung für die Praxis der kommunalen Daseinsvorsorge hat.

³⁷ Pielow, Anmerkung, RdE 2004, S. 41 (45); vgl. Jennert, Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach *Altmark Trans*, NVwZ 2004, S. 425 (426).

³⁸ Schlußanträge GA *Jacobs* v. 30.4.2002, EuGH, Rs. C-126/01, (Fn. 12), Nr. 116; vgl. Schlußanträge GA *Stix-Hackl* v. 7.11.2002, EuGH, verb. Rs. C-34-38/01, (Fn. 24), Nr. 159; *Gas/Rücker*, (Fn. 10), S. 62.

³⁹ Vgl. Schlußanträge GA *Léger* v. 19.3.2001, EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Nrn. 76-78.

⁴⁰ EuGH, verb. Rs. C-34-38/01, (Fn. 24), Rdnr. 31 ff.; dazu *Bartosch*, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark* - Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, S. 295 (296 f.).

⁴¹ So auch *Hansen/van Ysendyck/Zühlke*, The Coming of Age of EC State Aid Law: A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003, [2004] ECLR, S. 182 (200).

Durch die restriktive Auslegung des Beihilfenbegriffs verringert sich – jedenfalls theoretisch – die Zahl der Fälle, die der Beihilfenkontrolle durch die Kommission unterliegen. Im Schrifttum wird außerdem lobend hervorgehoben, dass *Altmark Trans* genaue Vorgaben für die rechtmäßige mitgliedstaatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge aufstellt.⁴² Dadurch wird die Beurteilung der Rechtslage jedoch nicht einfacher. Solange es kaum Entscheidungen zum Ausgleichsansatz in der Altmark-Variante gibt, wird vor allem die Anwendung der vierten Voraussetzung Schwierigkeiten verursachen. Denn bislang ist unklar, was unter einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ zu verstehen ist.⁴³ Ohne weitere Konkretisierung ist es unmöglich, den Betrag zu bestimmen, den ein fiktiver Wettbewerber benötigen würde, um die Dienstleistung kostendeckend zu erbringen.⁴⁴ Damit mangelt es am erforderlichen Maßstab für den Marktvergleich. Trotz detaillierter Vorgaben sehen sich die Kommunen derzeit kaum in der Lage festzustellen, ob sie eine Zahlung als Beihilfe anmelden müssen oder nicht.

Angesichts der Konsequenzen, welche die formelle Rechtswidrigkeit nach sich ziehen kann,⁴⁵ stellt diese Unsicherheit ein großes Problem dar. Damit sich Unternehmen auch in Zukunft auf *Public Private Partnerships* einlassen, müssen die Gemeinden einen Ausweg finden. In Betracht kommen zwei Lösungsansätze. Eine mögliche Reaktion auf die neuere Rechtsprechung besteht darin, jede beabsichtigte Maßnahme anzumelden und den Ausgang des Prüfungsverfahrens abzuwarten.⁴⁶ Auf diese Weise wird die Gefahr der formellen Rechtswidrigkeit gebannt und sichergestellt, dass keine einstweilige Rückforderungsanordnung ergeht. Der Nachteil dieser Lösung besteht darin, dass das Verfahren unter Umständen mehrere Monate dauert.⁴⁷

Vorzugswürdig scheint daher der zweite Ansatz, der indirekt in *Altmark Trans* angedeutet wird. Danach sind die Kosten des fiktiven Wettbewerbers maßgeblich, wenn die Auswahl des Leistungserbringers „nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt“⁴⁸. Hiermit stellt der EuGH die Gemeinden vor die Wahl, entweder einen Marktvergleich oder ein Vergabeverfahren durchzuführen. Mit anderen Worten wird dem vierten Kriterium auch durch eine öffent-

⁴² Knauff, (Fn. 1), S. 301.

⁴³ Van Ysendyck/Zühlke, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, EWS 2004, S. 16 (18); vgl. Wohltmann, (Fn. 36), S. 752.

⁴⁴ Ebenfalls skeptisch Jennert, (Fn. 37), S. 428; Werner/Quante, Altmark Trans: Wendepunkt im Beihilfenrecht der nationalen Daseinsvorsorge?, ZEuS 2004, S. 83 (98).

⁴⁵ Oben unter B.II.1.c).

⁴⁶ Ähnlich Kämmerer, Strategien zur Daseinsvorsorge, Dienste im allgemeinen Interesse nach der „Altmark“-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2004, S. 28 (33).

⁴⁷ Oben unter B.II.1.c).

⁴⁸ EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 2), Rdnr 93.

liche Ausschreibung Genüge getan.⁴⁹ Sofern die übrigen Altmark-Vorgaben erfüllt sind, können sich die Kommunen auf diesem Weg von der Notifizierungspflicht befreien.

