

EU Beihilfen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen
- *Eine mehrdimensionale Betrachtung* -

zur Erlangung des Grades
Doctor rerum politicarum
(Dr. rer. pol.)

Dissertation
von Benedikt Oehl

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. habil. Bernhard Kreße
Zweitgutachterin: Ass.-Prof. Dr. Nadine Georgiou

Dortmund 2022

Oehl, Benedikt (M. Sc.): EU-Beihilfen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen - eine mehrdimensionale Betrachtung,
Dortmund, Technische Universität Dortmund.

Veröffentlichung als Dissertation in der Fakultät
Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Dortmund.

Vorwort

Die hier vorliegende Dissertation wurde im Sommersemester 2022 am Zentralgebiet Wirtschaftsrecht der Technischen Universität Dortmund eingereicht. Die Idee zum Promotionsvorhaben an der TU entstand zum einen aus persönlichem Interesse, zum anderen zur Förderung der Konvergenz in Bezug auf die Erreichung meiner beruflichen Ziele in der öffentlichen Verwaltung.

Ein besonderer Dank gilt an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Kreße für die Betreuung meines Promotionsvorhabens. Herr Dr. Kreße gewährleistete mit seiner menschlichen, kompetenten und zeitweilen erfrischend sarkastischen Art zu jeder Zeit in fachlichen sowie administrativen Belangen eine Betreuung, welche seines Gleichen sucht.

Weiterhin möchte ich mich an dieser Stelle bei meinen Eltern in besonderem Maße für ihre Unterstützung und die Bereitstellung der Rahmenbedingungen bedanken, welche das Promotionsvorhaben überhaupt erst ermöglicht haben.

Auch danke ich Frau Ass.-Prof. Dr. Georgiou für die Bereitschaft zur Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt ebenfalls meiner Lebensgefährtin, für ihre umfangreichen zwischenmenschlichen Unterstützungsleistungen während der Promotion.

Nicht unerwähnt bleiben soll auch mein Teamleiter, welcher mir eine Vereinbarkeit des Promotionsvorhabens mit meiner beruflichen Tätigkeit ermöglichte, soweit die dienstlichen Verpflichtungen dieses zuließen.

Bad Sassendorf im September 22

Benedikt Oehl

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	IV
Abbildungsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	IX
A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Ansätze der Begriffsbestimmung.....	4
III. Entwicklungen von staatlichen Beihilfen.....	9
IV. Erkenntnisinteresse, Zielsetzung und Fragestellung	11
V. Normative Fundierung.....	12
B. Beihilfenrechtliche Vorschriften	20
I. Begriffliche und rechtliche Genese	20
II. Tatbestandsmerkmale Art. 107 AEUV	25
1. Gewährung einer Begünstigung	25
a) Leistungsgewährung	25
b) Belastungsverminderung	28
c) Mittelbare Begünstigung.....	29
2. Übertragung staatlicher Mittel	30
3. Begünstigung bestimmter Produktionszweige.....	35
4. Verfälschung des Wettbewerbs	39
5. Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels	42

C. Rechtfertigung tatbestandlicher Beihilfen	45
I. (Allgemeine) De-Minimis-Beihilfen.....	45
II. Transparenzrichtlinie und Trennungsrechnung	48
III. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO).....	49
IV. Bestehende Beihilfen Art. 108 I AEUV	53
D. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	54
I. Begriffsbestimmung.....	54
II. Altmark-Trans-Urteil des EuGH	57
1. Grundlagen.....	57
2. Altmark-Trans-Kriterien	59
a) Betrauungsakt	59
b) Objektive und transparente Ausgleichsparameter	60
c) Angemessenheit des Ausgleichs	64
d) Auswahl des Unternehmens	64
aa) Vergabeverfahren	65
bb) Effizienztest	69
e) Abschnittsfazit:	77
III. Bereichsausnahmevorschrift Art. 106 II AEUV	79
1. Deklaration als DAWI	81
2. Betrauungsakt	92
3. Verhältnismäßigkeit der Ausgleichszahlungen	97
a) Verhinderung der Aufgabenerfüllung.....	97
b) Erforderlichkeit der Abweichung von den Vertragsvorschriften	101
c) Ausschreibung entbehrlich.....	104

4. Keine Beeinträchtigung des unionsweiten Handelsverkehrs.....	104
5. Abschnittsfazit	110
IV. DAWI-Paket der EU-Kommission	113
1. Übersicht.....	113
2. DAWI - Freistellungsbeschluss	114
3. Unionsrahmen DAWI.....	118
4. DAWI – Mitteilung.....	120
5. DAWI-De-Miminis-Verordnung.....	121
6. Altmark-Trans-Urteil vs. Freistellungsbeschluss	123
7. Abschnittsfazit	124
E. Quantitative Analyse der DAWI.....	126
I. Detaillierte Einzelbetrachtung.....	126
1. Frankreich	127
2. Deutschland	129
II. Gesamtüberblick EU.....	130
III. Einheitliche DAWI Quote	134
IV. Zusammenhang BIP/DAWI.....	140
1. Korrelation nach Bravais Pearson.....	140
2. Pearson Chi-Quadrat-Test.....	145
3. Rangkorrelation nach Spearman.....	146
4. Ergebnisse der Rangkorrelationsanalyse	149
V. Zusammenhang EFI/DAWI.....	151
1. Rangkorrelationskoeffizienten nach Spearman	151
2. Ergebnisse der Rangkorrelationsanalyse	151

VI. Interpretation und Schlussfolgerung:	152
F. Notifizierungsverfahren	153
I. Grundlegendes	153
II. Prozessablauf	153
III. Ermittlung gegen Verstöße	154
IV. Rechtsfolgen bei Verstößen	157
V. Auswirkungen von Vergabefehlern	167
VI. Ex-Post-Monitoring und Berichtspflichten für DAWI	168
G. Gegenwärtige Abhandlungen	169
I. Entscheidung zu DAWI-Voraussetzungen	169
II. Poste Italiane	173
III. Kriterien des DAWI-Freistellungsbeschlusses	178
IV. COVID-19	182
H. Resümee	184
Literaturverzeichnis	XIII
Anhang	XXIX

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 - Zuordnung DAWI.....	8
Abbildung 2 - Rechtshierarchie EU	16
Abbildung 3 - DAWI Quote FR 2012 - 2019	128
Abbildung 4 - DAWI Quote DEU 2012 - 2019	129
Abbildung 5 - Boxplot DAWI Quote.....	136
Abbildung 6 - Verarbeitete Fälle DAWI Quote.....	137
Abbildung 7 - Deskriptive Statistik DAWI Quote.....	137
Abbildung 8 - Perzentile DAWI Quote.....	138
Abbildung 9 - Extremwerte DAWI Quote.....	138
Abbildung 10 - Verarbeitete Fälle BIP/DAWI	143
Abbildung 11 - Test Normalverteilung BIP/DAWI.....	143
Abbildung 12 - Histogramm BIP/DAWI	144
Abbildung 13 - Korrelation Spearman BIP/DAWI.....	149
Abbildung 14 - Effektstärke Cohen BIP/DAWI.....	150
Abbildung 15 - Korrelation EFI/DAWI.....	151

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung
Allg. M.	Allgemeine Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel (Singular)
Aufl.	Auflage
Begr.	Begründer/Begründung
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BSÄ	Bruttosubventionsäquivalent
bzw.	beziehungsweise
Dok.	Dokument
dt.	deutsche
EG/EG-Vertrag	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft in der ab dem 1.5.1999 geltenden Fassung

EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft in der vor dem 1.5.1999 geltenden Fassung
EL	Ergänzungslieferung
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
RAT	Europäischer Rat
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
KMU	Klein- und mittelständische Unternehmen
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FSB	Freistellungsbeschluss
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggü	gegenüber
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung

i. e.	<i>id est</i> , lateinisch „das ist“
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
lit.	litera
lt.	laut
Mio.	Millionen
m. Nachw.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
RAT	Europäischer Rat
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer

Rs.	Rechtssache/n
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannten
StGB	Strafgesetzbuch
Tz.	Textzeichen
Slg	Sammlung
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
verb.	verbundene
Verf.	Verfasser
Vgl./vgl.	Vergleiche/vergleiche
VO	Verordnung
Z. B./z. B.	Zum Beispiel/zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

A. Einleitung

I. Problemstellung

Gemeinwirtschaftliche Unternehmen¹ nehmen in der Volkswirtschaft eine andere Rolle ein als Unternehmen der Privatwirtschaft, welche i.d.R dem Dogma der Gewinnmaximierung folgen.² Sie erbringen oft Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Dienstleistungen in diesem Kontext meinen dabei die Erbringung öffentlicher Aufgaben, mit denen Verpflichtungen für das Gemeinwohl einhergehen.³

Oftmals können diese Dienstleistungen im Gemeinwohlinteresse am freien Markt nicht rentabel erbracht werden, und sind daher auf Unterstützung in Form von Beihilfen angewiesen. Nur durch den Ausgleich der gemeinwohlintuzierten Mehrkosten kann langfristig die Aufrechterhaltung der Versorgung mit diesen gemeinwohlorientierten Diensten gewährleistet sein.⁴ Staatliche Zuwendungen stellen jedoch einen Eingriff in den freien Markt dar und können unter Umständen Marktverzerrungen bedingen. Dieses läuft dem Grundgedanken der Europäischen Union zuwider, nachdem ihr Binnenmarkt Freiheiten in Bezug auf Waren, Dienstleistungen, Niederlassungen, Kapital und Personen garantieren muss. Einschränkungen sind dabei nur durch „exigences impératives“ nicht-wirtschaftlicher Natur zulässig, wobei stets eine Diskriminierung verhindert werden muss.⁵ Eine Maxime ist daher ein angemessener Interessenausgleich zwischen den

¹ Eine trennscharfe bzw. rechtverbindliche Definition des Begriffs „gemeinwirtschaftliche Unternehmen“ ist auch in aktueller Literatur nicht verfügbar.

² *Thiemeyer*, Gewerkschaftliche Monatshefte 03 1972, 129 (129 ff.).

³ KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, S. 8 ff., eur-lex.europa.eu.

⁴ *Schneiderhan*, DaseinsV und VergabeR, S. 42.

⁵ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, Kap. A Rn. 1 ff.

Akteuren des freien Marktes und dem Gemeinwohlinteresse.⁶ Die „raison d’être“ des EU-beihilferechtlichen Verbotes besteht darin, Subventionswettläufe zwischen den Mitgliedsstaaten zu verhindern und nicht mitgliedstaatliches Geldausgabenverhalten zu kontrollieren.⁷

Die Deklaration einer Dienstleistung zur DAWI obliegt hierbei den Mitgliedsstaaten der Union und kann im Einzelfall von der EU - Kommission auf evidente Fehler hin überprüft werden (Evidenzkontrolle).⁸ Die Deklaration einer DAWI ist nur zulässig, insoweit die Aufgabe einen universalen und obligatorischen Charakter aufweist und diese Aufgabe per Hoheitsakt dem Unternehmen übertragen wurde. Oftmals besteht in diesem Zusammenhang ein Leistungs-, oder auch Kontrahierungszwang.⁹ Im Falle eines Marktversagens kann ein staatlicher Eingriff als Korrektiv angesehen und daher als zulässig erachtet werden. In diesem Fall wird dem allgemeinen gesellschaftlichen Interesse Vorrang vor dem Grundgedanken der Liberalökonomie gegeben.¹⁰

In dieser Dissertation werden EU-Beihilfen stets als Fördermittel verstanden, welche staatlichen Institutionen z.B. Ländern, Gemeinden und EU – Mitgliedsstaaten selbst entstammen und deren Administration unterliegen. Zunächst werden die Begriffe „Daseinsvorsorge“, „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und „Dienstleistungen von allgemeinem

⁶ Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 (ex-Art. 86 EGV) Rn. 1 - 3.; Boysen/Neukirchen, Europäisches BeihilfeR, S. 12.

⁷ Bartosch, EU-BeihilfenR, Kap. A Rn. 2.

⁸ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 20, curia.europa.eu; EuGH v. 27.03.1974 - Rs. C-127/73 BRT/SABAM, curia.europa.eu; EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, curia.europa.eu; EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 216, curia.europa.eu.

⁹ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 186 ff., curia.europa.eu.

¹⁰ Lambertz/Hornung, EStAL 11 2019, 329 (332).

wirtschaftlichem Interesse“ erläutert sowie die primärrechtlichen Grundlagen für eine tieferegreifende Untersuchung gelegt. Hierbei wird ein besonderer Fokus auf den Art. 107 I AEUV sowie den Art. 106 II AEUV gelegt. Art. 14 AEUV wird nur am Rande beleuchtet. Die Begrifflichkeit der Daseinsvorsorge findet zwar wie bereits erwähnt im AEUV keine explizite Verwendung, dennoch ist die Erläuterung für eine Darstellung der Zusammenhänge von Relevanz.

Die Beihilfenvorschriften bilden dabei eine Teilmenge der Wettbewerbsvorschriften der Art. 101 ff. AEUV für Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur, d.h marktbezogene Tätigkeiten. Auf die Betrachtung der Grundfreiheiten bzw. des Kartellrechts wird in dieser Dissertation verzichtet. Grundsätzlich sind die Beihilfenvorschriften auf DAWI vollumfänglich anwendbar. Daher betrifft die Problemstellung innerhalb dieser Dissertation vor allem die Auslegung des Beihilfebegriffs auf Tatbestandsebene des Art. 107 I AEUV. Hier wurde durch den EuGH in der Leitentscheidung Altmark-Trans das Vorliegen einer Beihilfe an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.¹¹

Erfüllt eine Ausgleichsleistung den Tatbestand des Art. 107 I AEUV, liegt dem Grunde nach eine unzulässige Beihilfe vor. Hieraus ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen den Wettbewerbsvorschriften innerhalb der Union sowie der gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung der jeweiligen Nationalstaaten. Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses kann der Art. 106 II AEUV herangezogen werden, wodurch die Kommission eine Beihilfe als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklären kann.

¹¹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, curia.europa.eu.

In dieser Dissertation wird auch auf Rechtfertigungsmöglichkeiten eingegangen, welche sich nicht explizit auf DAWI beziehen, da diese für ein Gesamtverständnis des Beihilferegelerwerkes relevant sind. Weiterhin ist im Falle eines Negativbescheides der EU-Kommission bezüglich der DAWI-Eigenschaft eine Genehmigung nach diesen Vorschriften denkbar. Weiterhin ist auch eine freiwillige Notifizierung bei der Europäischen Kommission zur Erlangung einer hinreichenden Rechtssicherheit denkbar.¹²

II. Ansätze der Begriffsbestimmung

Der deutsche Staats- und Verwaltungsrechtler Ernst Forsthoff verstand unter der Daseinsvorsorge, „nicht nur die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität“, sondern ebenfalls „die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art wie Post, Telefonie und Telegrafie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“.¹³ Dieses Verständnis hat sich nach Schweitzer zu einem Referenzbegriff entwickelt, auch wenn es sich hierbei nicht um einen expliziten Rechtsbegriff handelt.¹⁴ In Frankreich hingegen sind die „services publics“ im Verwaltungsrecht fest verankert. Sie umfassen hoheitliche Verwaltungsaufgaben wie auch privatwirtschaftliche Tätigkeiten, die aufgrund von einem allgemeinem öffentlichen Interesses der Staatssphäre zugeordnet werden könnten.¹⁵ Ein für alle Mitgliedsstaaten allgemeingültiges Konzept existiert aufgrund der heterogenen Staatsstruktur der

¹² Aktuelle Entscheidung hierzu: KOM v. 29.04.2021 - ABl. 2021 C 214, eur-lex.europa.eu.

¹³ Forsthoff, Leistungsträger VerW, S. 7, 12, 42 ff.

¹⁴ Schweitzer, DaseinsV, S. 78.

¹⁵ Schweitzer, DaseinsV, S. 61 ff.

Mitgliedsstaaten bis dato nicht.¹⁶ Das Unionsrecht bedient sich daher verschiedener Begrifflichkeiten. Art. 14 AEUV nennt „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Art. 106 II AEUV spricht hingegen von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“.

In Mitteilungen der Kommission werden die Begriffe Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹⁷, Leistungen der Daseinsvorsorge¹⁸ und gemeinwohlorientierten Leistungen verwendet.¹⁹ In älteren Verlautbarungen²⁰ bedient sich die Kommission des Begriffs „Leistungen zur Daseinsvorsorge“, während hingegen in neueren Verlautbarungen²¹ dem Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ der Vorzug gegeben wird. Die Begriffe „Leistungen der Daseinsvorsorge“ bzw. „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ sind dabei nicht als deckungsgleich anzusehen. Das Grünbuch der Kommission definiert „Leistungen der Daseinsvorsorge“ weiter als die der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“.²² DAWI stellen daher eine Teilmenge der DAI

¹⁶ Montag/Leibenath, in: Heidenhain/Donat, EU BeihilfenR, § 30 Rn. 1.

¹⁷ KOM v. 12.5.2004 - Weißbuch DAWI, eur-lex.europa.eu; KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, eur-lex.europa.eu.

¹⁸ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, eur-lex.europa.eu; KOM v. 26.09.1993 - ABl. 1996 C 281 - Mitteilung Daseinsvorsorge, eur-lex.europa.eu.

¹⁹ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Anhang II eur-lex.europa.eu.

²⁰ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, S. 4, eur-lex.europa.eu; KOM v. 26.09.1993 - ABl. 1996 C 281 - Mitteilung Daseinsvorsorge, S. 3, eur-lex.europa.eu.

²¹ KOM v. 12.5.2004 - Weißbuch DAWI, eur-lex.europa.eu; KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, eur-lex.europa.eu.

²² KOM v. 12.5.2004 - Weißbuch DAWI, eur-lex.europa.eu; KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, eur-lex.europa.eu; KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, eur-lex.europa.eu.

dar.²³ Die Kommission hat sich in der Vergangenheit stets um eine Standardisierung bemüht. Die verwendeten Begriffe sind dennoch vielfach wenig trennscharf und weisen einen variablen Charakter auf. Dieses ist nicht zuletzt dem Aspekt geschuldet, dass die Kommission an das EU-Primärrecht sowie die Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. Weiterhin unterliegen diese Begrifflichkeiten, wie auch die EU selbst einem steten dynamischen Wandel. In der Mitteilung der Kommission von 2011 bzgl. eines Qualitätsrahmens für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird dennoch versucht die Begrifflichkeiten hinreichend zu definieren bzw. abzugrenzen.²⁴

- **Dienstleistungen von allgemeinem Interesse:**

Hierbei handelt es sich nach Ansicht der Kommission um Dienstleistungen, welche von den Behörden der jeweiligen Mitgliedsstaaten als „im allgemeinen Interesse liegend“ eingestuft werden. Hieraus ergeben sich spezifische Gemeinwohlverpflichtungen. Die Begrifflichkeit umfasst dabei wirtschaftliche Tätigkeiten (DAWI) wie auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten.²⁵

²³ Jennert, BeihilfenR/DaseinsV, S. 28.

²⁴ KOM v. 20.12.2012 - KOM (2011) 900 Qualitätsrahmen Europa, S. 3 u. 4, eur-lex.europa.eu.; Auf die Darstellung weiterer Begrifflichkeiten wie etwa „Universaldienstverpflichtungen“, „öffentliche Dienst“ etc., wird an dieser Stelle aufgrund der klaren Zielrichtung dieser Dissertation verzichtet und auf die Mitteilungen der Europäischen Kommission verwiesen.

²⁵ KOM v. 20.12.2012 - KOM (2011) 900 Qualitätsrahmen Europa, S. 3, eur-lex.europa.eu.

