

staatlicher Investitionen indirekt die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungsverfahrens zu fordern⁹³⁴.

Der im *Altmark*-Urteil aufgestellte Kriterienkatalog knüpft allerdings mit einer für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien äußerst signifikanten Einschränkung an die Kommissionspraxis an. Denn trotz der von der Kommission für die Privatisierungsfälle entwickelten Anforderungstrias eines offenen, nicht-diskriminierenden und bedingungslosen Ausschreibungsverfahrens⁹³⁵ verzichtet der *EuGH* im *Altmark*-Urteil auf das Kriterium der Bedingungslosigkeit. So forderte der *EuGH* zwar, daß die Parameter, anhand deren die Kompensation berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden⁹³⁶, das Kriterium der Bedingungslosigkeit bleibt unerwähnt. Stutzig macht zudem die Formulierung des *EuGH*⁹³⁷, wonach das Ausschreibungsverfahren die Wahl desjenigen Unternehmens ermöglichen soll, das diese Dienste zu den „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ erbringen kann⁹³⁸. Dies deutet darauf hin, daß sich die öffentlichen Auftraggeber nicht nur von rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern auch von sozialpolitischen Gesichtspunkten leiten lassen können. Es scheint daher, als wollte der *EuGH* seine beihilfenrechtliche Judikatur mit seiner Rechtsprechungsserie *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* in Einklang bringen. Schließlich ist es in höchstem Maße unwahrscheinlich, daß dem *EuGH* die Praxis der Kommission, die bei der Urbarmachung des Vergaberechts die Vorreiterrolle übernommen hatte, nicht bekannt war. Damit wandte sich der *EuGH* gegen den von der Kommission anlässlich ihres Vorschlag für eine *VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt* vollzogenen Rückzieher, die beihilfenrechtliche Kontrolle unabhängig von der Frage der Einhaltung vergaberechtlicher Normen abzuhandeln, da es kein Gemeinschaftskonzept für derartige Ausschreibungsverfahren gebe⁹³⁹. Mit dem *Altmark*-Urteil setzt der *EuGH* dieser Sichtweise die geltenden Vergaberichtlinien entgegen: Diese sind besagtes Gemeinschaftskonzept.

IX. Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *GEMO*

1. Sachverhalt

Anlässlich der BSE-Krise waren in Frankreich das Gesetz über die Sammlung und Beseitigung von Tierkörpern und Schlachtabfällen⁹⁴⁰ sowie zwei Durchführungsdekrete erlassen worden⁹⁴¹. Art. 264 Code rural führte den öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienst ein, dessen Inanspruchnahme gemäß Art. 265 Abs. 1 Code rural für Viehhalter und Schlachthöfe obligatorisch und unentgeltlich ist. Zur Durchführung des öffentlichen Tierkörperbeseitigungs-

934 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (576).

935 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

936 *EuGH*, Rs. 280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 90, 95.

937 *EuGH*, Rs. 280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

938 *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (357).

939 *Kommission*, Vorschlag für eine *VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt*, ABl. 2000, C 365, S. 179, Rdnr. 44.

940 *Loi n° 96-1139 relative à la collecte et à l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs et modifiant le code rural*, vom 26. Dezember 1996, JORF 19184 vom 27. Dezember 1996.

941 *Durchführungsdekret Nr. 96-1229* vom 27. Dezember 1996, JORF 1997 vom 31. Dezember 1996; *Durchführungsdekret Nr. 97-1005* vom 30. Oktober 1997, JORF 15908 vom 1. November 1997.

dienstes schloß der französische Staat mit privaten Tierkörperverwertungsunternehmen für die Dauer von maximal fünf Jahren öffentliche Verträge ab. Zur Finanzierung des öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienstes wurde in den Code général d'impôts Art. 302bis ZD eingefügt, der eine Fleischkaufabgabe für den Einzelhandel einführt. Anlaß für das Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EG war die Klage der GEMO, der Betreiberin eines Supermarkts auf Rückerstattung der für die Fleischkaufabgabe entrichteten Beträge. Das nationale Gericht beehrte zu wissen, ob diese Fleischkaufabgabe als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann⁹⁴².

2. Position des EuGH

Der EuGH begnügte sich bei seiner rechtliche Würdigung mit einem kurzen Durchsumieren der vier Tatbestandselemente des Art. 87 Abs. 1 EG – wirtschaftlicher Vorteil, Selektivität⁹⁴³, Wettbewerbsverfälschung⁹⁴⁴ und inter-mitgliedstaatliche Handelsbeeinträchtigung⁹⁴⁵ – und gelangt ebenso wie GA Jacobs⁹⁴⁶ und die Kommission⁹⁴⁷ zu dem Schluß, daß das Gesetz Nr. 96-1139 eine staatliche Beihilfe zugunsten von Viehhaltern und Schlachthofbetreibern darstellt⁹⁴⁸.