Diese Erkenntnis sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, wie unbefriedigend die aktuelle Rechtslage ist. Im Ergebnis zwingt *Altmark Trans* die Gemeinden dazu, jede potentielle Beihilfe anzumelden oder ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Die Rechtsprechung konterkariert sich also selbst, indem sie diejenigen Wirkungen hervorruft, die durch den Ausgleichsansatz vermieden werden sollen.⁵⁰ Darüber hinaus ist unklar, ob und inwieweit im Rahmen dieses Ansatzes noch Raum für eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV ist.⁵¹ Insgesamt bleibt daher festzustellen, dass außer Rechtsunsicherheit nichts gewonnen ist.⁵²

5. Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Die Probleme, die durch die neuere Rechtsprechung verursacht werden, sind auch der Kommission nicht verborgen geblieben. In ihrem 2004 vorgelegten Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird *Altmark Trans* zwar als „bahnbrechende Entscheidung“ bezeichnet.⁵³ Die Kommission stellt aber gleichzeitig fest, dass mehr Rechtssicherheit vonnöten sei. Nach wie vor bestehe Unsicherheit darüber, welche Ausgleichszahlungen den Beihilfetatbestand erfüllten.⁵⁴

Die Kommission macht mehrere Vorschläge, wie dieser Mangel zu beheben sei. Unter anderem soll bis Mitte 2005 geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen von einer Beihilfe auszugehen ist.⁵⁵ Das Weißbuch macht keine Angaben dazu, in welchem Rahmen die präzisierten Voraussetzungen dargestellt werden sollen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Kommission unverbindliche Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen veröffentlichen wird,⁵⁶ die flexibel an Änderungen der Rechtsprechung angepasst werden können. Mit Hilfe dieser Leitlinien wird es für die Betroffenen leichter einzuschätzen, ob die Kommission eine Ausgleichszahlung als Beihilfe bewerten wird.

⁴⁹ Im Ergebnis *Jennert*, (Fn. 37), S. 428.

⁵⁰ Vgl. oben unter B.II.4.a).

⁵¹ *Van Ysendyck/Zühlke*, (Fn. 43), S. 19.

⁵² So auch *Kämmerer*, (Fn. 46), S. 34.

⁵³ Kommission, (Fn. 3), S. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, S. 15-17.

⁵⁵ *Ibid.*, S. 17.

⁵⁶ Vgl. die Zusammenstellung bereits vorhandener Leitlinien auf der Homepage der GD Wettbewerb, verfügbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation.

Darüber hinaus plant die Kommission eine Sonderregelung in Form einer Entscheidung, die speziell den Bedürfnissen der Kommunen gerecht werden soll. In der Diskussion befinden sich derzeit zwei Varianten. Zum einen ist an eine *De-minimis*-Regelung gedacht, wonach geringe Finanzhilfen für Unternehmen, die Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen, als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten. Zum anderen schlägt die Kommission vor, die Leistungserbringung durch Krankenhäuser und im Bereich des Sozialwohnungswesens unbeschränkt freizustellen.⁵⁷ Eine Regelung dieses Inhalts hätte zur Folge, dass die Gemeinden von der Notifikationspflicht befreit würden und kurzfristig Zahlungen leisten könnten.

Angesichts der fragwürdigen Entwicklung in der Rechtsprechung⁵⁸ wäre zu wünschen gewesen, dass die Kommission diese Ansätze früher unterbreitet hätte. Hiermit hätten die Schwächen des Beihilfenansatzes behoben werden können, ohne das Wettbewerbskonzept des EG-Vertrags wie in *Ferring* oder *Altmark Trans* zu unterlaufen. Doch auch beim derzeitigen Stand der Judikatur sind die Vorschläge zu begrüßen, weil sie den Kommunen die Anwendung der *Altmark*-Kriterien ersparen. Aus ihrer Sicht ist zu hoffen, dass die Kommission bald Maßnahmen ergreift, damit der Zustand der Rechtsunsicherheit beendet wird.

C. Zusammenfassung und Ausblick

Der Prozess der europäischen Integration betrifft die Gemeinden im Kernbereich der Selbstverwaltung. Die neuere Rechtsprechung verdeutlicht, dass die Daseinsvorsorge nicht mehr ausschließlich nationalen Regelungen unterliegt, sondern auch die Vorgaben des EG-Beihilfenrechts zu beachten sind. Dabei kommt der EuGH den Kommunen in der Entscheidung *Altmark Trans* entgegen, indem er den Beihilfenbegriff im Kontext der Daseinsvorsorge restriktiv interpretiert. Die gewünschte Vereinfachung wird allerdings nicht erreicht, weil insbesondere das vierte *Altmark*-Kriterium inhaltlich noch nicht erfüllt ist. Aufgrund der aktuellen Rechtsunsicherheit sind die Gemeinden faktisch gezwungen, bei der Privatisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge Ausschreibungen durchzuführen oder geplante Zahlungen bei der Kommission anzumelden.