- **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)**

Die Kommission definiert diese als wirtschaftliche Tätigkeiten, welche dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am [liberalökonomischen] Markt nicht erbracht werden können, oder in Bezug auf Sicherheit, Qualität, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang nicht den [von der EU definierten] Anforderungen entsprechen würden. Es wird darauf hingewiesen, dass die Gemeinwohlverpflichtung dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrages auferlegt werde, welcher eine Gemeinwohlkomponente enthalte, sodass sichergestellt sei, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.²⁶

- **Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.**

Bilden nach Ansicht der Kommission das System der sozialen Sicherung, welche die elementaren Lebensrisiken sowie essenzielle Dienstleistungen abdecken, welche direkt an der betreffenden Person erbracht werden sowie eine präventive und sozial integrierende Funktion innehaben.²⁷ Als Beispiel kann hier das deutsche Sozialversicherungssystem fungieren. Der Begriff der Sozialleistungen von allgemeinem Interesse erstreckt sich dabei sowohl auf wirtschaftliche wie auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten.

²⁶ KOM v. 20.12.2012 - KOM (2011) 900 Qualitätsrahmen Europa, S. 4, eur-lex.europa.eu.

²⁷ KOM v. 26.04.2006 - KOM(2006) Die Sozialleistungen von allgemeinen Interesse in der Europäischen Union, eur-lex.europa.eu.

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass der soziale Zweck einer Dienstleistung als solcher nicht genügt, um eine nicht wirtschaftliche Tätigkeit zu deklarieren.²⁸

In dieser Dissertation wird der Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, zugrunde gelegt. Zum einen, da dieser die individuellen nationalstaatlichen Verständnisse davon was Aufgabe des Staates ist, hinreichend subsumiert zum anderen, da sich dieser Begriff im Unionsrecht wiederfindet.²⁹ Hiervon abzugrenzen sind die hoheitlichen Dienste eines Staates wie beispielsweise Ordnungsbehörden etc.

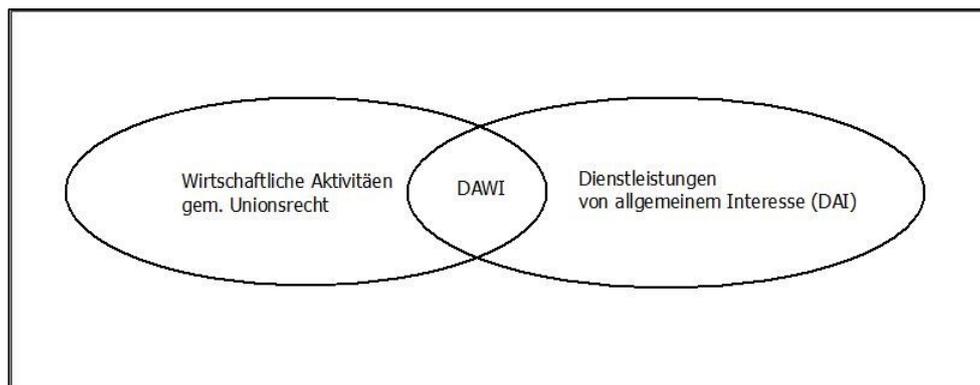


Abbildung 1 - Zuordnung DAWI

²⁸ KOM v. 20.12.2012 - KOM (2011) 900 Qualitätsrahmen Europa, S. 4, eur-lex.europa.eu; EuGH v. 22.05.2003 - Rs. C-355/00 Frescot, Rn. 77, curia.europa.eu; EuGH v. 22.01.2002 - Rs. C-218/00 INAIL, Rn. 37, curia.europa.eu.

²⁹ KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, Rn. 15 ff., eur-lex.europa.eu.

III. Entwicklungen von staatlichen Beihilfen

Seit dem 20. Jahrhundert hat sich die Rolle des Staates zunehmend auch auf die Erbringung von Versorgungsleistungen für seine Bevölkerung ausgeweitet. Dieses geschah häufig durch öffentliche Unternehmen, welche durch Ausschließlichkeitsrechte vor den Marktgesetzen geschützt tätig werden konnten. Vor allem betraf dieses die Bereiche Telekommunikation, Energie, Postdienstleistungen sowie den Schienenverkehr.³⁰

Der in den 1990er Jahren aufkommende Marktliberalismus mit seiner dazugehörigen Renditeorientierung in Verbindung mit staatlichen Budgetrestriktionen führte zu einer zunehmenden Privatisierung der eigentlich öffentlichen Versorgungswirtschaft. Der Staat lagerte diese Aufgaben an staatlich kontrollierte eigenständige Rechtsträger aus und setzte sie so dem freien Wettbewerb aus.³¹ Der Staat sah seine Aufgabe daher weniger in einer direkten Leistungserbringung, sondern in der Überwachung der Leistungserbringung durch Dritte.³² Diese Liberalisierung machte eine Finanzierung der gemeinwirtschaftlich bedingten Mehrkosten aufseiten der Aufgabenerfüller notwendig. Weiterhin entstand so überhaupt erst eine Relevanz für das europäische Beihilferecht, denn monopolistisch agierende und mit Ausschließlichkeitsrechten ausgestattete öffentliche Unternehmen sind dem Wettbewerb entzogen und daher nicht wirtschaftlich tätig, was wiederum zu einer Nichterfüllung des Beihilfetatbestands des Art. 107 I AEUV führt.³³

³⁰ Pielow, JuS 2006, 692 (692).

³¹ Holoubek, VVDStRL 60 2001, 573 (573).

³² Holoubek, VVDStRL 60 2001, 573 (579); Nettesheim, EWS 2002, 253 (253).

³³ Jennert, BeihilfenR/DaseinsV, S. 28 ff.

Die aktuellen Entwicklungen finden sich in der EU Wachstumsstrategie, definiert als „Europa 2020“.³⁴ Oberste Maxime der EU ist dabei die Verwirklichung einer intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wirtschaft innerhalb der Union. Wichtigster Garant ist dabei der Binnenmarkt. Im Zuge dessen modernisiert die EU-Kommission seit 2012 im Rahmen des „State Aid Modernisation“ (SAM) das Beihilferecht.³⁵ Die Notwendigkeit einer Modernisierung ist nach Ansicht der Kommission geboten, um die Qualität der wettbewerbsrechtlichen Würdigung zu verbessern und weiterhin einen nachhaltigeren Einsatz der öffentlichen Mittel zu gewährleisten. Gleichzeitig müssen Wettbewerbsverzerrungen, welche das Ziel eines funktionierenden Binnenmarktes konterkarieren, entsprechend verhindert werden.³⁶

Folgende drei Ziele verfolgt die Kommission mit der Modernisierung des Beihilferechts:³⁷

1. Förderung eines nachhaltigen, intelligenten und integrativen Wachstums in einem wettbewerbsfähigen Binnenmarkt
2. Konzentration der ex-ante Prüfung der Kommission auf Fälle mit besonders großen Auswirkungen auf den Binnenmarkt und Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung der EU-Beihilfavorschriften
3. Straffung der Regeln und schnellerer Erlass von Beschlüssen

³⁴ KOM v. 03.03.2021 - KOM(2010) 2020 end.,

³⁵ KOM v. 08.05.2012 - Modernisierung des EU-Beihilferechts KOM(2012) 209 endg, S. 2, eur-lex.europa.eu.

³⁶ KOM v. 08.05.2012 - Modernisierung des EU-Beihilferechts KOM(2012) 209 endg, S. 3, eur-lex.europa.eu.

³⁷ KOM v. 08.05.2012 - Modernisierung des EU-Beihilferechts KOM(2012) 209 endg, S. 4 ff., eur-lex.europa.eu.

Im Ergebnis sollen daher ein schnelleres und einfacheres Verfahren sowie eine Schwerpunktsetzung auf Fälle größerer Dimensionen stehen. Aufseiten der Mitgliedstaaten steigt in diesem Zuge die Verantwortung für die Gewährleistung einer korrekten Durchsetzung der Beihilfavorschriften. Dieses spiegelt sich vor allem in der Gewährleistung einer fristgerechten Übermittlung von Informationsdaten durch die Mitgliedsstaaten wieder, welche die Europäische Kommission zur Evaluation der Fördersysteme benötigt.³⁸ Die Durchsetzung des Beihilferechts soll durch eine verstärkte ex-post-Kontrolle (Monitoring) erreicht werden. Dieses führt einerseits zur mehr einzelstaatlicher Autonomie auf der anderen Seite, aber auch zu einem höheren Arbeitsaufwand aufseiten der Mitgliedsstaaten.³⁹

IV. Erkenntnisinteresse, Zielsetzung und Fragestellung

Das Ziel dieser Dissertation ist es, einerseits den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen sowie der EU-Beihilfen darzustellen, andererseits zu untersuchen, inwieweit Beihilfen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen zulässig und geboten sind. Hierbei soll die Frage beantwortet werden, inwieweit die unterschiedlichen Institutionen⁴⁰ auf EU-Ebene Regelungen geschaffen haben und welchen Weisungscharakter diese indizieren. Von besonderer Wichtigkeit in Bezug auf das übergeordnete Thema sind hier die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Es wird erwartet, dass für Beihilfen an

³⁸ KOM v. 10.11.2014 - State aid modernisation, Competition policy brief 11/2014; BMWI v. 10.01.2016 - Handbuch staatl. Beihilfen BMWi-EA6 01/2016, S. 20 ff.

³⁹ KOM v. 08.05.2012 - Modernisierung des EU-Beihilferechts KOM(2012) 209 endg, S. 9, eur-lex.europa.eu.

⁴⁰ EuGH/EuG/KOM/RAT

gemeinwirtschaftliche Unternehmen grundsätzlich die gleichen Wettbewerbsregeln angewendet werden, wie sie auch für andere gewinnorientierte Unternehmen gelten. Um dem Interesse des Allgemeinwohles zu dienen, werden zur Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse allerdings Ausnahmetatbestände aufgeführt.

V. Normative Fundierung

Die primärrechtlichen Grundlagen sind in den Art. 107 bis 109 AEUV geregelt. Art. 108 AEUV enthält das Prüfungs- und Durchführungsrecht seitens der EU-Kommission. Art. 109 AEUV garantiert die Ermächtigung des EU-Rates zum Erlass von Durchführungsverordnungen. Dem Grunde nach sind staatliche Beihilfen an Unternehmen gem. Art. 107 AEUV unzulässig. *„Soweit in den Verträgen 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 Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Art. 107 II AEUV definiert sogleich Legalausnahmen vom generellen Beihilfeverbot für Sozialbeihilfen oder Beihilfen im Falle von Katastrophen ohne Ermessensspielraum seitens der Kommission. Art. 107 III AEUV regelt entsprechend Ausnahmen mit Ermessensspielraum seitens der Kommission zum Ausgleich eines etwaigen Marktversagens innerhalb der Union.

Der Begriff der Beihilfe wurde in der Vergangenheit stets weit ausgelegt. So können finanzielle Zuwendungen, ebenso wie Belastungsverminderungen eine [ggf. unzulässige] Beihilfe darstellen.⁴¹

In Bezug auf die DAWI kann der Art. 106 II AEUV angeführt werden. *„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, 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 Union zuwiderläuft“*

Demnach sind die wettbewerbsrechtlichen Regeln dem Grunde nach auch auf gemeinwirtschaftliche Unternehmen (welche mit DAWI betraut sind) anzuwenden.⁴² Ausnahmetatbestände sind insofern zulässig, wo dieses zur Erbringung der DAWI und des damit verbundenen gesamtgesellschaftlichen Interesses unerlässlich ist.⁴³ Innerhalb der juristischen wie auch nicht-juristischen Fachliteratur werden unterschiedliche Auffassungen vertreten, ob nun dem Grundsatz des freien Marktes oder des Gemeinwohlinteresses Vorrang eingeräumt werden soll.⁴⁴

⁴¹ Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 11 ff.

⁴² Gärtner, ZEuS 2005, 239 (241).

⁴³ EuGH v. 29.11.2007 - Rs. 393/05 Kommission/Österreich, Rn. 35, curia.europa.eu.

⁴⁴ In dieser Dissertation liegt der Focus auf Betrachtung der juristischen Literatur. Für eine detaillierte Betrachtung soziologischer/philosophischer Aspekte sei auf die folgende Fachliteratur verwiesen. Neu, Claudia – Daseinsvorsorge 2009 Wiesbaden; Lesch, Walter - Gesellschaft-Gemeinschaft-Gemeinwohl 1993 Frankfurter Arbeitspapiere; Anderheiden, Michael - Gemeinwohl in Republik und Union 2020 Tübingen.

Auf der einen Seite wird, postuliert grundsätzlich zu Gunsten der DAWI zu entscheiden.⁴⁵ Auf der anderen Seite wird auch eine sorgsame Abwägung aller Interessen als geboten erachtet.⁴⁶ Die Kommission selbst folgt dem Prinzip einer Einzelfallentscheidung mit hinreichender Abwägung beider Interessen und bedient sich dabei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁷ Nach diesem Grundsatz ist laut EuGH staatliche Einflussnahme nach ihrer Erforderlichkeit zu beurteilen. Scheint keine alternative Maßnahme mit geringerem Einfluss auf den Markt geboten, sind in einer Einzelfallbetrachtung der Nutzen und die negativen Auswirkungen abzuwägen.⁴⁸

Beauftragt eine nationale Regierung innerhalb des Unionsgebiets, ein Unternehmen mit der Erbringung von DAWI und entschädigt das jeweilige Unternehmen für den Mehraufwand, der dem Unternehmen aufgrund der DAWI erwächst, so werden nach Rechtsprechung des EuGH solche Ausgleichszahlungen nicht als Beihilfen angesehen, sofern bestimmte Kriterien zur Aufwandsentschädigung und Mittelverwendung erfüllt sind. Es liegt in dem Falle keine Beihilfe vor, welche nach Art. 107 AEUV unzulässig ist.⁴⁹ Nach europäischen Primärrecht⁵⁰ in Gestalt des AEUV ist die EU-Kommission für die Kontrolle und Vollzug des Beihilferechts zuständig.⁵¹

⁴⁵ *Ronellenfitsch*, in: Blümel/Doehring, Daseinsvorsorge, S. 53 u. 94.

⁴⁶ *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (339).

⁴⁷ KOM v. 15.11.2001 - ABl. 2001 C 320 - öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Rn 28 ff., eur-lex.europa.eu.

⁴⁸ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 13 ff., curia.europa.eu.

⁴⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 89 ff., curia.europa.eu.

⁵⁰ KOM - Das Primärrecht der Europäischen Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE> vom 13.03.2020 zugegriffen am 18.12.2021.

⁵¹ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, Kap. A Rn. 4.

Verfahren der Kommission richten sich immer gegen den Staat, in dem die Beihilfe gewährt wurde (beispielsweise Deutschland). Die verschiedenen nationalen Beihilfegeber (wie Bundes- und Landesministerien, Kommunen und Förderbanken) sind am Prozess nur mittelbar beteiligt und werden im Falle von Deutschland vom BMWI (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) vertreten [andere Länder der Union analog]. Grund hierfür ist, dass das BMWI Vertragspartei nach dem AEUV ist.⁵² Innerhalb des Unionsrechts wird nach Rangfolge zwischen Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht unterschieden. Das Primärrecht ist dabei Maßstab für die Rechtmäßigkeit von Sekundär- und Tertiärrecht. Das Sekundärrecht Maßstab für das Tertiärrecht.

Das Primärrecht setzt sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen zusammen und umfasst unter anderem den in dieser Dissertation oft zitierten AEUV einschließlich der Protokolle und Anhänge.⁵³ Sekundärrecht bezeichnet das den Organen der EU nach Maßgabe der Verträge erlassene Recht gem. Art. 288 Abs. 1 AEUV. Es beruht auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und bedarf jeweils einer Rechtsgrundlage im Primärrecht. Relevant für diese Dissertation sind vor allem: Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen und Beschlüsse.⁵⁴

⁵² BMWI - Beihilfekontrollpolitik, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Europa/beihilfenkontrollpolitik.html> vom 19.05.2020 zugegriffen am 18.12.2021.

⁵³ KOM - Arten von EU-Rechtsvorschriften, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_de vom 09.10.2020 zugegriffen am 18.12.2021.

⁵⁴ KOM - Das Primärrecht der Europäischen Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE> vom 13.03.2020 zugegriffen am 18.12.2021.

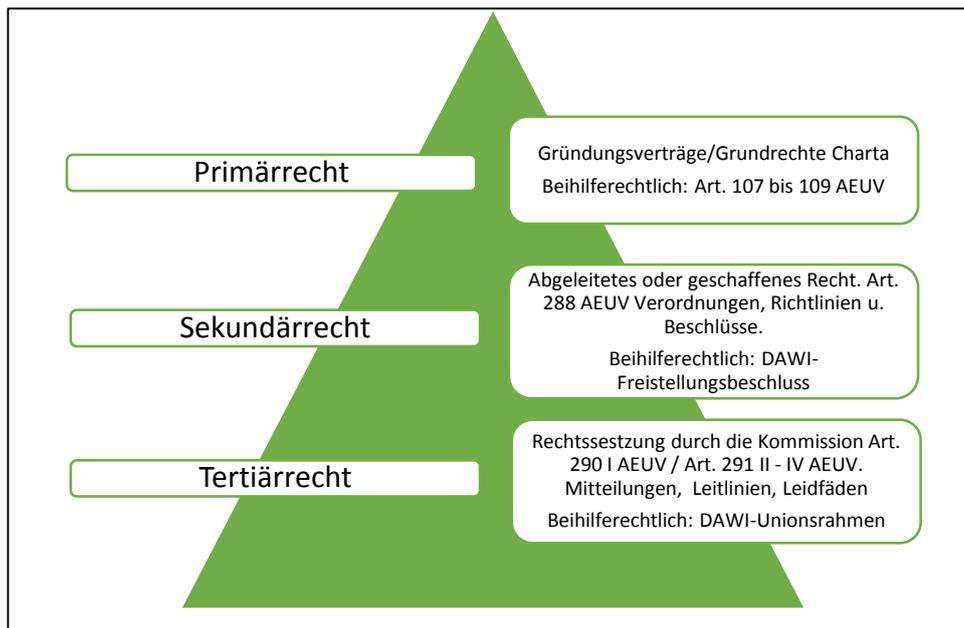


Abbildung 2 - Rechtshierarchie EU⁵⁵

Entscheidungen der EU-Kommission in Bezug auf Beihilfeverfahren werden online⁵⁶ unter sowie in den EU-Amtsblättern⁵⁷ publiziert. Betriebswirtschaftlich finden beihilferechtliche Aspekte im Prüfungsstandard⁵⁸ 700 (IDW PS 700). des Instituts der Wirtschaftsprüfer⁵⁹ Anwendung. Hiernach sind beihilferechtliche Normen bei

⁵⁵ Reus/Mühlhausen/Stöhr, Haushalts- und BeihilfeR, S. 32.

⁵⁶ Abruf unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/

⁵⁷ Abruf unter: <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=de>

⁵⁸ Berufsauffassung der Wirtschaftsprüfer (WP) zu bestimmten prüferischen Fragestellungen siehe: Beeck, Volker - Prüfungsstandard, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/pruefungsstandard-46165/version-269451> vom 15.08.2018 zugegriffen am 19.3.2022.

⁵⁹ Eingetragener Verein, der die Fachgebiete der Wirtschaftsprüfer sowie die Weiterentwicklung des Berufsbildes fördert und unterstützt. siehe: IDW - Kurzportrait, <https://www.idw.de/idw/ueber-uns/Kurzportrait> vom 02.02.2019 zugegriffen am 19.3.2022.

Unternehmensprüfungen hinreichend zu beachten, dieses gilt insbesondere bei Beihilfen zugunsten öffentlicher Unternehmen.⁶⁰

Die zentrale Durchführungsverordnung VO 2015/1589 regelt das Prüfungs- und Kontrollverfahren der EU-Kommission und konkretisiert damit die primärrechtliche Vorschrift des Art. 108 AEUV.⁶¹ Die Verordnungen gelten gem. Art. 288 AEUV II in jedem Staat der Union. Beschlüsse sind nach Art. 288 IV AEUV grundsätzlich verbindlich. Leitlinien und Mitteilungen haben nach Art. 288 V AEUV keine Rechtswirkung. Die Mitgliedstaaten der EU verfügen über keine eigene Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf das Beihilferecht. Europäisches Recht geht nach EuGH Urteil vom 15.06.1964 6/64 vor. Nationales Recht darf dabei die Durchsetzung von EU Recht nicht verhindern (effet utile).⁶²

Wie bereits eingangs erwähnt existiert keine einheitliche Definition von gemeinwirtschaftlichen Unternehmen. Um dennoch eine möglichst trennscharfe Struktur der Dissertation zu gewährleisten wird daher die folgende Definition Verwendung finden. Jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, welche überwiegend Güter oder Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbringt.⁶³

Nach Definition des EuG muss ein Unternehmen als Einheit organisiert sein. D.h. *„jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, die dauerhaft einen bestimmten*

⁶⁰ Adelfang/Bottermann, WPg 2013, 30 (38).