3. Analyse und Bewertung

Da die eigentliche Entscheidung bereits mit dem *Altmark*-Urteil gefallen war, hat das Urteil in der Rechtssache *GEMO* eher Bestätigungscharakter. Inzwischen vertrat nämlich allein die Kommission den Beihilfenansatz⁹⁴⁹. Unter den Mitgliedstaaten fand der Beihilfenansatz kaum mehr Anhänger: Deutschland, Frankreich und Spanien schlugen sich auf die Seite der Tatbestandslösung⁹⁵⁰, Dänemark, die Niederlande sowie das Vereinigte Königreich favorisierten den Transparenzansatz⁹⁵¹. Obwohl der EuGH im *GEMO*-Urteil das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG bajahte, hat er sich mit dieser Entscheidung nicht von der in *Altmark*-Urteil eingeschlagenen Linie abgewandt. Das Schweigen des EuGH im Hinblick auf den *Altmark*-Katalog läßt sich damit erklären, daß im konkreten Fall die Voraussetzungen des Transparenzansatzes offensichtlich nicht vorlagen⁹⁵². Das *GEMO*-Urteil unterstreicht, daß die staatlichen Kompensationsmaßnahmen im Verhältnis zu *sämtlichen* betroffenen Beteiligten eine Gesamtsaldierung von Null ergeben muß. Fehlt es in einer Beziehung an einer Gegenleistung ist das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils erfüllt.

942 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 13, 19, 20, 21, 26.

943 EuGH, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 39.

944 EuGH, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

945 EuGH, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43.

946 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 86.

947 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 56.

948 EuGH, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 44.

949 GA Jacobs, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 94.

950 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 7; EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 71.

951 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 9; EuGH, Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 73.

952 Bartosch, EuZW 2004, 295 (299).

X. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Enirisorse*

1. Sachverhalt

Das italienische Gesetz Nr. 355/76 in Verbindung mit Gesetz Nr. 82/63 unterwarf in bestimmten Häfen den Umschlag von Waren einer Hafengebühr und wies zwei Drittel des Ertrags den öffentlichen Unternehmen für technische Mittel und Lagerhäuser (*Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini: AMM*) zu, die mit der Verwaltung der Hafeneinrichtungen beauftragt waren. Als die *Enirisorse* wegen der Hafengebühr mit einem Zahlungsbescheid belastet wurde, erhob sie dagegen Einspruch. Das nationale Gericht ersuchte den EuGH um Beantwortung der Frage, ob die Zuweisung des Abgabenertrags an die genannten Unternehmen als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG des Vertrages qualifiziert werden kann⁹⁵³:

2. Position des EuGH in der Rechtssache *Enirisorse*

Der EuGH wiederholte in *Enirisorse* sein Bekenntnis zum *Altmark*-Katalog⁹⁵⁴, sah im konkreten Fall die Voraussetzungen jedoch nicht als gegeben an. So seien die AMM nicht mit einer im voraus klar definierten Gemeinwohlaufgabe beauftragt worden⁹⁵⁵. Es gehe aus den italienischen Normen nämlich nicht hervor, worin genau die behauptete gemeinwirtschaftliche Dienstleistung besteht⁹⁵⁶. Auch die Kompensationsparameter seien nicht zuvor in objektiver und transparenter Weise festgelegt worden. Es fehlten konkrete Angaben über die Kosten dieser Dienstleistungen sowie eine konkrete Berechnung des angeblich erforderlichen Ausgleichs⁹⁵⁷. Eine derartige Regelung entspreche damit nicht dem dritten Kriterium des *Altmark*-Katalogs, dem Verbot der Überkompensation. Der EuGH verneinte daher das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse⁹⁵⁸.

3. Analyse und Bewertung

Auch das *Enirisorse*-Urteil ist als Bestätigung der *Altmark*-Entscheidung zu werten⁹⁵⁹. Die Tatsache, daß sich der EuGH die Mühe einer detaillierten Prüfung der *Altmark*-Kriterien machte, dürfte dem Bestreben geschuldet sein, Verwirrung in der rechtswissenschaftlichen Literatur vorzubeugen. Die *Enirisorse*-Entscheidung ist ein gutes Beispiel dafür, daß der EuGH zwar bereit ist, den Mitgliedstaaten erheblichen Beurteilungsspielraum im Zusammenhang mit Daseinsvorsorgeleistungen zuzugestehen⁹⁶⁰, gleichzeitig aber gewillt ist, seine Kontrolle auch auszuüben und mitgliedstaatliche Maßnahmen an Art. 87 Abs. 1 EG scheitern zu

953 *GA Stix-Hackl*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 1, 3, 10, 13, 15.

954 *EuGH*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 31.

955 *EuGH*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.

956 *EuGH*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 37.

957 *EuGH*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 37.

958 *EuGH*, Rs. C-34/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.

959 *Bartosch*, *EuZW* 2004, 295 (299).

960 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (*Enirisorse*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158, Fn. 124.