Darüber hinaus könnte sich der europäische Zugriff auf die Daseinsvorsorge in Zukunft weiter verstärken.⁵⁹ Anlass zu dieser Vermutung gibt Art. III-122 des Ver-

⁵⁷ Kommission, (Fn. 3), S. 16.

⁵⁸ Oben unter B.II.4.

⁵⁹ Dazu im Überblick *Knauff*, (Fn. 1), S. 300; *Wobltmann*, (Fn. 36), S. 746.

fassungsvertrags (VVE)⁶⁰. Gemäß Satz 1 tragen Union und Mitgliedstaaten dafür Sorge, daß die Rahmenbedingungen für Dienste von allgemeinem Interesse so gestaltet werden, dass die Aufgabenerfüllung gewährleistet ist. Diese Regelung entspricht der bereits existierenden Gemeinschaftszielbestimmung in Art. 16 EGV.⁶¹ Eine Neuerung stellt hingegen Satz 2 dar. Danach werden die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste durch Europäisches Gesetz festgelegt. Hierbei handelt es sich um eine rechtspolitisch umstrittene Vorschrift, die im Zuge der Regierungskonferenz noch geändert wurde.⁶² Die Kritik entzündete sich an der geplanten Ausweitung der Gemeinschaftskompetenz im Bereich der Daseinsvorsorge.⁶³ Um den Mitgliedstaaten entgegenzukommen, wurde Satz 2 durch den Zusatz ergänzt „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten [...], diese Dienste [...] zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“.

Die Einschränkung stellt klar, dass die Daseinsvorsorge grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten bleibt.⁶⁴ Bei nüchterner Betrachtung erweist sie sich jedoch als kosmetische Maßnahme. In der Sache hat sich durch den Zusatz nichts geändert: Artikel III-122 S. 2 VVE räumt der Union erstmalig eine allgemeine Regelungskompetenz auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ein.⁶⁵ Dieser Bereich ist zwar auch heute nicht der Regelung durch gemeinschaftliches Sekundärrecht verschlossen. Dazu muss aber auf die Kompetenzen gemäß Art. 86 Abs. 3 bzw. 95 EGV zurückgegriffen werden.⁶⁶ Mit anderen Worten ist ein Bezug zum Wettbewerbsrecht bzw. dem Binnenmarkt erforderlich. Von diesen Erfordernissen ist die Gesetzgebungskompetenz nach Art. III-122 S. 2 VVE losgelöst.

Falls die Verfassung in Kraft tritt, ist also davon auszugehen, dass die Europäisierung der Daseinsvorsorge auch jenseits des Wettbewerbsrechts vorangetrieben wird. Dieses Ziel verfolgt erklärtermaßen die Kommission. Denn obwohl sich bislang kein eindeutiges Bedürfnis nach einer Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse feststellen ließ,⁶⁷ kündigt sie an, sich erneut mit dem

⁶⁰ Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 1.

⁶¹ Dazu detailliert *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge (2004), S. 103-177.

⁶² *Hancker*, The New EC Constitution and the European Energy Market, [2004] IELTR, S. 222 (223); *Fischer*, Der Europäische Verfassungsvertrag (2005), Art. III-122, Anm. 3.

⁶³ Dazu *Schweitzer*, Die Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents - Ein europäischer Service Public?, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept (2004), S. 269 (294 f.) m.w.N.

⁶⁴ Ähnlich *Fischer*, (Fn. 62), Art. III-122, Anm. 3.

⁶⁵ Vgl. *Knauff*, (Fn. 1), S. 300.

⁶⁶ *Schweitzer*, (Fn. 63), S. 296 f.; *Knauff*, (Fn. 1), S. 300.

⁶⁷ Zu den Ergebnissen der öffentlichen Konsultation vgl. Kommission, (Fn. 3), S. 13.

Thema zu befassen,⁶⁸ und begrüßt die Regelung in Art. III-122 VVE⁶⁹. Da von dieser Entwicklung in erster Linie die Gemeinden betroffen sind, stellt sich die Frage, was letztendlich von der Selbstverwaltung übrigbleiben wird. Der Rechtsrahmen, in dem sich die Kommunen bewegen, wird zunehmend enger.

⁶⁸ Ibid., S. 14-15.

⁶⁹ Ibid., S. 7.