⁶¹ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, eur-lex.europa.eu.

⁶² Schwabe/Finkel, Allg. VerwR, S. 197 ff.

⁶³ EuGH v. 23.04.1991 - Rs. C-41/90 Macrotron, Rn. 21, curia.europa.eu.

*wirtschaftlichen Zweck verfolgt.*⁶⁴ Dies ist insofern von Relevanz da gem. AEUV nur Zuwendungen an Unternehmen, beihilferechtlich relevant sind. Für das Vorliegen einer Unternehmenseigenschaft ist es nach Ansicht des EuGH weiterhin notwendig, eine „*wirtschaftliche Tätigkeit*“ auszuüben. Grundsätzlich verfolgt der EuGH hier eine weite Auslegung dieses Begriffs, wonach eine wirtschaftliche Tätigkeit „*jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten*“, darstellt.⁶⁵ Die Vereinbarung eines Entgeltes oder auch eine Gewinnerzielungsabsicht wurde in einigen Entscheidungen des EuGH allerdings nicht als Kriterium für eine wirtschaftliche Tätigkeit angesehen.⁶⁶ Folgt man dieser Ansicht, können auch gemeinnützige bzw. non-profit-Unternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, insofern Sie Waren oder Dienstleistungen anbieten.⁶⁷ Gemeinwirtschaftlichkeit bzw. Handlungen gemeinwirtschaftlicher Unternehmen zeigen sich besonders darin, dass diese im Interesse der Allgemeinheit bzw. im Interesse der übergeordneten Gesellschaft erfolgen. Der Aufgabenerfüllung liegt daher ein besonderes öffentliches Interesse zugrunde, und es wird weiterhin eine Verwirklichung des Solidaritätsprinzips angestrebt.⁶⁸

⁶⁴ EuG v. 10.03.1992 - Rs. T-11/89 Shell/Kommission, Rn. 311, curia.europa.eu.

⁶⁵ EuGH v. 12.09.2000 - verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 Pavlov, Rn. 75, curia.europa.eu; EuGH v. 16.06.1987 - Rs. C-118/85 Italien/Kommission, Rn. 7, curia.europa.eu.

⁶⁶ EuGH v. 23.04.1991 - Rs. C-41/90 Macrotron, curia.europa.eu; EuGH v. 29.10.1980 - Rs. C-209 bis 215 u. 218/78 van Landewyck/Kommission, Rn. 87–88, curia.europa.eu; *Schroeder/Schuhmacher/Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 56.

⁶⁷ *Haratsch/C. Koenig/Pechstein*, EuropaR, Kap. 3 IV Rn. 1115; *Schroeder/Schuhmacher/Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 101 AEUV Rn. 57; *Emmerich/Zimmer*, in:

Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Art. 101 AEUV Rn. 20 ff.

⁶⁸ *Thiemeyer*, Gewerkschaftliche Monatshefte 03 1972, 129 (S. 2 ff.).

In jüngeren Entscheidungen hat sich der EuGH von seiner weiten Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit teilweise entfernt und Einschränkungen bzw. Konkretisierungen vorgenommen. Von Relevanz in Bezug auf diese Dissertation betrifft dieses vor allem Einschränkungen bei Verfolgung sozialer Zwecke. In neuerer Rechtsprechung wurden vom EuGH Einschränkungen für Tätigkeiten am Markt mit sozialem oder rein karitativem Zweck vorgenommen. Dem Grunde nach kann der unionsrechtliche Unternehmensbegriff auch auf gemeinnützige Unternehmen angewendet werden, aber der EuGH hat in einigen Fällen Organisationen welche soziale Zwecke verfolgen vom Unternehmensbegriff ausgeschlossen.⁶⁹

Hingegen war bei einem Urteil betreffend der gesetzlichen Krankenkasse AOK der soziale Zweck alleine nicht ausreichend um die Einstufung als Unternehmen zu negieren.⁷⁰ Vielmehr war es zusätzlich auch notwendig, keine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Diese beiden Merkmale werden vom EuGH allgemein für soziale Sicherungssysteme veranschlagt.⁷¹ In diesem Punkt ist die Rechtsprechung daher wenig konsistent. Art. 106 Abs. 2 AEUV schränkt das grundsätzliche Beihilfeverbot für Unternehmen, welche mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, unter bestimmten Bedingungen ein. Diese Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) bilden eine zentrale Säule dieser Dissertation und werden in Kapitel D noch detaillierter betrachtet.

⁶⁹ EuGH v. 22.01.2002 - Rs. C-218/00 INAIL, Rn. 37 u. 45 ff., curia.europa.eu; EuGH v. 12.09.2000 - verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 Pavlov, Rn. 118, curia.europa.eu.

⁷⁰ EuGH v. 16.03.2004 - Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 AOK, Rn. 47, curia.europa.eu.

⁷¹ EuGH v. 16.03.2004 - Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 AOK, Rn. 47, curia.europa.eu.

B. Beihilfenrechtliche Vorschriften

I. Begriffliche und rechtliche Genese

Bereits im Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV) waren Regelungen betreffend eines Subventions- bzw. Beihilfeverbotes für den Kohle- und Stahlsektor zu finden (z.B Art. 4 EGKSV). Mit Gründung der EWG bis zum Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages waren die Beihilfenvorschriften in Art. 92 bis 94 EWGV zu finden. Die Ausnahmebestimmung bezüglich Kulturbeliefen (Art. 87 Abs 3 lit. D. EGV) wurde in den Maastrichter Vertrag implementiert. Die Bestimmung über Altbeihilfen für den Schiffbau (Art. 87 III lit. C S. 2 EGV) wurde im Vertrag von Nizza aufgegeben. Im Lissabonner Vertrag sind die Regelungen betreffend staatlicher Beihilfen in der Europäischen Gemeinschaft gleich zu den Art. 87 bis 98 EGV in den Art. 107 bis 109 AEUV zu finden. Diese sind den Wettbewerbsregeln des dritten Teils, Titel VII, erstes Kapitel des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) angehörig.⁷²

Von Wallenberg und Schütte weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Beihilfekontrolle bzw. Beihilfepolitik der EU in Ihren Anfängen nur eine unterordnete Bedeutung hatte. Seit den 1990er-Jahren sei diese aber mehr in den Fokus der Wettbewerbspolitik geraten. Nachdem sich eine fundierte Fallpraxis entwickelt habe, sei dieser Entwicklung durch die Kommission Rechnung getragen worden. Dieses erfolgte durch eine Publikation von Verordnungen, Mitteilungen, Leitlinien und Unionsrahmen

⁷² *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 1-2.

mit dem Ziel der Transparenzerhöhung.⁷³ Die Verfahrensvorschrift des Art. 108 AEUV wurde durch die Rechtsprechung des EuGH fortlaufend konkretisiert.⁷⁴

Mit dem Ziel einer wirksamen Beihilfeüberwachung sowie einer Verwaltungsvereinfachung wurde erstmals 1998 die Kommission nach Art. 109 AEUV ermächtigt zu erklären, dass bestimmte Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar seien. Weiterhin unterliegen diese nicht der Anmeldung bei der Kommission nach Art. 108 III AEUV. Dieses wurde in Form von Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) erklärt, welche 2006 durch allgemeine Gruppenfreistellungsverordnungen (AGVO) abgelöst wurden.⁷⁵ Trotz der Publikation von VO obliegt der Kommission weiterhin die Kontrollfunktion in Bezug auf die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt.⁷⁶

Der Begriff der Beihilfe wird in Art. 107 Abs. 1 AEUV definiert. Aufgrund des Wortlautes in Art. 107 I AEUV „Beihilfen gleich welcher Art“, wurde der Begriff extensiv verstanden und weit ausgelegt.⁷⁷ Hierdurch sollte einer Umgehung der Beihilfevorschriften durch die Mitgliedsstaaten vorgebeugt werden.⁷⁸

⁷³ *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 3.

⁷⁴ EuGH v. 29.07.2019 - Rs. C-654/17 P BMW/Kommission, Rn. 148 ff., curia.europa.eu; EuGH v. 05.03.2019 - Rs. C-349/17 Eesti Pagar, Rn. 101 ff.; EuGH v. 21.06.2016 - Rs. C-493/14 Dilly's Wellnesshotel, Rn. 50, curia.europa.eu.

⁷⁵ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 9, eur-lex.europa.eu; KOM v. 20.11.2006 - ABl. 2006 L 363 - VO EU Nr. 1791/2006, S. 1 ff., eur-lex.europa.eu.

⁷⁶ KOM v. 22.03.1999 - ABl. 1999 L 83 - VO (EG) Nr. 659/1999, S. 1 ff., eur-lex.europa.eu; KOM v. 07.05.1998 - ABl. 1998 L 142 - VO (EG) Nr. 994/98, S. 1, eur-lex.europa.eu.

⁷⁷ *Mederer*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU - Recht, Art. 107 Rn. 4.; *Hakenberg/Tremmel*, EWS 1997, 217 (217).; *Herrmann*, ZEuS 2004, 415 (428).

⁷⁸ *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 5.

Von Wallenberg und Schütte führen hierzu allerdings an, dass die Kommission zunehmend auch eine restriktivere Sichtweise auf den Beihilfebegriff vertrete. Als Beispiel wird angeführt, dass die Kommission geringfügige Begünstigungen welche von den Mitgliedsstaaten an Unternehmen gewährt werden, vom Beihilfebegriff ausgenommen habe.⁷⁹ In Folge müssen diese nicht mehr nach Art. 108 AEUV III notifiziert werden. Hierdurch konnte nach Ansicht der Autoren der Fokus auf rechtlich schwierige und wirtschaftspolitisch bedeutendere Fälle gelegt werden.⁸⁰ Durch Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Art. 107 I AEUV hat die Rechtsprechung ihrerseits eine engere Auslegung forciert.⁸¹ Im Rahmen der Verabschiedung des “Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union” (AEUV) erfolgte eine Neuordnung zahlreicher Normen des früheren EG-Vertrages. Die Beihilfevorschriften aus Artikel 87, 88 und 89 EG-Vertrag wurden katalogisch den Artikel 107, 108 und 109 AEUV zugeordnet.

In dieser Dissertation wurde nach Möglichkeit stets die aktuellste Auflage der verwendeten Literatur herangezogen. Sollte Literatur verwendet worden sein, welche noch den Rechtsstand des EG Vertrages zugrunde legt, wurde diese Rechtsnorm an den AEUV-Katalog angepasst.

Wird die Begrifflichkeit der EU-Beihilfen verwendet, sind hierunter Zuwendungen durch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union an Unternehmen zu verstehen. Es soll so eine deutliche und trennscharfe Abgrenzung zu weiteren Finanzierungsprogrammen erfolgen, welche in der

⁷⁹ KOM v. 18.12.2013 - ABl. 2013 L 352, S. 1 ff., eur-lex.europa.eu.

⁸⁰ *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 5.

⁸¹ EuGH v. 19.12.2013 - Rs. C-262/12 *Vent de Colère*, Rn. 33, curia.europa.eu; EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 *Altmark Trans*, curia.europa.eu; EuGH v. 13.03.2001 - Rs. C-379/98 *Preussen Elektra*, curia.europa.eu.

Europäischen Union existieren, aber nicht oder nicht ausschließlich dem Beihilfenrecht unterliegen.⁸²

Rechtsfolge dieses Artikels ist, dass staatliche Beihilfen, welche durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen (bzw. zu verfälschen drohen), dem Binnenmarkt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.⁸³ Art. 107 Abs. 2 AEUV definiert sogleich Legalausnahmen ohne Ermessensspielraum seitens der Kommission sowie Art. 107 Abs. 3 AEUV entsprechend Ausnahmen mit Ermessensspielraum.⁸⁴ Nach herrschender Meinung wird davon ausgegangen, dass der Beihilfebegriff die Gewährung einer Begünstigung im weitesten Sinne voraussetze („gleich welcher Art“). Da dieses auch Belastungsminderungen umfasst, ist der Beihilfebegriff weiter auszulegen als der Begriff einer Subvention, welcher sich auf Gewährung von Geld- oder Sachleistungen beschränkt.⁸⁵ Der Beihilfebegriff wurde in der Rechtsprechung des EuGH fortlaufend konkretisiert. Nach Ansicht des EuGH erstreckt sich der Begriff der Beihilfe auch auf Maßnahmen „die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die

⁸² Für weitere Information siehe: KOM - Überblick über Finanzierungsprogramme, https://ec.europa.eu/info/overview-funding-programmes_de vom 02.02.2022 zugegriffen am 19.3.2022.

⁸³ *Mederer*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU - Recht, Art. 107 Rn. 3.

⁸⁴ *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 107 Rn. 137.

⁸⁵ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 Rn. 10; *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 107 Rn. 5 ff; *Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettberwerbsR, Art. 107 Rn. 5 ff.

somit zwar keine Subvention im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen“.⁸⁶

Heidenhain weist in diesem Zusammenhang drauf hin, dass die Ermäßigung oder der Erlass von Steuern bzw. Sozialversicherungsbeiträgen ebenso wie die Gewährung von Kapital oder Darlehen, die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen eine Beihilfe beinhalten könnten.⁸⁷ Aufgrund der Vielfalt an möglichen Begünstigten sowie der dynamischen Begriffsentwicklung im Zeitablauf, ist eine genaue Definition nicht verfügbar und oftmals auch nicht Anspruch.⁸⁸ Nach herrschender Meinung werden die Folgenden 5 Tatbestandsmerkmale definiert.⁸⁹

- A. Gewährung einer Begünstigung
- B. Übertragung staatlicher Mittel
- C. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige
- D. Verfälschung des Wettbewerbs
- E. Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Im Weiteren erfolgt eine genauere Erläuterung dieser Tatbestandsmerkmale.

⁸⁶ EuGH v. 19.05.1999 - Rs. C-6/97 Italien/Kommission, Rn. 15, curia.europa.eu; EuGH v. 15.03.1994 - Rs. C-387/92 Banco Exterior, Rn. 13–14, curia.europa.eu; EuGH v. 23.02.1961 - Rs. C-30/59 De Gezamenlijke Steenkolemijnen, Rn. 52, curia.europa.eu.

⁸⁷ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, § 3 Rn. 2.

⁸⁸ Mederer, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettbewerbsR, Art. 107 Rn. 5 ff; Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 107 Rn. 26; Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 Rn. 10.

⁸⁹ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, § 4 Rn. 1 ff; Bartosch, EU-BeihilfenR, Art. 107 AEUV Rn. 1 ff; Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 107 Rn. 24 ff.

II. Tatbestandsmerkmale Art. 107 AEUV

1. Gewährung einer Begünstigung

Unter einer Begünstigung kann nach herrschender Meinung eine Leistungsgewährung wie auch eine Belastungsverminderung verstanden werden. Wichtig ist hierbei die Auswirkung der jeweiligen Maßnahme. Dem begünstigten Unternehmen wird ein wirtschaftlicher Vorteil zu Teil, da dieses für die Begünstigung keine marktgerechte bzw. angemessene Gegenleistung zu erbringen hat.⁹⁰

a) Leistungsgewährung

Werden einem Unternehmen durch staatliche Maßnahmen Begünstigungen gewährt, so handelt es sich hierbei nach herrschender Rechtsprechung um eine Beihilfe, insofern das begünstigte Unternehmen diese unter regulären Marktbedingungen nicht erhalten hätte.⁹¹ Wesentliches Merkmal des Beihilfebegriffs ist daher das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung aufseiten des begünstigten Unternehmens.⁹²

Als Beispiele können die folgenden Sachverhalte dienen.⁹³

- Zuführung von Kapital [...zu vergünstigen Kondition]
- Die Gewährung von Darlehen [... ohne Sicherheiten]

⁹⁰ *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 107 Rn. 28; EuGH v. 29.04.1999 - Rs. C-342/96 Tubacex, Rn. 41, curia.europa.eu; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 Rn. 10; *Harings*, EU BeihilfeR, S. 13 ff; *Lübbig/Martin-Ehlers*, EU Beihilfenrecht, S. 57 ff.

⁹¹ EuGH v. 11.07.1996 - Rs. C-39/94 SFEI, Rn. 60, curia.europa.eu; EuG v. 14.12.2000 - Rs. T-613/97 Ufex, Rn. 70, curia.europa.eu; EuG v. 13.06.2000 - verb. Rs. T-204/97 u. 270/97 EPAC, Rn. 66, curia.europa.eu.

⁹² *Mederer*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU - Recht, Art. 107 Rn. 7; *Niemeyer*, EuZW 1993, 273 (273 ff.); *Müller-Graff*, ZHR 152 1988, 403 (418).

⁹³ Keine Abschließende Aufzählung

- Die Übernahme von Bürgschaften/Garantien
- Die Erbringung von Dienstleistungen
- Die Veräußerung von Grundvermögen

Sollte die Gegenleistung z.B in Form von zu entrichtender Zinsen durch den Empfänger geringer ausfallen, als marktüblich zu erwarten, handelt es sich bei den o.g Beispielen um eine Beihilfe. Als marktüblich kann die Gegenleistung angesehen werden, wenn diese zu Konditionen wie bei einem normalen Handelsgeschäft erfolgt.⁹⁴ Agiert der Staat [bzw. allgemein gesprochen der Beihilfegeber] hingegen wie ein privates Unternehmen, welches sich im kompetitiven Umfeld befindet und vergibt seine Kapitalzuführungen o. ä. zu marktüblichen Konditionen, liegt keine Beihilfe vor.⁹⁵ In diesen Zusammenhang wird auch vom Grundsatz des „private investors“ bzw. „market economy operator“ gesprochen. Entscheidend hierbei ist, welche Gegenleistung ein ausschließlich renditemaximierender privatwirtschaftlicher Vergleichsinvestor für das entsprechende Investment verlangt hätte. Das Kriterium gilt als erfüllt, wenn die tatsächliche Gegenleistung mindestens die Höhe der vom hypothetischen Vergleichsinvestor erwarteten Rendite erreicht.⁹⁶

⁹⁴ *Heidenhain*, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, § 4 Rn. 2.

⁹⁵ *Heidenhain*, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, § 4 Rn. 2.

⁹⁶ EuGH v. 21.03.1991 - Rs. C-305/89 Alfa Romeo, Rn. 17 ff., curia.europa.eu; EuGH v. 21.03.1990 - Rs. C-142/87 Tubemeuse, Rn. 26 ff., curia.europa.eu; EuG v. 12.12.1996 - Rs. T-358/94 Air France/Kommission, Rn. 70, curia.europa.eu.

In Abhängigkeit der zu betrachtenden Finanzierungsmaßnahme, finden angepasste Begrifflichkeiten Verwendung. Beispielhaft hierfür können folgende Begriffe angeführt werden.⁹⁷

- Kapitalbeteiligungen = Private Investor
- Darlehen = Private Creditor

Der Grundsatz des „private investor“ wird nach herrschender Meinung als ein alle Bereiche der staatlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr umfassender Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers verstanden. Von entscheidender Bedeutung für die Plausibilität des private-investor-tests ist die Konzeption des Vergleichsszenarios, welches realistisch und methodisch sorgfältig konzipiert sein muss.⁹⁸ In der Mitteilung der Kommission betreffend Grundstücksverkäufen gab diese an, dass keine Begünstigung vorliegt, wenn dem Verkauf ein öffentliches Bieterverfahren vorgeschaltet sei, oder der Verkauf nach Wertgutachten erfolge. Dem Bieterverfahren sei hierbei aber der Vorrang zu gewähren.⁹⁹

⁹⁷ *Arhold*, in: Hirsch/Montag, Beihilfen- und VergabeR, Rn. 158 ff.

⁹⁸ EuGH v. 29.04.1999 - Rs. C-342/96 Tubacex, Rn. 41 ff., curia.europa.eu; EuGH v. 24.10.1996 - Rs. C-329/93 Bremer Vulkan, Rn. 23 ff., curia.europa.eu; EuG v. 28.01.1999 - Rs. T-14/96 BAI/Kommission, Rn. 71 ff., curia.europa.eu.

⁹⁹ KOM v. 10.07.1997 - ABl. 1997 C 209 - Mitteilung staatliche Beihilfe Grundstücke, eurlex.europa.eu.

In Bezug auf Darlehen teilte die Kommission mit, dass sich bei Darlehen alternativ am aktuellen Geldmarktzins (IBOR)¹⁰⁰ orientiert werden könne.¹⁰¹ Gemäß der Bürgschaftsmitteilung darf sich bei Gewährung von Einzelgarantien der Kreditnehmer nicht in finanziellen Schwierigkeiten befinden. Weiterhin muss die Bürgschaft an ein Darlehen geknüpft sein. Es dürfen maximal 80 % des Darlehens abgesichert werden, sonst bestehe eine Notifizierungspflicht.¹⁰² Als Vergleichsmaßstab für die Bürgschaft kann eine Avalprovision Verwendung finden. Hierbei wird das Bürgschaftsangebot einer (privatwirtschaftlichen) Bank als Vergleichsmaßstab herangezogen.¹⁰³

b) Belastungsverminderung

Neben Leistungsgewährungen können auch staatliche Maßnahmen in Frage kommen, welche Belastungen vermindern, die Unternehmen normalerweise zu tragen hätten und die somit zwar keine Subvention im eigentlichen Sinne darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen. Diese stellen nach herrschender Rechtsprechung eine Beihilfe dar, insoweit die Entlassung eines Unternehmens nicht durch die Natur oder den inneren Aufbau eines

¹⁰⁰ Interbank Offered Rate = Referenzzinssatz am Geldmarkt. Verschiedene Ausprägungen etwa LIBOR (London Interbank Offered Rate) oder EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate). EU-Benchmark-Verordnung (BMR) aus dem Jahr 2016 gibt vor, dass derartige Referenzzinssätze ab Ende 2021 nicht mehr verwendet werden dürfen. Benchmark-konforme Nachfolger sollen transparenter und weniger manipulationsanfälliger ermittelt werden. Siehe hierzu

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_20_1376/IP_20_1376_DE.pdf. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Dissertation gilt noch eine Übergangphase.

¹⁰¹ KOM v. 19.01.2008 - ABl. 2008 C 14 - Mitteilung Zinsänderung, S. 6, eur-lex.europa.eu.

¹⁰² KOM v. 20.06.2008 - ABl. 2008 C 155 - Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, S. 10, eur-lex.europa.eu.

¹⁰³ KOM v. 10.05.2011 - K(2011) 3053, eur-lex.europa.eu.

Sachbereichs gerechtfertigt ist.¹⁰⁴ Für die Beurteilung ist es nicht von Relevanz, ob ein negativer Effekt auf den Staatshaushalt durch die Belastungsverminderung zu verzeichnen ist. Einzig von Relevanz ist die bloße Gewährung einer Belastungsverminderung.¹⁰⁵ Auch in Bezug auf eine Belastungsverminderung ist der Grundsatz des privaten Investors als Beurteilungskriterium anzuwenden. Insofern die gewährten Zahlungserleichterungen ceteris paribus von einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmer durchgeführt worden wären, liegt keine Beihilfe vor.¹⁰⁶

c) Mittelbare Begünstigung

Nach herrschender Meinung folgt die Beihilfeaufsicht grundsätzlich der Zielsetzung, alle wettbewerbsverfälschenden Begünstigungen aufzudecken. Dieses folgt aus Art. 107 I AEUV „gleich welcher Art“.¹⁰⁷ Dieses beinhaltet auch Beihilfen, deren Wirkung sich nicht ausschließlich auf unmittelbare Empfänger (Erstbegünstigte) beschränkt, sondern ebenfalls mittelbare Empfänger (Zweitbegünstigte) tangieren. Als nicht abschließende Aufzählung dient hier unter anderem die finanzielle Unterstützung von

¹⁰⁴ EuGH v. 11.07.1996 - Rs. C-39/94 SFEI, Rn. 58, curia.europa.eu; EuGH v. 15.03.1994 - Rs. C-387/92 Banco Exterior, Rn. 13–14, curia.europa.eu; EuGH v. 23.02.1961 - Rs. C-30/59 De Gezamenlijke Steenkolemijnen, Rn. 43 ff., curia.europa.eu.

¹⁰⁵ KOM v. 17.07.2000 - ABl. 2002 L12 - Scott Paper/Kimerly-Clarks, Rn. 150, eur-lex.europa.eu; KOM v. 21.04.1999 - ABl. 2000 L 297 - Technolease-Vereinbarung, Rn. 13 ff., eur-lex.europa.eu; KOM v. 17.07.1996 - ABl. 1996 L 283 - Fort Malakoff, S. 48, eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁶ EuGH v. 29.04.1999 - Rs. C-342/96 Tubacex, Rn. 46 ff., curia.europa.eu; EuG v. 11.07.2002 - Rs. 152/99 HAMS, Rn. 156 ff. curia.europa.eu; KOM v. 31.01.2001 - ABl. 2002 L 165 - Enfersa Fertiberia, Rn. 80 ff., eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁷ Müller-Graff, ZHR 152 1988, 403 (416 u. 426); C. Koenig/Sander, EuR 2000, 743 (743 ff.); Mederer, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettbewerbsR, Rn. 7 ff.

Verbrauchern, mit dem Ziel eine verstärkte Nachfrage nach einem bestimmten Produkt oder Dienstleistung zu erzeugen.¹⁰⁸ Weiterhin wird auch auf steuerliche und sonstige Förderprogramme wie beispielsweise Bausparen verwiesen.¹⁰⁹ Bei den angeführten Beispielen sind zwar Privatpersonen als Nutznießer der Begünstigung anzusehen, aber die Begünstigung ist i.d.R an den Bezug eines Gutes oder einer Dienstleistung bei einem privatwirtschaftlichen Unternehmen gebunden.

Heidenhain weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Einbeziehung mittelbarer Begünstigungen in den Anwendungsbereich der EU-Beihilfenvorschrift mit Problemen verbunden sei. Zum einen seien mittelbare Begünstigungen schwer nachweisbar bzw. quantifizierbar. Weiterhin könne die Ausweitung der Beihilfenvorschrift auf mittelbare Begünstigungen zu einer möglicherweise uferlosen Ausweitung der Beihilfenaufsicht und einer schwer abschätzbaren Rechtsunsicherheit führen.¹¹⁰ Aufgrund der geringen Relevanz von mittelbaren Begünstigungen am Beihilfengesamtaufkommen, sowie des marginalen Erkenntnisbeitrages für diese Dissertation wird an dieser Stelle auf weiterführende Literatur verwiesen.¹¹¹

2. Übertragung staatlicher Mittel

Für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ist es einerseits erforderlich, dass der einem Unternehmen gewährte Vorteil staatlicher Genese ist. (Erfordernis

¹⁰⁸ Als Beispiel jüngerer Zeit kann hier die im Rahmen des Konjunkturpaketes II beschlossene Umwelt bzw. Abwrackprämie dienen.

¹⁰⁹ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 15.

¹¹⁰ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 16.

¹¹¹ Im Detail: Bartosch, EU-BeihilfenR, B. Art. 107 I, Rn. 101.

der Staatlichkeit der Mittel). Hieraus folgt vice versa, dass gewährte Vorteile von privatwirtschaftlichen Einrichtungen, Religionsgemeinschaften oder Stiftungen nicht als staatliche Mittel anzusehen sind.¹¹²

Weiterhin muss der gewährte Vorteil durch die Übertragung staatlicher Mittel auf das privatwirtschaftliche Unternehmen generiert werden. (Erfordernis der Übertragung der Mittel).¹¹³ Als staatlich können nach herrschender Meinung, die Mittel der selbstständigen oder unselbstständigen, nationalen, regionalen oder lokalen öffentlichen Einrichtungen der EU-Mitgliedsstaaten verstanden werden. In Bezug auf Deutschland sind hier vor allem der Bund, die Länder sowie die Gemeinden zu nennen. Zusätzlich hierzu können auch die Mittel staatlich beherrschter oder stark beeinflusster Unternehmen („öffentliche Unternehmen“) als staatlich definiert werden.¹¹⁴

Entscheidend für die Zuordnung als staatlich ist hierbei, die staatliche Verfügungskontrolle der Mittel.¹¹⁵ Im Falle von öffentlichen Unternehmen gelten die Zuwendungen nach Ansicht des EuGH nur dann als eine staatliche Beihilfe, wenn die Vergabe staatlich bedingt ist.¹¹⁶ Der Gerichtshof führt weiterhin an, dass im Einzelnen die Art und Weise der Tätigkeit, die Intensität der behördlichen Aufsicht sowie die Eingliederung in die Strukturen der

¹¹² *Harings*, EU BeihilfeR, S. 8 ff; *Lübbig/Martin-Ehlers*, EU Beihilfenrecht, Rn. 98 ff; *C. Koenig/Kühling/Ritter*, EG-BeihilfenR, S. 72 ff; *Müller-Graff*, ZHR 152 1988, 403 (412 ff.).

¹¹³ *Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettbewerbsR, Rn. 24; *Müller-Graff*, ZHR 152 1988, 403 (412).

¹¹⁴ EuGH v. 16.05.2002 - Rs. C-482/99 Stardust Marine, Rn. 34 ff., curia.europa.eu; EuGH v. 14.10.1987 - Rs. C-248/84 Deutschland/Kommission, Rn. 17, curia.europa.eu; EuG v. 12.12.1996 - Rs. T-358/94 Air France/Kommission, Rn. 56, curia.europa.eu.

¹¹⁵ EuGH v. 16.05.2002 - Rs. C-482/99 Stardust Marine, Rn. 37, curia.europa.eu.

¹¹⁶ EuGH v. 16.05.2002 - Rs. C-482/99 Stardust Marine, Rn. 52, curia.europa.eu.

öffentlichen Verwaltung ausschlaggebend sei, und hinreichend berücksichtigt werden müsse.¹¹⁷

Auch Mittel privater Einrichtungen können nach ständiger Rechtsprechung als staatlich angesehen werden, insoweit eine staatliche Einflussnahme maßgeblich ist.¹¹⁸ Nach Ansicht des EuGH ist es entscheidend, ob die Vergabe von Mitteln auf einer dem Staat zurechenbaren Verhaltensweise beruhe.¹¹⁹ Eine staatliche Beihilfe müsse daher nicht notwendigerweise aus Mitteln der öffentlichen Hand bzw. öffentlicher Unternehmen stammen.¹²⁰ Der EuGH vertritt die Auffassung, dass für das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe, eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel auf das begünstigte Unternehmen vorliegen müsse. Gewährt der Staat bestimmten Unternehmen hingegen Erleichterungen in Bezug auf arbeitsrechtliche Verpflichtungen, Bauvorschriften oder Umweltauflagen, liegt keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV vor, da keine Übertragung staatlicher Mittel stattfindet.¹²¹

Anzumerken hier ist, dass eine Übertragung staatlicher Mittel nicht zwangsweise mit einer Belastung des öffentlichen Haushaltes einhergehen muss.¹²² Wie bereits erwähnt, können auch die Mittel privater Unternehmen als Beihilfe angesehen werden, insoweit das Unternehmen einem

¹¹⁷ EuGH v. 16.05.2002 - Rs. C-482/99 Stardust Marine, Rn. 52 ff., curia.europa.eu.

¹¹⁸ EuGH v. 22.03.1977 - Rs. C-78/76 Steinike & Weinlig/Deutschland, Rn. 21, curia.europa.eu.

¹¹⁹ EuGH v. 21.03.1991 - Rs. C-305/89 Alfa Romeo, Rn. 13 ff. curia.europa.eu; EuGH v. 02.02.1988 - Rs. C-67/85 Kooy/Kommission, Rn. 32-38 curia.europa.eu.

¹²⁰ EuGH v. 30.01.1985 - Rs. C-290/83 CNCA, Rn. 5 u. 14 curia.europa.eu.

¹²¹ *Heidenhain*, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 33; *Soltész*, EuZW 1998, 747 (747 ff.).

¹²² *Soltész*, EuZW 1998, 747 (747 ff.).

maßgeblichen staatlichen Einfluss unterliegt.¹²³ Dieses liegt z.B im Falle der deutschen Rundfunkbeiträge vor, welche über die GEZ eingezogen und dem öffentlich rechtlichen Rundfunk bereitgestellt werden.¹²⁴ Im Falle des EEG¹²⁵ (Erneuerbare-Energien-Gesetz) in Deutschland welches die gesetzlich geregelte Umlagefinanzierung für ökologisch erzeugtem Strom regelt, hatte die EU-Kommission mit Beschluss vom November 2014 das EEG 2012 als Beihilfe eingeordnet.¹²⁶ Eine Klage Deutschlands gegen diese Entscheidung wurde vom EuG abgewiesen.

Das EuG begründete dies u.a damit, dass die Übertragungsnetzbetreiber weder für eigene Rechnung noch frei handelten, sondern als Verwalter einer aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe, die einer staatliche Konzession in Anspruch nehmende Einrichtung gleichgestellt seien.¹²⁷ Am 28.03.2019 hob der EuGH dieses Urteil allerdings auf und erklärte den Beihilfebeschluss der EU-Kommission für nichtig, da die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder nach Ansicht des Gerichts nicht den Schluss zuließen, als staatliche Mittel zu gelten.¹²⁸ Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe sind, nach Ansicht des EuGH nicht erfüllt. Zwar erfolgt die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien auf einer gesetzlichen Grundlage. Weiterhin führt auch der mit dem EEG 2012 eingeführte Fördermechanismus dazu, dass die Mittel unter staatlichem Einfluss stehen. Um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe zu bejahen müsse der Staat allerdings eine

¹²³ EuGH v. 02.02.1988 - Rs. C-67/85 Kooy/Kommission, S. 271 ff. curia.europa.eu.

¹²⁴ EuGH v. 13.12.2018 - Rs. C-492/17 Südwestrundfunk, curia.europa.eu.

¹²⁵ UBA - Erneuerbare-Energien-Gesetz, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/erneuerbare-energien-gesetz#erfolg> vom 10.09.2021 zugegriffen am 7.1.2022.

¹²⁶ KOM v. 25.11.2014 - 2015/1585 SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN), eur-lex.europa.eu.

¹²⁷ EuG v. 10.05.2016 - Rs. T-47/15 Deutschland/Kommission, Rn. 127, curia.europa.eu.

¹²⁸ EuGH v. 28.03.2019 - Rs. C-405/16 P EEG, curia.europa.eu.

Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder haben. Dieses wurde durch den EuGH im Fall der EEG-Umlage nicht erkannt. Das EEG 2012 verpflichtete die Energieversorgungsunternehmen nämlich nicht dazu, die aufgrund der EEG-Umlage gezahlten Beträge auf die Endverbraucher abzuwälzen, so dass die EEG-Umlage nicht einer Abgabe gleichgestellt werden könne. Insoweit reiche es auch nicht aus, dass die sich aus der Umlage ergebende finanzielle Belastung faktisch sehr wohl auf die Letztverbraucher abgewälzt wurde. Der Staat habe auch keine Verfügungsgewalt über die von den Übertragungsnetzbetreibern im Rahmen des sog. Ausgleichsmechanismus verwalteten Gelder.¹²⁹

Nach herrschender Meinung sind durch Art. 107 AEUV nur Eingriffe erfasst, bei welchen die Mitgliedsstaaten finanzielle Mittel (im weitesten Sinne) einsetzen.¹³⁰ Die Kommission ist der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Erfordernis der Übertragung der Mittel gefolgt.¹³¹ Im Urteil Stardust Marine¹³² entschied der EuGH, dass auch Einnahmen eines Unternehmens, bei welchem der Staat einen Einfluss ausübt, dem Staat zugerechnet werden müssten. Relevant ist dieses vor allem bei kommunalen Stadtwerken, bei welchen oft kommunale Mehrheitsbeteiligungen vorliegen.¹³³

¹²⁹ EuGH v. 28.03.2019 - Rs. C-405/16 P EEG, Rn. 70 u. 72 curia.europa.eu.

¹³⁰ EuGH v. 01.12.1998 - Rs. C-200/97 Ecotrader, Rn. 43, curia.europa.eu; EuG v. 13.06.2000 - verb. Rs. T-204/97 u. 270/97 EPAC, Rn. 80, curia.europa.eu; *Soltész*, EuZW 1998, 747 (747); *Gellermann*, DVBL 2000, 509 (509 ff.).

¹³¹ KOM v. 13.02.1998 - ABl. 1998 C 49 - SNIACE SA, eur-lex.europa.eu.

¹³² EuGH v. 16.05.2002 - Rs. C-482/99 Stardust Marine, curia.europa.eu.

¹³³ *Berlo/Schäfer/Wange*, et 67 2017, 95 (95 ff.).

3. Begünstigung bestimmter Produktionszweige

Art. 107 AEUV erfasst nur Begünstigungen welche das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit (Spezifität/Selektivität) erfüllen. D. h staatliche Maßnahmen müssen einem bzw. mehreren Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber anderen Unternehmen innerhalb eines Mitgliedsstaates einräumen. Zielsetzung dieses Tatbestandsmerkmal ist, allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen der Mitgliedsstaaten von spezifischen abzugrenzen, welche mit einer Wettbewerbsverfälschung sowie einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels einhergehen.¹³⁴

In Bezug auf die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sowie wirtschaftspolitischen Ziele innerhalb der Mitgliedsstaaten, genießen diese hingegen i. d. R. weitestgehend Autonomie, da sich die Kompetenz der Beihilfeaufsicht auf spezifische Maßnahmen beschränkt.¹³⁵ Das Tatbestandsmerkmal der Spezifität ist bei Begünstigung eines einzelnen Unternehmens stets als gegeben anzusehen. Bei mehreren Unternehmen bzw. einzelner Wirtschaftszweige ist die Differenzierung zwischen allgemeinen und spezifischen Maßnahmen weniger eindeutig.¹³⁶ Von Art. 107 AEUV werden weiterhin Begünstigungen an Produktionszweigen erfasst. Hierunter werden die in einem bestimmten wirtschaftlichen Bereich tätigen Unternehmen aggregiert. In neuerlicher Rechtsprechung wird auch von „Wirtschaftszweig“ gesprochen, um die Berücksichtigung von Handels- und Dienstleistungsunternehmen analog zu Produktionsunternehmen zu betonen.

¹³⁴ *Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettbewerbsR, Art. 107 Rn. 31 ff; *C. Koenig/Kühling/Ritter*, EG-BeihilfenR, S. 80 ff; *Müller-Graff*, ZHR 152 1988, 403 (428 ff.).

¹³⁵ Gegen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs aufg. von allgm. Maßnahmen sind nur die Maßnahmen nach Art. 116 / 117 AEUV zulässig.

¹³⁶ *Heidenhain*, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 49.

Begünstigungen an bestimmte Wirtschaftszweige werden als spezifische Maßnahmen angesehen, da diese Unternehmen anderer Wirtschaftszweige ausschließen.¹³⁷

Der Unternehmensbegriff in Art. 101 bis Art. 106 sowie 107 bis 109 AEUV ist einheitlich auszulegen. Die Grundsätze der Rechtsprechung durch die europäischen Gerichte sind daher auf Art. 107 I AEUV anzuwenden.¹³⁸ Der Begriff des Unternehmens wird daher definiert als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.¹³⁹ Nach ständiger Rechtsprechung wird eine wirtschaftliche Tätigkeit verstanden als „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.¹⁴⁰ Von hoher Relevanz ist dabei die auf Dauer ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. Die Gewinnerzielungsabsicht sowie die Rechtsform hingegen sind entbehrlich.¹⁴¹ Eine eigene Rechtspersönlichkeit ist nicht erforderlich, daher können auch kommunale Eigenbetriebe den Unternehmensbegriff erfüllen.¹⁴²

Relevant ist im Zusammenhang mit DAWI vor allem die vergaberechtsfreie Beauftragung eines Unternehmens, das von öffentlichen Auftraggebern kontrolliert wird. Nach Rechtsprechung des EuGH im Falle der Teckal-

¹³⁷ EuGH v. 21.03.1990 - Rs. C-142/87 Tubemeuse, Rn. 6, curia.europa.eu; EuG v. 14.12.2000 - Rs. T-613/97 Ufex, curia.europa.eu.

¹³⁸ Lübbig, in: Wiedemann, KartellR, § 8 Rn. 1 ff; K. Lennart Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Art. 105 AEUV Rn. 10 ff; Stadler, in: Langen/Bunte, EU KartellR, Art. 106 Rn. 1 ff.

¹³⁹ EuGH v. 23.04.1991 - Rs. C-41/90 Macrotron, Rn. 21 curia.europa.eu.

¹⁴⁰ EuGH v. 01.07.2008 - Rs. C-49/07 MOTOE, Rn. 22, curia.europa.eu; EuGH v. 12.09.2000 - verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 Pavlov, Rn. 75, curia.europa.eu; EuGH v. 16.06.1987 - Rs. C-118/85 Italien/Kommission, Rn. 7, curia.europa.eu.

¹⁴¹ EuGH v. 15.03.1994 - Rs. C-387/92 Banco Exterior, curia.europa.eu; KOM v. 19.09.1997 - ABl. 1998 L 159 - Gemeinnützige Abfallverwertung, eur-lex.europa.eu.

¹⁴² EuGH v. 16.06.1987 - Rs. C-118/85 Italien/Kommission, Rn. 9 ff. curia.europa.eu.

Entscheidung gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen [„Kontrollkriterium“] und wenn der Auftragnehmer weiterhin seine Tätigkeit im Wesentlichen für den beherrschenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet, [„Wesentlichkeitskriterium“] dass diese Tätigkeit nicht ausschreibungspflichtig ist.¹⁴³ Eine Inhouse-Vergabe kann das Tatbestandsmerkmal Unternehmen entfallen lassen, wenn sichergestellt ist, dass keine Leistungen am Markt angeboten werden.¹⁴⁴

Liegt eine Handlung als Träger öffentlicher Gewalt vor, handelt es sich nicht um eine wirtschaftliche, sondern um eine hoheitliche Tätigkeit. Nach Ansicht des EuGH kann eine Einheit, dann als von der öffentlichen Hand beherrscht angesehen werden, falls die betreffende Tätigkeit Teil der wesentlichen Aufgabe des Staates, oder sie dessen Ziel und den für sie geltenden Vorschriften nach mit diesen Aufgaben verbunden sei. Sofern der betreffende Mitgliedsstaat nicht beschlossen habe, Marktmechanismen einzuführen, stellen Tätigkeiten, welche die untrennbaren Vorrechte öffentlicher Gewalt seien und vom Staat ausgeübt werden, im Allgemeinen keine wirtschaftliche Tätigkeit dar.¹⁴⁵

Die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten ist als eine Kernaufgabe des jeweiligen Staates zu verstehen. Als Beispiele können die Flugsicherung¹⁴⁶, die Seeverkehrskontrolle¹⁴⁷, die Überwachung von Tätigkeiten des

¹⁴³ EuGH v. 29.11.2012 - C-182/11 Econord, curia.europa.eu; EuGH v. 18.11.1999 - Rs. C-107/98 Teckal, curia.europa.eu.

¹⁴⁴ *Hagenbruch*, Beihilfen u. VergabeR, S. 95f.

¹⁴⁵ EuGH v. 18.03.1997 - Rs. C-343/95 SEPG, Rn. 22 u. 23, curia.europa.eu; EuGH v. 19.01.1994 - Rs. C-364/92 SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, Rn. 30, curia.europa.eu.

¹⁴⁶ EuGH v. 19.01.1994 - Rs. C-364/92 SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, Rn. 30 curia.europa.eu.

¹⁴⁷ KOM v. 16.10.2002 - N 438/02 -belgische Hafenverwaltungen, eur-lex.europa.eu.

Umweltschutzes im Hafenbereich¹⁴⁸, wie auch das Militär, Polizei¹⁴⁹ oder der Strafvollzug¹⁵⁰ angeführt werden.¹⁵¹ Insofern eine öffentliche Stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, welche von ihren hoheitlichen Befugnissen losgelöst werden kann, handelt die öffentliche Stelle in Bezug auf diese bestimmte Tätigkeit als Unternehmen. Falls Ausübung der hoheitlichen Befugnisse untrennbar mit der wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist, so gelten alle Tätigkeiten dieser Einheit als hoheitlich und der Unternehmensbegriff wird verneint.¹⁵²

Bei Verbundenheit von einer wirtschaftlichen (Neben-) Tätigkeit mit einer nicht-wirtschaftlichen Haupttätigkeit kann nach Ansicht des EuGH schon im Vorhinein nicht vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen werden. Konkret hatten sich das EuG und später der EuGH in der Entscheidung FENIN sich mit der Unternehmenseigenschaft von öffentlichen Einrichtungen zu befassen. Der EuGH kam zu dem Schluss, dass die öffentliche Einrichtung kein Unternehmen sei, da die Produktnachfrage einem sozialen Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht diene. Daher begründet die Nachfragetätigkeit am Markt alleine keine wirtschaftliche Tätigkeit, vielmehr ist auch die spätere Verwendung maßgeblich.¹⁵³

Nach Ansicht des EuGH wird das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit in Bezug auf soziale Systeme, welche auf dem Grundsatz der Solidarität

¹⁴⁸ EuGH v. 18.03.1997 - Rs. C-343/95 SEPG, Rn. 22 curia.europa.eu.

¹⁴⁹ KOM v. 07.12.2011 - SA.32820, Rn. 8 eur-lex.europa.eu.

¹⁵⁰ KOM v. 19.07.2006 - N 140/2006 - litauische Besserungsanstalten, eur-lex.europa.eu.

¹⁵¹ KOM v. 19.07.2016 - ABl. 2016 C 262, Rn. 9 ff. eur-lex.europa.eu.

¹⁵² EuGH v. 12.07.2012 - Rs. C-138/11 Compass-Datenbank / Republik Österreich, Rn. 38, curia.europa.eu; EuGH v. 26.03.2009 - Rs. C-113/07 C-113/07 P Selex Sistemi Integrati/Kommission, Rn. 20, curia.europa.eu.

¹⁵³ EuGH v. 11.07.2006 - Rs. C-205/03 P FENIN, Rn. 26, curia.europa.eu; EuG v. 04.03.2003 - Rs. T-319/99 Fenin, Rn. 36, curia.europa.eu.

beruhen verneint. Bedingung hierfür ist allerdings, dass diese Systeme ausschließlich einen sozialen Zweck verfolgen und die Leistungen unabhängig von der Höhe der geleisteten Beiträge erbracht werden.¹⁵⁴

4. Verfälschung des Wettbewerbs

Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung folgt dem gemeinsamen Ziel der Wettbewerbsregeln der in Art. 101 bis Art. 106 sowie 107 bis 109 AEUV, den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes zu schützen. Im Gegensatz dazu dient das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten, dazu zwischen dem gemeinschaftlichen und dem nationalen Wettbewerbsrecht zu differenzieren. Haidenhain weist dennoch darauf hin, dass die beiden Tatbestandsmerkmale trotz ihrer divergierenden Ausrichtungen vielfach miteinander verzahnt seien. So führe eine Verfälschung des Wettbewerbs auf einem lokalen, regionalen oder nationalen Markt fast zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten.¹⁵⁵ Der EuGH stellte bereits 1980 im Urteil Philip Morris eine Verbundenheit beider Merkmale fest.¹⁵⁶ In späteren Urteilen erfolgte eine parallele Erörterung beider Tatbestandsmerkmale.¹⁵⁷ In neuerer Rechtsprechung des EuGH betont dieser die Untrennbarkeit beider Tatbestandsmerkmale.¹⁵⁸

¹⁵⁴ EuGH v. 17. 02.1993 - verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 Poucet und Pistre/AGF und Cancava, Rn. 8 ff. curia.europa.eu.

¹⁵⁵ *Heidenhain*, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 60.

¹⁵⁶ EuGH v. 17.09.1980 - Rs. C-730/79 Philip Morris, Rn. 11, curia.europa.eu.

¹⁵⁷ EuGH v. 19.10. 2000 - Rs. C-15/98 Sardegna Lines, Rn. 66, curia.europa.eu.

¹⁵⁸ EuGH v. 08.11.2001 - Rs. C-143/99 Adria-Wien, Rn. 79, curia.europa.eu.

Nach ständiger Rechtsprechung¹⁵⁹ ist die Kommission im Rahmen der Beihilfeaufsicht nicht dazu verpflichtet, im Detail zu prüfen, inwieweit eine Begünstigung den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Nach Maßgabe des EuG ist es ausreichend: „*dass die Kommission nachweist, dass die betreffenden Beihilfen geeignet sind, [...], und den Wettbewerb zu verfälschen drohen, ohne dass es erforderlich wäre, den Markt abzugrenzen und seine Struktur und eine die hieraus folgenden Wettbewerbsbeziehungen zu prüfen*“. Weiterhin müsse eine „*ganz genaue, mit Zahlen belegte wirtschaftliche Analyse*“ nicht stattfinden.¹⁶⁰ Die Kommission muss zwar den Nachweis der zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung erbringen, kann sich jedoch auf eine summarische Darlegung der Wettbewerbsverhältnisse und eine mehr oder weniger plausible Begründung der tatsächlichen oder drohenden Verfälschung des Wettbewerbs beschränken.¹⁶¹

In einigen Fällen hat die Rechtsprechung einfache Plausibilitätserwägungen der Kommission anerkannt, mit denen diese Wettbewerbsverfälschung begründet hat. Hieraus resultierten unwiderlegbare Vermutungen für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals einer Wettbewerbsverfälschung.¹⁶² Nach herrschender Meinung wird im Allgemeinen eine Wettbewerbsverfälschung angenommen, falls der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten

¹⁵⁹ EuGH v. 17.09.1980 - Rs. C-730/79 Philip Morris, Rn. 11, curia.europa.eu; EuG v. 04.04.2001 - Rs. T-288/97 Friuli Venezia Giulia, Rn. 47 ff., curia.europa.eu.

¹⁶⁰ EuG v. 15.06.2000 - verb. Rs. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis 607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98 Alzetta Mauro, Rn. 95, curia.europa.eu; EuG v. 13.06.2000 - verb. Rs. T-204/97 u. 270/97 EPAC, Rn. 85, curia.europa.eu.

¹⁶¹ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 61.

¹⁶² EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 78, curia.europa.eu; EuGH v. 21.03.1991 - Rs. C-305/89 Alfa Romeo, Rn. 26, curia.europa.eu; EuGH v. 13.07.1988 - Rs. C-102/87 Frankreich / Kommission, Rn. 19, curia.europa.eu.

Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt. Es ist demnach schon ausreichend, falls eine Maßnahme zur Wettbewerbsverfälschung grundsätzlich geeignet ist.¹⁶³ Eine Wettbewerbsverfälschung kann nach Ansicht des EuGH selbst dann angenommen werden, falls die staatlichen Förderungen nicht direkt zur Expansion des begünstigten Unternehmens beitragen. Es ist vielmehr ausreichend, dass eine Beihilfe die Stellung des Unternehmens im Vergleich zur Stellung ohne Beihilfe verbessert. Eine Beihilfe wird vom EuGH in diesem Zusammenhang bereits als wettbewerbsverfälschend angesehen, falls sie ein Unternehmen begünstigt, indem die Beihilfe das begünstigte Unternehmen von Kosten befreit, welche es im laufenden Geschäftsbetrieb zu tragen gehabt hätte.¹⁶⁴ Der Umfang der Wettbewerbsverfälschung ist hierbei unerheblich, auch marginale Beihilfebeträge schließen eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung nicht im Vorhinein aus.¹⁶⁵ Allerdings darf die Wahrscheinlichkeit der Verfälschung nicht rein hypothetisch sein.¹⁶⁶

¹⁶³ EuG v. 15.06.2000 - verb. Rs. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis 607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98 Alzetta Mauro, Rn. 141 bis 147, curia.europa.eu; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Art. 107 I AEUV Rn. 299 ff; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 32; *Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Nowak 2017, Art. 107 Rn. 42.

¹⁶⁴ EuGH v. 03.03.2005 - Rs. C-172/03 Wolfgang Heiser, Rn. 55, curia.europa.eu.

¹⁶⁵ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 81, curia.europa.eu; EuG v. 29.09.2000 - Rs. T-55/99 CETM, Rn. 89, curia.europa.eu.

¹⁶⁶ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 79, curia.europa.eu.

5. Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels wird auch als Zwischenstaatlichkeitsklausel bezeichnet und grenzt den Geltungsbereich des Unionsrechts gegen das nationale Recht der jeweiligen Mitgliedsstaaten ab. Eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels kann angenommen werden, falls die Ein- oder Ausfuhr von Waren oder Dienstleistungen durch die Beihilfe für den Empfänger erleichtert und auf der anderen Seite für den Wettbewerber erschwert wird. Anzumerken ist hierbei, dass staatliche Beihilfen, welche sich ausschließlich auf den Wettbewerb innerhalb eines Mitgliedsstaates auswirken, allein der Gesetzgebung dieses jeweiligen Mitgliedsstaates unterliegen. Es wird in der Literatur allerdings darauf verwiesen, dass aufgrund der fortschreitenden Verflechtung der Volkswirtschaften innerhalb der Union eine stetige Erweiterung des Anwendungsbereiches des Art. 107 AEUV stattgefunden habe.¹⁶⁷ Der Begriff des Handels gem. Art. 107 AEUV umfasst den gesamten innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr im weitesten Sinne, unabhängig davon ob es sich dabei um den Austausch von Waren, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Vornahme sonstiger wirtschaftlicher Tätigkeiten handelt.¹⁶⁸

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Kommission nicht dazu verpflichtet die konkreten Auswirkungen einer staatlichen Beihilfe auf den Handel innerhalb der Union nachzuweisen. Ausreichend ist es die theoretische

¹⁶⁷ *Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, EU WettberwerbsR, Rn. 46 ff; *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 28-31; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Rn. 16 ff.

¹⁶⁸ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, B. Art.107 I, Rn. 160.

Eignung einer Maßnahme nachzuweisen.¹⁶⁹ Die von der Rechtsprechung an den Nachweis einer möglichen Handelsbeeinträchtigung gestellten Anforderungen wie ebenfalls zur Anforderung an den Nachweis einer zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung sind dabei gering.¹⁷⁰ Im Ergebnis unterstellt die Rechtsprechung, dass aus der Begünstigung eines Unternehmens eine verstärkte Wettbewerbsfähigkeit resultiert und hieraus eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelns erwächst.¹⁷¹ In Bezug auf die Anforderungen welche an das Vorliegen einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels gestellt werden, hat die Rechtsprechung unwiderlegbare Vermutungen aufgestellt. Nach dem Verständnis der Rechtsprechung „muss der innergemeinschaftliche Handel, wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel verstärkt, als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden. Eine Teilnahme des begünstigten Unternehmens am innergemeinschaftlichen Handel ist nicht erforderlich.“¹⁷²

Eine Beeinflussung des innergemeinschaftlichen Handels kann auch dann in Betracht kommen, wenn nur lokale oder regional agierende Unternehmen begünstigt werden.¹⁷³ Für den Nachweis einer Beeinträchtigung des

¹⁶⁹ EuGH v. 14.01.2015 - Rs. C-518/13 Eventech, Rn. 65 u. 66. curia.europa.eu; EuGH v. 08.05.2013 - Rs. C-197/11 Libert u.a., Rn. 76 u. 77, curia.europa.eu; EuGH v. 17.09.1980 - Rs. C-730/79 Philip Morris, curia.europa.eu; EuG v. 04.09.2009 - Rs. T-211/05 Italien/Kommission, Rn. 157–160, curia.europa.eu; EuG v. 15.06.2000 - verb. Rs. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis 607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98 Alzetta Mauro, Rn. 95, curia.europa.eu.

¹⁷⁰ Heidenhain, in: Heidenhain/Donat, BeihilfenR, Rn. 69.

¹⁷¹ EuG v. 29.09.2000 - Rs. T-55/99 CETM, Rn. 76–79 u. 101 ff., curia.europa.eu.

¹⁷² EuGH v. 14.09.1994 - Rs. C-278/92 Hytasa, Rn. 40, curia.europa.eu; EuGH v. 17.09.1980 - Rs. C-730/79 Philip Morris, Rn. 11, curia.europa.eu.

¹⁷³ EuG v. 04.04.2001 - Rs. T-288/97 Friuli Venezia Giulia, Rn. 52 u. 54, curia.europa.eu; EuG v. 15.06.2000 - Rs. T-298/97 Alzetta Mauro, Rn. 91 u. 93, curia.europa.eu.

inneregemeinschaftlichen Handels ist es nach ständiger Rechtsprechung ausreichend festzustellen, ob das begünstigte Unternehmen auf einem Markt tätig ist, welcher unmittelbar oder mittelbar durch die Ein- oder Ausfuhr von Waren oder die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen gekennzeichnet ist.¹⁷⁴

In Bezug auf gemeinwirtschaftliche Unternehmen kann angeführt werden, dass von der Kommission bisher nur bei rein lokalen Sachverhalten eine Beeinträchtigung verneint wurde. Als Beispiel können hier u.a. Beihilfe für die Sanierung bzw. Unterhaltung von kommunalen Schwimmbädern oder Kulturdenkmälern angeführt werden.¹⁷⁵ Die Kommission hat in Ihrer Mitteilung bezüglich Leistungen der Daseinsvorsorge keine Angaben dazu gemacht, inwieweit lokale bzw. regionale Dienstleistungen von Art. 107 I AEUV erfasst werden. Stattdessen erfolgt ein Hinweis wonach viele lokale (gemeinwirtschaftliche) Dienstleistungen von den Anwendungsbereichen der beihilferechtlichen Vorschriften ausgenommen sind.¹⁷⁶ Aus dem Art. 107 I AEUV lässt sich nicht direkt ableiten, dass eine drohende Handelsbeeinträchtigung ausreicht. Hingegen urteilte der EuGH, dass die Möglichkeit ausreichend und daher eine tatsächliche Beeinträchtigung nicht nötig sei.¹⁷⁷ Hingegen hat die Europäische Kommission in Ihrer Pressemitteilung vom 29.04.2015 betreffend 7 Entscheidungen dargelegt, dass rein hypothetische Auswirkungen nicht ausreichen würden. Vielmehr sei

¹⁷⁴ KOM v. 03.07.2001 - ABl. 2001 L 31, Rn. 29, eur-lex.europa.eu.

¹⁷⁵ KOM v. 09.04.2002 - N 610/01 - Tourismus Baden-Württemberg, Rn. 33 ff., eur-lex.europa.eu; KOM v. 09.04.2002 - NN 17/02 - Brighton West Pier, eur-lex.europa.eu; KOM v. 12.01.2001 - N 258/00 -Freizeitbad Dorsten, eur-lex.europa.eu; KOM v. 22.12.1998 - N 494/98 - Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt, Rn. 32 ff., eur-lex.europa.eu.

¹⁷⁶ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rn. 33, eur-lex.europa.eu.

¹⁷⁷ EuGH v. 29.04.2004 - Rs. C-372/97 Italien/Kommission, Rn. 53, curia.europa.eu.

das Überschreiten einer Spürbarkeitsschwelle nötig. Marginale Auswirkungen seien hierzu nicht ausreichend.¹⁷⁸ Dieser Ansicht ist der EuG in seiner anschließenden Entscheidung nicht gefolgt.¹⁷⁹

C. Rechtfertigung tatbestandlicher Beihilfen

I. (Allgemeine) De-Minimis-Beihilfen

Erstmals wurde eine Regelung für De-Minimis-Beihilfen (Bagatellbeihilfen) im Gemeinschaftsrahmen für KMU¹⁸⁰ im Jahr 1992 festgelegt. Der Schwellenwert betrug hierbei 50.000 ECU¹⁸¹ innerhalb eines dreijährigen Zeitraums.¹⁸² Diese Regelung kann entgegen der Bezeichnung unabhängig von der Unternehmensgröße angewendet werden.¹⁸³

Im Zuge der Novellierung des Gemeinschaftsrahmens für KMU erfolgte dann im Jahr 1996 die eigenständige Veröffentlichung in einer Mitteilung der Kommission. Die Kommission ging nach dieser Mitteilung davon aus, dass Beihilfen bis zu einem Betrag von 50.000 €¹⁸⁴ pro Unternehmen innerhalb von drei Jahren nur geringe Auswirkungen auf den Binnenmarkt, und damit keine Wettbewerbsverzerrungen oder Beeinträchtigungen des

¹⁷⁸ KOM v. 29.04.2015 - IP/15/4889, eur-lex.europa.eu.

¹⁷⁹ EuG v. 28.10.2015 - Rs. T-253/12 Hammar Nordic Plugg AB/Kommission, curia.europa.eu.

¹⁸⁰ Klein- und mittelständische Unternehmen: Anzahl der Mitarbeiter insgesamt kleiner als 250. Summe der Jahresumsätze höchstens 50 Mio. Euro bzw. die addierten Bilanzsummen höchstens 43 Mio. Euro.

¹⁸¹ ECU = european Currency Unit = Vorläufer Euro

¹⁸² KOM v. 19.08.1992 - ABl. 1992 C 213 - Gemeinschaftsrahmen KMU, S. 2, eur-lex.europa.eu.

¹⁸³ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 394.

¹⁸⁴ Stand 1996 = 100.000 DM Annahme Wechselkurs 1:1,98535. Näherungsweise 1:2 zur besseren Veranschaulichung verwendet.

innergemeinschaftlichen Handels gem. Art. 107 I AEUV aufweisen würden. Folglich unterliegen diese Beihilfen nicht der Anmeldepflicht des Art. 108 III AEUV.¹⁸⁵ In 2001 folgte dann die Annahme der De-Minimis-GVO.¹⁸⁶ Grund für die Aufwertung zu einer gem. Art. 288 II AEUV in allen Mitgliedsstaaten geltenden Verordnung hierfür war nach dem Standpunkt von Bartosch u.a die Schaffung einer sicheren Rechtsgrundlage.¹⁸⁷ Zum 01.01.2007 wurde der De-Minimis-Schwellenwert dann auf 200.000 € innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren erhöht.¹⁸⁸ Im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise wurden in den Jahren 2007/2008 Beihilfen bis zu 500.000 € bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zeitweise für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt. Diese Regelung hatte bis zum 31.12.2010 Bestand.¹⁸⁹ Durch den sich hieran anschließenden vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen mit Gültigkeit bis zum 31.12.2011 wurde dieser Wert wieder auf die vorherige De-Minimis-Schwelle von 200.000 € reduziert.¹⁹⁰

Auf Basis der Ermächtigungsverordnung Nr. 994/98¹⁹¹ wurde von der Kommission eine separate DAWI-De-Minimis-Verordnung geschaffen. Diese sieht für Unternehmen, welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, einen Schwellenwert von 500.000 € vor. Hierauf wird im Hauptteil noch im Detail eingegangen.¹⁹² Weiterhin

¹⁸⁵ KOM v. 06.03.1996 - ABl. 1996 C 68 - Mitteilung De-Minimis, S. 9, eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁶ KOM v. 12.01.2001 - ABl. 2001 L 10 - Verordnung (EG) Nr. 69/2001 De-Minimis, S. 30, eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁷ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 395; *A. Sinnaeve*, EuZW 2001, 69 (75).

¹⁸⁸ KOM v. 28.12.2006 - ABl. 2007 L 379 - De-Minimis, S. 5, eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁹ KOM v. 07.04.2009 - ABl. 2009 C 83 - Finanzhilfe Wirtschaftskrise, S. 1, eur-lex.europa.eu.

¹⁹⁰ KOM v. 11.01.2011 - ABl. 2011 C 6 - Finanzhilfe Wirtschaftskrise, S. 5, eur-lex.europa.eu.

¹⁹¹ KOM v. 07.05.1998 - ABl. 1998 L 142 - VO (EG) Nr. 994/98, eur-lex.europa.eu.

¹⁹² KOM v. 26.04.2012 - ABl. 2012 L 114, S. 8, eur-lex.europa.eu.

existieren noch zwei eigenständige De-Minimis-Verordnungen für den Fischerei-¹⁹³ und Landwirtschaftssektor.¹⁹⁴

Aufgrund der über die Jahre unveränderten Entscheidungspraxis der Kommission haben sich Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der De-Minimis-Verordnungen ergeben. So könne das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung bzw. einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels niemals von dem Erreichen oder Nicht-Erreichen eines bestimmten absoluten Schwellenwertes abhängen.¹⁹⁵ Aufgrund sekundärer Relevanz für diese Dissertation (mit Ausnahme der DAWI-De-Minimis) wird an dieser Stelle auf die einschlägige Literatur verwiesen. In Summe existieren damit 4 verschiedene De-Minimis-Verordnungen, deren Zusammenspiel in Bezug auf Kumulierung von Förderungen in Art. 5 I VO EU Nr. 1408/2013 geregelt ist.¹⁹⁶ Gegenwärtig ist die Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-Minimis-Beihilfen vom 18.12.2013 maßgeblich.¹⁹⁷

¹⁹³ KOM v. 24.07.2007 - ABl. 2007 L 193 - De-Minimis, S. 6, eur-lex.europa.eu.

¹⁹⁴ KOM v. 24.10.2013 - ABl. 2013 L 352, S. 9, eur-lex.europa.eu.

¹⁹⁵ EuGH v. 03.03.2005 - Rs. C-172/03 Wolfgang Heiser, Rn. 32, curia.europa.eu; EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 81, curia.europa.eu; EuGH v. 21.03.1990 - Rs. C-142/87 Tubemeuse, Rn. 25, curia.europa.eu.

¹⁹⁶ KOM v. 18.12.2013 - ABl. 2013 L 352, S. 5, eur-lex.europa.eu.

¹⁹⁷ KOM v. 18.12.2013 - ABl. 2013 L 352, eur-lex.europa.eu.

II. Transparenzrichtlinie und Trennungsrechnung

An dieser Stelle soll noch die Transparenzrichtlinie 2006/111/EG der EU-Kommission erwähnt werden, da diese in thematischem und systematischem Zusammenhang mit den anderen Beihilferegelungen steht.¹⁹⁸ Gemäß dieser Regelung haben die einzelnen Mitgliedstaaten der EU bei der Gestaltung der finanziellen Beziehungen zwischen Ihren Organen und privaten Unternehmen auf eine ausreichende Transparenz zu achten.¹⁹⁹ Wichtig ist in diesem Zusammenhang vor allem die Offenlegung gewährter öffentlicher Mittel zugunsten öffentlicher Unternehmen. In Bezug auf Deutschland führt Otter hier das Transparenzrichtliniengesetz (TranspRLG) an. Gem. § 1 TranspRLG seien Kosten sowie Einnahmen von Unternehmen, welche DAWI erbringen, getrennt von den Kosten und Einnahmen privatwirtschaftlicher Tätigkeiten zu erfassen. Hierzu sei Art. 5 IX des Freistellungsbeschlusses²⁰⁰ angeführt, nach welchem folgt, dass im Rahmen einer Vollkostenrechnung die direkt zurechenbaren Kosten sowie ein angemessener Anteil an Gemeinkosten den DAWI zuzurechnen seien. Auf der Einnahmeseite wäre analog zu verfahren. Die ggf. entstehende Unterdeckung bildet den Bedarf an DAWI Ausgleichsleistungen. Sonstige [privat] wirtschaftliche Tätigkeiten haben kostendeckend betrieben zu werden.²⁰¹

¹⁹⁸ KOM v. 16.11.2006 - ABl. 2006 L 318 - Transparenz der finanziellen Beziehungen, eur-lex.europa.eu.

¹⁹⁹ KOM v. 16.11.2006 - ABl. 2006 L 318 - Transparenz der finanziellen Beziehungen, S. 17, eur-lex.europa.eu.

²⁰⁰ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, eur-lex.europa.eu.

²⁰¹ Otter, EU BeihilfeR, S. 68 - 69.

III. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)

AGVO können als allgemeine Vorschriften verstanden werden, welche für alle Freistellungstatbestände gelten. Basierend auf der Ermächtigungsverordnung 994/98²⁰² hatte die EU Kommission bereits im Jahr 2001 drei Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen. Mit Hilfe dieser Verordnungen erklärte die Kommission bestimmte Gruppen von Beihilfen für automatisch mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar. Hierzu zählt auch die bereits erwähnte De-Minimis Verordnung.²⁰³ Bei der De-Minimis Verordnung handelt es sich nicht um eine Gruppenfreistellungsverordnung im eigentlichen Sinne, da Beihilfen, welche unter diese Regelung fallen, bereits tatbestandlich keine Beihilfen sind.²⁰⁴

Die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 800/2008 (AGVO), welche alle vormals durch eigenständige Rechtsakte geregelten Beihilfegruppen umfasste, wurde von der Kommission am 07.07.2008 angenommen und im Amtsblatt entsprechend veröffentlicht.²⁰⁵ Aktuell hat die AGVO 651/2014 von 17.06. 2014²⁰⁶ in der Fassung der Verordnung 2017/1084 vom 14.06.2017 Gültigkeit.²⁰⁷ Die AGVO erstreckt sich auf ein breites Spektrum. Gem. Art. 1 AGVO finden sich hier Regelungen zu Regionalbeihilfen, Beihilfen für KMU, Risikofinanzierungsbeihilfen, Umweltschutzbeihilfen sowie Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation.

²⁰² KOM v. 07.05.1998 - ABl. 1998 L 142 - VO (EG) Nr. 994/98, eur-lex.europa.eu.

²⁰³ KOM v. 13.01.2001 - ABl. 2001 L 10 - Verordnung (EG) Nr. 69/2001 De-Minimis, S. 20, 30 u. 33, eur-lex.europa.eu.geändert durch Verordnung 363/2004 ABl. 2004 L63, 20

²⁰⁴ *Bartosch*, NJW 2001, 921 (923).

²⁰⁵ KOM v. 06.08.2008 - ABl. 2008 L 214 - AGVO, S. 3, eur-lex.europa.eu.

²⁰⁶ KOM v. 26.06.2014 - ABl. 2014 L 187, S. 1, eur-lex.europa.eu.

²⁰⁷ KOM v. 20.06.2017 - ABl. 2017 L 156, S. 1, eur-lex.europa.eu.

Nach Meinung von Otter ist dabei für die öffentliche Hand insbesondere die Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen relevant. Es bestehen Möglichkeiten zur Freistellung von Beihilfen für Kultur-, Sport- und Multifunktionsinfrastrukturen sowie für lokale Infrastrukturen.

Ein Vorteil der AGVO besteht darin, dass gem. Art. 58 I AGVO auch Beihilfen umfasst seien, welche vor Inkrafttreten der Verordnung gewährt wurden, soweit die entsprechenden Freistellungsvoraussetzungen erfüllt seien.²⁰⁸ Eine Freistellung von der Anmeldung (Notifizierung) ist gem. Art. 3 AGVO möglich, sofern die allgemeinen Voraussetzungen von Kapitel 1 sowie auch die besonderen Bestimmungen von Kapitel 3 Art. 13 - 56 AGVO für die jeweilige Gruppe von Beihilfen erfüllt werden. Zur Vereinfachung der Auslegung der AGVO-Artikel wurde von der EU 2016 ein Praxisleitfaden publiziert.²⁰⁹ Folgend werden die wichtigsten Anforderungen der AGVO kurz skizziert.

Art. 4 AGVO definiert absolute Schwellenwerte für eine Reihe von Beihilfegruppen, welche unter die AGVO fallen. Wird ein solcher Schwellenwert erreicht, unterliegen Einzelbeihilfen einer Sondernotifizierungspflicht. Art. 4 II AGVO verbietet die Schwellenwertumgehung mittels einer künstlichen Aufspaltung von Fördervorhaben, d.h für jede Beihilfegruppe ist dabei ein einziger Schwellenwert maßgeblich.²¹⁰ Die AGVO umfasst nur Beihilfeformen, welche als transparent gelten. Transparenz ist gegeben, wenn das

²⁰⁸ Otter, EU BeihilfeR, S. 73.

²⁰⁹ KOM - General Block Exemption Regulation (GBER) Frequently Asked Questions, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf zugegriffen am 10.11.2020.

²¹⁰ Bartosch, EU-BeihilfenR, S. 476.

Bruttosubventionsäquivalent (BSÄ)²¹¹ im Voraus exakt ermittelt werden kann, ohne dass es hierzu einer Risikobewertung im Einzelfall bedarf.²¹² Gem. Art. 5 II lit. a AGVO gelten Zuschüsse und Zinszuschüsse als transparent. Gem. Art. 5 II lit. b können Kredite als transparent angesehen werden, falls ihr BSÄ auf Grundlage des zu ihrem Bewilligungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes berechnet wird.²¹³

Eine Genehmigung von Beihilfen ist nur möglich, wenn ein Anreizeffekt vorhanden ist, d.h nicht für Tätigkeiten, welche ohne die Gewährung einer Beihilfe durchgeführt worden wären. Gem. Art. 6 II AGVO wird bei allen Beihilfen mit Ausnahme Ad-hoc-Beihilfen²¹⁴ für große Unternehmen, die aufgrund einer Beihilferegulung vergeben werden und die Antragsstellung vor Tätigkeitsbeginn erfolgt, der Anreizeffekt als gegeben angesehen. Handelt es sich hingegen um Ad-hoc Beihilfen für große Unternehmen, sind zusätzlich noch weitere Nachweise für das Vorliegen eines Anreizeffektes vorzulegen. Art. 6 III lit. b AGVO sieht für diesen Sachverhalt eine Indikatorenprüfung vor.²¹⁵

²¹¹ „Bruttosubventionsäquivalent“ (gem. Art II, Nr. 22 AGVO): Höhe der Beihilfe, wenn diese als Zuschuss für den Empfänger gewährt worden wäre, vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben.

²¹² Auch bekannt unter „SAFE HARBOUR“.

²¹³ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 476 - 477.

²¹⁴ Ad-hoc-Beihilfe: Beihilfe, die nicht auf der Grundlage einer allg. Beihilferegulung gewährt wird.

²¹⁵ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 480.

Beihilfeintensität²¹⁶ bzw. beihilfefähige Kosten²¹⁷ werden gem. Art. 7 AGVO geregelt. Im Rahmen der AGVO gelten Beihilfehöchstintensitäten, welche den Beihilfebetrug im Verhältnis zu den förderfähigen Kosten limitieren. Gem. Art. 2 Nr. 22 AGVO wird zur Berechnung der zulässigen Beihilfeintensität das Bruttosubventionsäquivalent (BSÄ)²¹⁸ herangezogen. Art. 7 I Satz 2 AGVO verpflichtet die Mitgliedstaaten der Union, beihilfefähige Kosten durch schriftliche Unterlagen zu belegen. Art. 8 AGVO regelt die Kombination oder auch Kumulierung oder parallele Gewährung von Beihilfen nach AGVO mit anderen Beihilfen. Nach Art. 8 II AGVO bleiben Mittel, welche nicht direkt oder indirekt der Ausgabenkontrolle der Mitgliedstaaten unterliegen, bei der Kumulierung unberücksichtigt.

Art. 8 III AGVO regelt die Kumulierung von Beihilfen, bei denen sich beihilfefähige Kosten bestimmen lassen. Hierbei gilt, dass die jeweils höchste durch die AGVO bestimmte Beihilfeintensität nicht überschritten werden darf, falls die beihilfefähigen Kosten sich ganz oder teilweise decken. Bartosch ergänzt hierzu, dass sich kein Problem bei der Kumulierung ergäbe, wenn keinerlei Überschneidung der beihilfefähigen Kosten stattfände. In einem solchen Fall könnten diese beihilfefähigen Kosten jeweils getrennt zu dem für die betreffenden Beihilfekategorien geltenden Höchstsatz gefördert werden.²¹⁹ Nach Art. 8 IV AGVO könnten Beihilfen welche nach Art. 21, 22

²¹⁶ „Gemäß Art. 2 Ziffer 26 AGVO ist die Beihilfenintensität die in Prozent ausgedrückte Höhe der Beihilfe in Relation zu den beihilfefähigen Kosten vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben.

²¹⁷ Beihilfefähige Kosten sind diejenigen Kosten eines Unternehmens, für die Beihilfen gewährt werden dürfen. Die beihilfefähigen Kosten sind gemäß Art. 7 AGVO durch schriftliche Unterlagen zu belegen, die spezifisch, klar und aktuell sein müssen

²¹⁸ Für die Berechnung der Beihilfeintensität werden die Bruttobeträge vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben herangezogen.

²¹⁹ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 484.

sowie 23 AGVO freigestellt sind, und bei denen sich beihilfefähige Kosten nicht bestimmen lassen, mit anderen Beihilfen, mit bestimmbar beihilfefähigen Kosten kumuliert werden. Beihilfen, mit nicht bestimmbar beihilfefähigen Kosten, können mit weiteren staatlichen Beihilfen bei denen sich die beihilfefähigen Kosten ebenfalls nicht bestimmen lassen, kumuliert werden. Dieses ist bis zu der für den jeweiligen Sachverhalt einschlägigen Obergrenze für die Gesamtfinanzierung zulässig. Art. 8 V AGVO legt fest, dass nach dieser Verordnung freigestellte staatliche Beihilfen nicht mit De-Minimis-Beihilfen für dieselben beihilfefähigen Kosten kumuliert werden dürfen, wenn durch diese Kumulierung die in Kapitel III AGVO festgelegten Beihilfeintensitäten oder Beihilfeshöchstbeträge überschritten werden. Art. 53 AGVO sieht besondere Freistellungsvoraussetzungen für Kultur vor. In Bezug auf kommunale [gemeinwirtschaftliche] Unternehmen können noch die besonderen Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 53 AGVO für Kultureinrichtungen sowie nach Art. 55 AGVO für Sport- und multifunktionale Freizeitinfrastruktur angeführt werden.

IV. Bestehende Beihilfen Art. 108 I AEUV

Einen weiteren möglichen Rechtfertigungsgrund stellen die bestehenden Beihilfen (existing aid) dar. Ist eine Beihilfe dieser Kategorie zuzuordnen, so genießt diese i.d.R einen Bestandsschutz.²²⁰ Art. 1 lit. b EU-Verordnung 2015/1589 vom 13.07.2015²²¹ definiert diese Kategorien. Relevant sind u.a Beihilfen, welche von der Kommission bereits genehmigt wurden. Ebenso Beihilfen, welche gewährt wurden, bevor im jeweiligen Mitgliedsstaat das

²²⁰ *Streinz*, EuropaR, § 14 VII 3 Rn. 1126 ff; *Soltész*, EuZW 11 2011, 541 (545).

²²¹ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, Art. 1 lit b, S. 13, eur-lex.europa.eu.

europäische Primärrecht in Kraft getreten ist. In Bezug auf Deutschland beträfe dieses Beihilfen vor 1958. Relevant ist dieses vor allem für die jüngeren EU – Staaten wie beispielsweise Rumänien.²²² Ebenso gem. Art. 4 V²²³ notifizierte Beihilfen, über welche nicht innerhalb von 2 Monaten nach vollständiger Anmeldung entschieden wurde. Ergänzt wird dieses durch Beihilfen welche älter, als 10 Jahre ab Zeitpunkt der Gewährung sind gem. Art. 17²²⁴ Abschließend sollen noch Beihilfemaßnahmen Erwähnung finden, welche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens keine Beihilfe darstellten und ohne Veränderungen weiter gewährt wurden.²²⁵

D. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

I. Begriffsbestimmung

Die primärrechtlichen Regelungen bezüglich DAWI finden sich in Art. 106 II AEUV. Grundsätzlich gelten die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des AEUV unmittelbar, allerdings darf die Ausführung der DAWI dadurch nicht verhindert werden. Ausgleichszahlungen, welche die Erbringung von DAWI ermöglichen sollen, werden von der Notifizierungspflicht gem. Art. 108 III AEUV freigestellt, sofern diese keine tatbestandlichen Beihilfen darstellen. Wie bereits eingangs erwähnt ist der Begriff der DAWI weder primär- noch sekundärrechtlich eindeutig geregelt.²²⁶

²²² *Otter*, EU BeihilfeR, S. 87.

²²³ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 14, eur-lex.europa.eu.

²²⁴ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 20, eur-lex.europa.eu.

²²⁵ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 13, eur-lex.europa.eu.

²²⁶ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 165, curia.europa.eu; KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, Rn. 17, eur-lex.europa.eu.

Einzig im sogenannten Qualitätsrahmen der Europäischen Kommission findet sich die folgende Formulierung: *„wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universellen Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden.“*²²⁷

Die Mitgliedsstaaten besitzen bei der Deklaration von DAWI einen Ermessensspielraum. Die Kommission prüft im Rahmen einer Evidenzkontrolle nur auf offenkundige Fehler.²²⁸

Durch die Europäische Kommission bzw. die europäischen Gerichte wurden u.a folgende Dienstleistungen als DAWI anerkannt:

- Betrieb öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten²²⁹
- Betrieb eines öffentlichen Fernmeldenetzes²³⁰
- Postdienstleistungen²³¹
- Arbeitsvermittlung²³²
- Grundversorgung mit Strom und Gas²³³

²²⁷ KOM v. 20.12.2012 - KOM (2011) 900 Qualitätsrahmen Europa, S. 3 ff., eur-lex.europa.eu.

²²⁸ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 20, curia.europa.eu; EuGH v. 27.03.1974 - Rs. C-127/73 BRT/SABAM, S. 314 ff., curia.europa.eu; EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 216, curia.europa.eu; EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 40, curia.europa.eu.

²²⁹ EuGH v. 30.04.1974 - Rs. C-155/73 Sacchi, Rn. 15, curia.europa.eu; EuG v. 10.07.1991 - Rs. T-69/89 RTE ITP/Kommission, Rn. 82, curia.europa.eu.

²³⁰ EuGH v. 13.12.1991 - Rs. C-18/88 RTT / GB-Inno-BM, Rn. 16, curia.europa.eu.

²³¹ EuGH v. 17.05.2001 - Rs. C-340/99 TNT Traco, Rn. 53, curia.europa.eu; EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 15, curia.europa.eu.

²³² EuGH v. 11.12.1997 - Rs. C-55/96 Job Centre, Rn. 26, curia.europa.eu; EuGH v. 23.04.1991 - Rs. C-41/90 Macrotron, Rn. 24, curia.europa.eu.

²³³ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 Energiemonopole Niederlande, Rn. 34, curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-158/94 Energiemonopole Italien, Rn. 53, curia.europa.eu.

- Zusatzrentensystem für Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges²³⁴
- Bedienung von unrentablen Flugverbindungen²³⁵
- Notfallkrankentransport²³⁶
- Ökologische Verwertung von Abfällen²³⁷
- Medikamentenversorgung²³⁸
- Organisation des Eisenbahnverkehrs²³⁹
- Unterhalt eines Flughafens²⁴⁰
- Wasserversorgung²⁴¹
- Zugang zu Breitbandversorgung²⁴²
- Grundversorgung mit Bankdienstleistungen²⁴³

Ein Grund hierfür könnten die unterschiedlichen individualstaatlichen Vorstellungen davon sein, was Aufgabe des Staates bzw. staatlicher Daseinsvorsorge ist. Dieses ist m.M.n der Heterogenität der unterschiedlichen Unionsstaaten bzw. ihrer gesellschaftlichen und marktwirtschaftlichen Orientierung und Traditionen geschuldet. Als Beispiel kann hier die stark liberalisierte Republik Irland²⁴⁴ versus das stark regulierte Griechenland²⁴⁵

curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 57, curia.europa.eu.

²³⁴ EuGH v. 21.09.1999 - verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 Brentjens', Rn. 105, curia.europa.eu.

²³⁵ EuGH v. 11.04.1989 - Rs. C- 66/86 Ahmed Saeed, Rn. 55, curia.europa.eu.

²³⁶ EuGH v. 25.10.2001 - Rs. C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rn. 55, curia.europa.eu.

²³⁷ EuGH v. 23.05.2000 - Rs. C-209/98 FFAD, Rn. 75, curia.europa.eu.

²³⁸ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 Ferring SA, Rn. 30, curia.europa.eu.

²³⁹ KOM v. 21.12.1993 - ABl. 1994 L 55 - Hafens von Rødby, S. 52, eur-lex.europa.eu.

²⁴⁰ KOM v. 28.06.1995 - ABl. 1995 L 216 - Zavatem, S. 8, eur-lex.europa.eu.

²⁴¹ KOM v. 17.12.1981 - ABl. 1982 L 167 - Navewa-Anseau, S. 89, eur-lex.europa.eu.

²⁴² KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - Pyrénées-Atlantiques, eur-lex.europa.eu.

²⁴³ KOM v. 07.03.2007 - N 822/2006 - Post Office Limited, 653 fin. eur-lex.europa.eu.

²⁴⁴ The Heritage Foundation. - Index of Economic Freedom, <https://www.heritage.org/index/ranking?version=505>; Rang 6 (Stand 2019).

²⁴⁵ The Heritage Foundation. - Index of Economic Freedom, <https://www.heritage.org/index/ranking?version=505>; Rang 106 (Stand 2019).

dienen. Ursprünglich stellte der Ausgleich von Kosten, welche im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstanden nach der vom EuGH vertretenden Tatbestandslösung²⁴⁶ keine beihilferechtliche Begünstigung dar, insofern sich der Ausgleich auf die Nettomehrkosten der Erbringung beschränkte.²⁴⁷ Hieraus folgte, dass mitgliedstaatliche Kompensationsmechanismen zum Ausgleich der Kosten gemeinwirtschaftlicher Aufgaben gar nicht als Beihilfen galten, und Art. 106 II AEUV damit keine Anwendung fand. Erst mit Einführung der Rechtfertigungslösung für DAWI durch das EuG änderte sich dieses und es entstand die Notwendigkeit der Anwendung des Art. 106 II AEUV, sofern der Tatbestand einer Beihilfe erfüllt ist.²⁴⁸

II. Altmark-Trans-Urteil des EuGH

1. Grundlagen

Am 24.07.2003 urteilte der EuGH in der Rechtssache Altmark-Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.²⁴⁹ Hierdurch endete eine lang anhaltende und insbesondere seit der Entscheidung Ferring²⁵⁰ außerordentlich kontrovers geführte Diskussion.²⁵¹ Die Altmark-Trans-Rechtsprechung kann daher auch als Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage dienen, unter welchen

²⁴⁶ Vom EuGH in Entscheidung FERRING entwickelter Ansatz: Zahlungen erfüllen unter gewissen Bedingungen schon nicht den Tatbestand einer Beihilfe. Siehe in Detail:

Rusche/Melcher, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU Recht, Art. 93 AEUV Rn. 4.

²⁴⁷ EuGH v. 07.02.1985 - Rs. C-240/83 ADBHU, S. 550 ff., curia.europa.eu.

²⁴⁸ EuG v. 10.05.2000 - Rs. T-46/97 SIC, Rn. 2131, curia.europa.eu; EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 FFSA, Rn. 235 ff., curia.europa.eu.

²⁴⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, curia.europa.eu.

²⁵⁰ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 Ferring SA, curia.europa.eu.

²⁵¹ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 73.

Voraussetzungen die Gewährung von Ausgleichsleistungen im Bereich gemeinwirtschaftlicher Dienst als eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV angesehen werden kann.²⁵²

Den Ausgang bildete ein Rechtsstreit im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Im Einzelnen ging es hierbei um den Betrieb von Liniendiensten mit Omnibussen im Landkreis Stendal. Im Jahr 1994 genehmigte der Landkreis der Altmark-Trans GmbH die Personenbeförderung und gewährte entsprechende Zuschüsse. Diese sollten die Kosten, welche mit der Erbringung dieser öffentlichen Dienstleistungen anfallen, entsprechend decken. Die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (NVGA), ein Konkurrent der Altmark-Trans GmbH, beantragte ihrerseits ebenfalls eine Genehmigung zur Beförderung, welche vom Landkreis abgewiesen wurde. Als Begründung wurde angeführt, dass die Altmark-Trans GmbH die geringere Ausgleichszahlung erhalten würde, und folglich das bessere Angebot abgegeben hätte.

Gegen diese Entscheidung erhob die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH Klage bei den entsprechenden deutschen Gerichten. Es wurde von der NVGA angeführt, dass die Altmark-Trans GmbH Zuschüsse erhalten habe, welche mit den Beihilfenvorschriften unvereinbar seien. Das Bundesverwaltungsgericht bat daher den EuGH um Klärung, ob die staatlichen Ausgleichszahlungen als Beihilfen gem. Art. 106 I anzusehen seien.²⁵³ Zwar wird in der einschlägigen Literatur explizit darauf hingewiesen dass, obwohl Altmark-Trans sowie die Grundvorschrift des Art. 106 II AEUV eigenständige Voraussetzungen sowie unterschiedliche Zielrichtungen

²⁵² *Kreße*, Gemeinw. Dienste, S. 47.

²⁵³ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 1, curia.europa.eu.

hätten, Überschneidungen zwischen den Altmark-Trans-Kriterien und den Tatbestandsmerkmalen des Art. 106 II AEUV festzustellen wären.²⁵⁴ Aus diesem Grund wird der Abschnitt über Altmark-Trans nur kurz dargestellt. In der Dissertation wird zuerst auf Altmark-Trans eingegangen, da insofern die Altmark-Trans-Kriterien erfüllt sind, keine Beihilfe gem. Art. 107 AEUV vorliegt und eine Prüfung nach Art. 106 II AEUV damit entbehrlich ist.

2. Altmark-Trans-Kriterien

a) Betrauungsakt

Nach Maßgabe des ersten Altmark-Trans-Kriteriums wird ein hinreichend klar definierter Betrauungsakt der gemeinschaftlichen Verpflichtung vorausgesetzt.²⁵⁵ Das erste Altmark-Trans-Kriterium bezieht sich auf den Gegenstand der Ausgleichsleistung. Das begünstigte Unternehmen muss daher mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein. Es ist weiterhin ein Betrauungsakt erforderlich, welcher sich auf gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen bezieht und klar definiert sein muss. Darüber, was unter einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu verstehen sei, macht der EuGH keine Angaben.²⁵⁶ In der Rechtssache BUPA²⁵⁷ wurde durch das EuG klargestellt, dass der Begriff der DAWI gem. Art. 106 II AEUV mit dem der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne der

²⁵⁴ *Bauer*, EuZW 2006, 7 (9); *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (300); *C. Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 (122 ff.).

²⁵⁵ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 89, curia.europa.eu.

²⁵⁶ *Kreße*, Gemeinw. Dienste, S. 45.

²⁵⁷ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, curia.europa.eu.

Altmark-Trans Entscheidung identisch seien. Daher wird für weitere Detailangaben im Folgenden auf die Ausführungen in Kapitel III verwiesen.

b) Objektive und transparente Ausgleichsparameter

Das zweite Altmarkt-Trans-Kriterium, welches durch den EuGH geschaffen wurde, findet seine Entsprechung weder in Art. 107 I AEUV noch in Art. 106 II AEUV. Als Substitut für die Begünstigung sind die Berechnungsparameter für die Kosten im Vorfeld transparent aufzustellen.²⁵⁸ Erfolgt der Verlustausgleich ex post, ist dieses als ein Vorteil gem. Art. 107 I AEUV, und damit als Beihilfe anzusehen.²⁵⁹ Werner und Köster weisen in diesem Zusammenhang auf die verbreitete Praxis im kommunalen Bereich hin, den Verlust eines vorangegangenen Geschäftsjahres im Nachhinein zu kompensieren. Diese Praxis sei mit dem zweiten Altmark-Trans-Kriterium nicht zu vereinen.²⁶⁰

Die europäischen Gerichte haben in einigen Urteilen Stellung zum zweiten Kriterium bezogen. In ENIRISORE fehlten nach Ansicht des EuGH Angaben über Kosten bzw. Berechnungsmethoden, weshalb der Gerichtshof das Fehlen der Voraussetzung feststellte.²⁶¹ Im Urteil BUPA führte das EuG an, dass staatliches Ermessen, welches die Entscheidung über den Beginn der Ausgleichszahlung betreffe, mit der Berechnung der Kosten im Sinne des zweiten Kriteriums nicht im Zusammenhang stünde. Die Berechnung des Ausgleichs erfolgte mit Hilfe detaillierter Parameter mit einem hohen

²⁵⁸ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 90, curia.europa.eu.

²⁵⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 91, curia.europa.eu.

²⁶⁰ *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503 (504).

²⁶¹ EuGH v. 27.11.2003 - verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 Enirisorse, Rn. 37, curia.europa.eu.

Komplexitätsgrad, dieses beeinträchtigt nach Ansicht des Gerichtes nicht die Genauigkeit bzw. Klarheit der Parameter im Sinne des zweiten Kriteriums.²⁶²

Biondi bezeichnet die Auslegung der europäischen Gerichte als sehr großzügig. Dieses trage dem Umstand Rechnung, dass einige Sachverhalte eine nachträgliche Anpassung der Kostenberechnung notwendig machen würden. Hierdurch soll den Mitgliedsstaaten die notwendige Flexibilität eingeräumt werden, vorab durchgeführte Berechnungen der Ausgleichssumme nachträglich zu korrigieren.²⁶³

Im Urteil TV 2 zeigte das EuG eine großzügige Auslegung des zweiten Altmark-Trans-Kriteriums. Nach Ansicht des Gerichts überlasse das zweite Kriterium dem jeweiligen Mitgliedsstaat die Wahl der Modalitäten, um die Einhaltung des Kriteriums sicherzustellen. Das Urteil betraf im Gegenstand das Ausmaß der Begründungspflicht der Kommission. Die Kommission habe die Gesamtheit der zur Verfügung stehenden Unterlagen zu sichten, welche ein Indiz für die Erfüllung des zweiten Altmark-Trans-Kriteriums darstellen können. Weiterhin habe im Fall eines Nichterfüllens eine inhaltliche Begründung durch die Kommission zu erfolgen.²⁶⁴

Die Europäische Kommission verzichtet auf die Prüfung des zweiten Altmark-Trans-Kriterium, wenn das vierte Altmark-Trans-Kriterium verneint wird. Alternativ wird von der Kommission angeführt, dass sie das zweite

²⁶² EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 212 ff., curia.europa.eu.

²⁶³ Biondi, EStAL 7 2008, 401 (401).

²⁶⁴ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, Rn. 225 ff., curia.europa.eu.

Altmark-Trans-Kriterium mangels im Vorfeld bestimmter Kostenparameter für nicht erfüllt halte.²⁶⁵

Die Kommission sah in TV2/Danmark einen Ausgleich welcher mit einer Medienvereinbarung für die Dauer von 4 Jahren, ohne nähere Angaben zum Verhältnis von Ausgleich und Leistung bzw. einer festen Bezugsgröße festgelegt wurde, nicht als ausreichend für die Erfüllung des zweiten und vierten Altmark-Trans-Kriteriums an.²⁶⁶ In Pyrénées-Atlantiques sowie DORSAL hingegen, wurde ein im Voraus definierter Prozentsatz an den Gesamtkosten der Investition, begrenzt durch einen Höchstsatz, als ausreichend für die Erfüllung der Altmark-Trans-Kriterien erachtet. Anzumerken hierzu ist, dass die tatsächlichen Gesamtkosten eines Investitionsprojektes erst im Nachhinein feststellbar sind.²⁶⁷ In der entsprechenden Fachliteratur wurde vor allem die Transparenzfunktion positiv hervorgehoben, diese verhindert nach hM eine nachträgliche marktwidrige Bevorteilung des Empfängers.²⁶⁸ Nach Kube, führt ein nachträglicher Ausgleich eines defizitären Unternehmens [welches mit DAWI betraut ist] zur Übernahme eines bereits verwirklichten Marktrisikos. Hierdurch entstünde ein Wettbewerbsvorteil ggü der Konkurrenz, welche das

²⁶⁵ KOM v. 12.04.2005 - NN 166/a/1995 - RTVE, S. 17, eur-lex.europa.eu; KOM v. 19.05.2004 - ABl. 2004 L 85 -TV2/DANMARK, S. 1, eur-lex.europa.eu; KOM v. 10.12.2003 - ABl. 2004 L 361 - France 2 und France 3, Rn. 55, eur-lex.europa.eu; KOM v. 15.10.2003 - ABl. 2004 L 119 - RAI SpA, Tz. 97, eur-lex.europa.eu.
²⁶⁶ KOM v. 19.05.2004 - ABl. 2004 L 85 -TV2/DANMARK, Rn. 71, eur-lex.europa.eu.
²⁶⁷ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - DORSAL, Rn. 57 ff., eur-lex.europa.eu; KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - Pyrénées-Atlantiques, Rn. 69, eur-lex.europa.eu.
²⁶⁸ C. Koenig, BB 2003, 2185 (2186); Danner, Finanz. Öff. Unt., S. 193; Jennert, NVwZ 2004, 425 (426).

entsprechende Geschäft nicht getätigt hätten, und so zur Ihrem Nachteil eine Erwerbchance verstreichen ließen.²⁶⁹

Jennert sieht den Vorteil im zweiten Kriterium vor allem in der Förderung des freien Wettbewerbes, da ein subjektives Zuschneiden der Parameter auf ein bestimmtes Unternehmen erschwert werden.²⁷⁰ Nach hM muss der Fokus nicht auf der Ermittlung eines präzisen Betrages liegen, vielmehr müssten die Faktoren zu Berechnung der Kosten im Vorfeld klar definiert werden.²⁷¹ Bei den Anforderungen an den Detailgrad der Berechnungsparameter ist sich die Fachliteratur hingegen uneinig. Die Befürworter eines geringen Detailgrades führen an, dass eine zu detaillierte Kostenberechnung die Mitgliedsstaaten überfordere.²⁷²

Ein anderer Teil präferiert detaillierte Leistungskataloge, mit deren Hilfe die jeweilige Vergütung eindeutig zugeordnet werden können, da ein auf Basis der Durchschnittskosten berechneter Ausgleich aufgrund der effizienten Unternehmensführung über die tatsächlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung hinausgeht.²⁷³ Ein weiterer Teil geht hierüber noch hinaus, und fordert eine unabhängige Instanz, welche das Verfahren bzw. die Ausgleichsbestimmung transparent durchführe.²⁷⁴ Danner sieht in einem höheren Detailgrad der Berechnungsparameter betreffend den Ausgleich keine unzumutbare Anforderung, da die mit DAWI betrauten Unternehmen auf Erfahrungswerte sowie vorliegendes Datenmaterial

²⁶⁹ *Kube*, EuR 2004, 230 (240).

²⁷⁰ *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (427).

²⁷¹ *Leibenath*, EuR 2003, 1037 (1061); *Mortensen*, EStAL 7 2008, 239 (243); *Danner*, Finanz. Öff. Unt., S. 193.

²⁷² *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (427).

²⁷³ *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (427).

²⁷⁴ *C. Koenig*, BB 2003, 2185 (2186).

vergängerer Perioden zurückgreifen könnten. Ohnehin sei von privatwirtschaftlichen Unternehmen im Geschäftsalltag ein Finanzbedarfsplan aufzustellen.²⁷⁵

c) Angemessenheit des Ausgleichs

Gemäß des dritten Altmark-Trans-Kriteriums, ist die Ausgleichssumme auf den Betrag beschränkt, welcher notwendig ist, um die im Zuge der DAWI-Erbringung entstehenden Kosten ganz oder teilweise zu decken sowie einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften.²⁷⁶ Wie bereits beim ersten Altmark-Trans-Kriterium sei auf das Urteil BUPA verwiesen.²⁷⁷ Dort bestätigte das EuG, dass das dritte Altmark-Trans Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 106 II AEUV entspreche.²⁷⁸ Es wird daher auch hier auf Abschnitt Kapitel D III verwiesen.

d) Auswahl des Unternehmens

Entsprechend des vierten Altmark-Trans-Kriteriums erachtet der EuGH zwei Möglichkeiten als zulässig, welche die Beihilfeeigenschaft verneinen. Zum Ersten ist hier die Möglichkeit des Vergabeverfahrens zu nennen. *„Wenn [...] die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl*

²⁷⁵ Danner, Finanz. Öff. Unt., S. 194.

²⁷⁶ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 92, curia.europa.eu.

²⁷⁷ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 224, curia.europa.eu.

²⁷⁸ Bartosch, EStAL 2 2003, 375 (385).

*desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, [...].*²⁷⁹

Zum Zweiten besteht auch die Möglichkeit der Anwendung einer effizienten Kostenstruktur., *so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen [...] ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.*²⁸⁰

aa) Vergabeverfahren

In der einschlägigen Fachliteratur besteht kein Konsens über die beihilferechtliche Beurteilung vergaberechtlicher Aspekte.²⁸¹ In Bezug auf Beschaffungsvorgänge staatlicher Institutionen kann nach der Rechtsprechung in zwei Fällen von einer Begünstigung ausgegangen werden. Im ersten möglichen Fall übersteigt die erbrachte Gegenleistung des Staates den Marktpreis. Im zweiten Fall erfolgt die staatliche Gegenleistung zwar zu Marktpreisen, aber es fehlt an einem Bedarf für die bezogenen Leistungen.²⁸² Eilmansberger führt hierzu allerdings an, dass beide Varianten im praktischen Alltag sehr unwahrscheinlich seien. Folglich sei eine ordnungsgemäße Ausschreibung beihilferechtlich unproblematisch.²⁸³

²⁷⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 93, curia.europa.eu.

²⁸⁰ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 93, curia.europa.eu.

²⁸¹ Übersicht zur Diskussion *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (1 ff).

²⁸² *Pünder*, NZBau 2003, 530 (531).

²⁸³ *Eilmansberger*, WuW 2004, 384 (386).

Aufgrund des geringen Praxisbezuges wird an dieser Stelle nicht weiter auf die Thematik eingegangen und auf die einschlägige Literatur verwiesen.²⁸⁴ Die Europäische Kommission äußerte sich in einem „Non-paper“ betreffend DAWI und staatlichen Beihilfen zum Vergabeverfahren in der Daseinsvorsorge.²⁸⁵ Die Kommission spricht sich darin für ein offenes Verfahren aus, erachtet aber auch nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als zulässig, insofern der öffentliche Auftraggeber angemessene, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien anwenden würden.²⁸⁶ Nach Ansicht der Kommission entfaltet sich allerdings nur dann eine begünstigende Wirkung, wenn folgende Kriterien erfüllt sind.²⁸⁷

1. „der betreffende Markt ist wirtschaftlich de facto umkämpft“
[Konkurrenzsituation ist gegeben]
2. Das Ausschreibungsverfahren hat zu einem echten Wettbewerb geführt
3. Den Zuschlag erhielt das Unternehmen, welches die geringste Ausgleichsleistung verlangt. Gleichzeitig sind die weiteren Vergabebedingungen nur in Form von Mindestanforderungen formuliert.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so geht die Kommission vom Vorliegen einer Beihilfe aus. Die beteiligten Parteien bzw. die Mitgliedsstaaten haben die Möglichkeit hierzu Stellung zu nehmen.²⁸⁸ In den

²⁸⁴ *Wende*, WettbewerbsR, S. 56.

²⁸⁵ KOM v. 12.11.2002 - Non-paper zu DAWI, eur-lex.europa.eu.

²⁸⁶ KOM v. 12.11.2002 - Non-paper zu DAWI, Rn. 85, eur-lex.europa.eu.

²⁸⁷ KOM v. 12.11.2002 - Non-paper zu DAWI, Rn. 87, eur-lex.europa.eu.

²⁸⁸ KOM v. 12.11.2002 - Non-paper zu DAWI, Rn. 88, eur-lex.europa.eu.

Entscheidungen zu PSO Ireland²⁸⁹, Pyrénées-Atlantiques²⁹⁰ sowie Dorsal²⁹¹ hat die Kommission die Konformität [nach Altmark-Trans] der Vergabeverfahren unabhängig vom Vergaberecht nur an beihilferechtlichen Maßstäben geprüft. In PSO Ireland war die Auftragsvergabe an Stromerzeuger durch die irische Regulierungsbehörde Gegenstand der Prüfung. Zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit sollten die Stromerzeuger für die Bereitstellung von Reservekapazitäten entschädigt werden. Dieses wurde in einer entsprechenden Vereinbarung fixiert. Die Kommission führte hierzu an, dass nicht nur die Einhaltung der Bestimmung des Vergaberechts maßgeblich seien, sondern auch eine beihilferechtliche Überprüfung durchzuführen sei.

Selbst im Falle einer Einhaltung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen behalte sich die Kommission eine beihilferechtliche Überprüfung der Vergabeverfahren vor. In diesem konkreten Fall wählte die irische Regulierungsbehörde ein offenes Vergabeverfahren mit Ausschreibung über das gesamte Unionsgebiet. Nachträgliche Verhandlungsmöglichkeiten wurden ausgeschlossen. Die Kommission sah aufgrund dieser Vorgaben das vierte Altmark-Trans-Kriterium als erfüllt an. Als Grund führte die Kommission die Transparenz sowie die Wettbewerbsoffenheit des Verfahrens, den fehlenden Ermessensspielraum aufseiten des öffentlichen Auftraggebers wie auch die Garantie des niedrigsten Preises an.²⁹²

²⁸⁹ KOM v. 16.12.2003 - N 475/2003 - PSO Ireland, eur-lex.europa.eu.

²⁹⁰ KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - Pyrénées-Atlantiques, eur-lex.europa.eu.

²⁹¹ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - DORSAL, eur-lex.europa.eu.

²⁹² KOM v. 16.12.2003 - N 475/2003 - PSO Ireland, Rn. 57, eur-lex.europa.eu.

In *Pyrénées-Atlantiques*²⁹³ sowie *Dorsal*²⁹⁴ wurde jedoch unter bestimmten Bedingungen auch das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ statt des „niedrigsten Preises“ akzeptiert. Beide Fälle hatten die Errichtung sowie den Betrieb eines öffentlichen Breitbandnetzes mit offenem Zugang in bestimmten französischen Regionen zum Gegenstand. Durch den Betrieb dieser Netze sollten privaten, gewerblichen und institutionellen Nutzern transparent und nichtdiskriminierend ein Zugang zu Breitbanddienstleistungen ermöglicht werden. Die Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erfolgte durch eine Konzession, welche im Anschluss an das Ausschreibungsverfahren vergeben wurde.

Die Kommission argumentierte hier, dass bei Vorliegen eines Ermessensspielraums bei der Endauswahl aufseiten des Auftraggebers, aus beihilferechtlicher Sicht nicht automatisch ein Marktpreis angenommen werden könne. Nach Ansicht der Kommission muss in diesem Fall gesondert geprüft werden, ob die Auswahl nach den geringsten Kosten erfolgt.²⁹⁵ Die Kommission merkte weiterhin an, dass zwar ein transparenter Bieterwettbewerb stattgefunden habe, aber die Erfüllung des vierten Altmarkt-Trans-Kriteriums nur deshalb positiv beschieden wurde, da die Endauswahl des Auftragnehmers nach quantitativen Kriterien stattgefunden habe. Der bloßen Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen komme dabei allein keine begünstigungsausschließende Wirkung zu.²⁹⁶ Innerhalb der

²⁹³ KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - *Pyrénées-Atlantiques*, eur-lex.europa.eu.

²⁹⁴ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - *DORSAL*, eur-lex.europa.eu.

²⁹⁵ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - *DORSAL*, Rn. 68, eur-lex.europa.eu.

²⁹⁶ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - *DORSAL*, Rn. 78, eur-lex.europa.eu; KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - *Pyrénées-Atlantiques*, Rn. 86, eur-lex.europa.eu.

juristischen Fachliteratur wird sich für Auslegung nach dem Grundsatz „*mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit ausgesprochen*“.

Koenig ist der Ansicht, dass der EuGH nicht auf den „geringstmöglichen Zuschuss“ sondern auf „die geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ abziele. Beschränkt sich die Betrachtung ausschließlich auf den geringsten Zuschuss(Betrag), so muss ungedeckte Investitionskosten letztendlich von der Allgemeinheit aufgefangen werden. Um einer Kostenminimierung für die Allgemeinheit hinreichend Rechnung zu tragen, darf daher nicht einseitig das Angebot zum geringsten Zuschuss in Betracht gezogen werden.²⁹⁷ Schnelle ergänzt diesen Gedanken und spricht sich für eine Berücksichtigung politischer Aspekte bei der Endauswahl aus. Nach Ansicht des Autors habe der EuGH bei dem Urteil Altmark-Trans sich für eine Formulierung entschieden, welche nicht nur kostenbezogene Elemente zulasse.²⁹⁸

bb) Effizienztest

Als Alternative zu den o.g Ausschreibungsverfahren kann der Effizienztest angeführt werden. Gemäß diesem Ansatz begründet eine Zuwendung keine Beihilfe insofern diese nicht über die Kosten hinausgeht, welche einem vergleichbaren durchschnittlich gut geführten Unternehmen in derselben Fallkonstellation entstünden.²⁹⁹ Kessler und Dahlke weisen in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass Unklarheit darüber bestünde, was unter dem Kostenniveau eines „durchschnittlich, gut geführten

²⁹⁷ C. Koenig, EuZW 2005, 417 (417); C. Koenig/Kiefer, EStAL 4 2005, 415 (424).

²⁹⁸ Schnelle, EStAL 2 2003, 411 (412).

²⁹⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 93 curia.europa.eu.

Unternehmens“ zu verstehen sei und wie die Bestimmung dieser vom EuGH bestimmten Kostenkategorie zu erfolgen habe.³⁰⁰

Im Fall BUPA setzte sich das EuG mit dem vierten Altmark-Trans-Kriterium auseinander. Gegenstand war ein Risikoausgleichssystem für Versicherer, welches die Abweichung des Risikoprofils eines jeweiligen Versicherers vom durchschnittlichen Marktrisikoprofil kompensiert, und individuelle Einnahmen und Kosten nicht berücksichtigt. Bereits bei der Prüfung des dritten Altmark-Trans-Kriteriums war das EuG der Ansicht, dass aufgrund der Funktionsweise des Ausgleichssystems eine Anpassung von Altmark-Trans an die spezifischen Umstände des Einzelfalls erfolgen muss. Dieses habe aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen dem dritten und vierten Altmark-Trans-Kriteriums auch für den Effizienztest zu gelten.³⁰¹

Das EuG sah es aufgrund der Funktionsweise des Systems nicht als zielführend an, einen Unternehmensvergleich durchzuführen. Nach Ansicht des Gerichts wäre eine Effizienzprüfung des Ausgleichssystems als unmöglich anzusehen, da das zukünftige Risikoprofil des jeweiligen Versicherers nicht vorhersehbar sei und daher der konkrete zukünftige Ausgleichsempfänger nicht benannt werden könne. Der Ausgleich dient der Entschädigung derjenigen Versicherer, welche gesetzlich verpflichtet sind, alle in Irland lebenden Personen, ohne Berücksichtigung individueller Gesundheits- bzw. Risikofaktoren zum gleichen Preis eine Krankenversicherung zu offerieren. Aus diesem Grund stelle das EuG die

³⁰⁰ *Keßler/Dahlke*, EuZW 2007, 105 (105).

³⁰¹ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 246, curia.europa.eu.

nationale irische Behörde von der Pflicht zur Durchführung eines Unternehmensvergleiches frei.³⁰²

Weiterhin kam das EuG zum Schluss, der Ausgleich würde anhand von Kosten berechnet, welche nicht von der Effizienz der fraglichen Wirtschaftsteilnehmer beeinflusst werden könnten.³⁰³ In TV 2³⁰⁴ äußerte sich das EuG zur Begründungspflicht der Kommission, welche zuvor die vierte Altmark-Trans-Voraussetzung mit der Begründung verneinte, dass keine Kostenanalyse durchgeführt worden sei, mit welcher die Erfüllung der Voraussetzung hätte sichergestellt werden können.³⁰⁵ Das EuG rügte diese Begründung, da diese sich letztlich auf eine unmittelbare Wiedergabe des Wortlautes der vierten Altmark-Trans-Voraussetzung beschränke. Diese könne nur dann genügen, wenn feststünde, dass keine Vorkehrungen getroffen seien, welche in der Praxis die Beachtung der vierten Altmark-Trans-Voraussetzung sicherstellten, oder wenn nachgewiesen worden wäre, dass die vorgenommene Analyse offenkundig unzureichend oder ungeeignet war, um die Beachtung dieser Voraussetzung sicherzustellen.³⁰⁶ In diesem konkreten Fall sah das EuG es aber keineswegs als erwiesen an, da nach Ansicht des Gerichtes nicht ausgeschlossen werden könne, dass die vorliegenden wirtschaftlichen Analysen bei gewissenhafter Prüfung durch die Kommission die vierte Voraussetzung hätten erfüllen können.³⁰⁷ Werner und

³⁰² EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 248, curia.europa.eu.

³⁰³ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 250, curia.europa.eu.

³⁰⁴ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, curia.europa.eu.

³⁰⁵ KOM v. 19.05.2004 - ABl. 2004 L 85 -TV2/DANMARK, Rn. 71, eur-lex.europa.eu.

³⁰⁶ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, Rn. 232, curia.europa.eu.

³⁰⁷ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, Rn. 232, curia.europa.eu.

Köster ergänzen hierzu, dass die fehlende Konkretisierung der Begrifflichkeit eines „durchschnittlich, gut geführten Unternehmens“ durch den EuGH divergierende Auslegungsunterschiede entstehen lasse.³⁰⁸ Kühling und Wachinger vertreten dabei die Ansicht, der Begriff beschreibe ein „durchschnittliches“ Unternehmen und nicht ein Idealunternehmen.³⁰⁹

Stellvertretend für die gesamte Entscheidungspraxis der Kommission sollen an dieser Stelle vier Entscheidungen kurz skizziert werden. In BBC Digital Curriculum war die kostenlose Bereitstellung von Online-Lernmaterial für Privathaushalte sowie Schulen Gegenstand der Entscheidung. Grundlage der Finanzierung waren Rundfunkgebühren. Die Höhe der Kompensation erfolgte durch die BBC auf Grundlage interner Berechnungen. Die Kommission sah diese Angaben als unzureichend an, da durch die britischen Behörden keine Informationen über ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen an die Kommission übermittelt wurden.³¹⁰

Die Entscheidung *Ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem* betraf das niederländische Risikoausgleichssystem im Gesundheitswesen. Die Kommission sah das vierte Kriterium aus zwei Gründen nicht als gegeben an. Zum einen führte die Kommission die unzureichende Kapitalausstattung der Krankenversicherungsanbieter und einen damit einhergehenden Restrukturierungsbedarf an. Aufgrund der Tatsache kann nicht auf ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen geschlossen werden. Zum anderen werden durch das Ausgleichssystem Abweichungen des jeweiligen individuellen Versicherers vom durchschnittlichen Risikoprofil des Marktes

³⁰⁸ *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503 (504).

³⁰⁹ *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1202 (1203).

³¹⁰ KOM v. 01.10.2003 - N 37/2003 - BBC Digital Curriculum, Rn. 23, eur-lex.europa.eu.

kompensiert. Hieraus folge nach Ansicht der Kommission, dass alle Versicherungsgesellschaften unabhängig von ihrem Effizienzgrad in den Genuss des Ausgleichs kommen würden, da ein Ausgleich von Risiken anstatt von Kosten erfolge. Es erfolge daher auch eine Begünstigung von ineffizienten Organisationen. Zusätzlich sah die Kommission die [potenzielle] Gefahr eine Überkompensation, da im Gegensatz zur Maßgabe des EuGH bei der Berechnung der Mehrkosten die Einnahmen der individuellen Versicherer unberücksichtigt blieben.³¹¹

In der Entscheidung *Chaîne française d'information internationale* hatte sich die Kommission mit der Finanzierung eines internationalen französischsprachigen Informationssenders zu befassen. Die französischen Behörden führten eine Vergleichsstudie an, welche die Kosten internationaler Rundfunksender, eines allgemeinen nationalen Rundfunksenders mit internationaler Ausrichtung sowie eines nationalen Nachrichtensenders beinhaltete. Ergänzt wurde dieses durch eine Kostenübersicht der übergeordneten Gesellschaft des geplanten Senders. Die Kommission sah diese Angaben als unzureichend an, da ihrer Ansicht nach die in der Studie zitierten Sender zwar gut geführt seien, die Kostenstruktur dieser Vergleichsunternehmen aber nicht hinreichend öffentlich zugänglich, und daher als intransparent anzusehen seien. Aufgrund dessen konnte die Studie nicht im Rahmen des Effizienztestes herangezogen werden. Weiterhin sah die Kommission in Bezug auf die Studie methodische Mängel.³¹²

³¹¹ KOM v. 03.05.2005 - N 541/2004 und N 542/2004 - Ziekenfondsen, Pkt 3.4.1., eur-lex.europa.eu.

³¹² KOM v. 07.06.2005 - N 54/2005 - *Chaîne française d'information internationale*, Rn. 22 ff., eur-lex.europa.eu.

Ebenfalls relevant für den Effizienztest ist die Entscheidung zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland. In diesem Fall fand eine Prüfung der Unternehmen durch staatliche Stellen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit statt. Die Kommission sah dieses nicht als gleichwertig zu einer Analyse eines effizienten Unternehmens an, obwohl die Prüfung einen Finanzierungsbedarf auf Seite des Unternehmens offenbarte. Nach Ansicht der Kommission sei weder eine Kostenanalyse vorgesehen noch Kriterien festgelegt, nach denen die Kosten eines effizienten Wirtschaftsteilnehmers ermittelt und mit dem Finanzbedarf der subventionierten Unternehmen verglichen würden. Die staatlichen Stellen hätten zudem keine rechtliche Verpflichtung, entsprechende Marktvergleiche durchzuführen, welche mit einer Bewertung der Kosten eines gut geführten Unternehmens vergleichbar wären. Weiterhin seien von den deutschen Behörden nicht die erforderlichen Informationen zur Überprüfung der Effizienz übermittelt worden.³¹³

In der Entscheidung DORSAL wurde der Effizienztest positiv beschieden. Allerdings erfolgte in diesem Fall eine öffentliche Ausschreibung. Nach Ansicht der Kommission entspräche das Ausschreibungsverfahren nicht der ersten Variante der vierten Voraussetzung. Hingegen erfüllten die Marktstudien, welche im Vorfeld durchgeführt wurden, die Anforderungen des Effizienztestes.³¹⁴ Auch in der Entscheidung Poste Italiane fand der Effizienztest einen positiven Ausgang. In dem konkreten Fall musste über die Beihilfeeigenschaft einer Vergütung betreffend die Ausgabe eines Sparbuches mit Vertrieb durch die Poste Italiane entschieden werden. Die

³¹³ KOM v. 24.04.2007 - E 3/2005 - öR Deutschland, Rn. 166, eur-lex.europa.eu.

³¹⁴ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - DORSAL, Rn. 78, eur-lex.europa.eu.

Vergütung erfolgte durch die staatliche Bancoposta.³¹⁵ Als ein Beurteilungskriterium diente der Kommission eine Studie über die marktgängige Vergütung von Postsparbüchern. Im Rahmen dieser Studie wurden Gemeinsamkeiten unterschiedlicher Finanzinstrumente verglichen, um im Ergebnis eine marktgängige Zinsdifferenz von Kreditgeber- und Kreditnehmerzinsen festzulegen. Dieser Wert wurde als Marktreferenz herangezogen, welche mit der jährlichen durch Bancoposta geleisteten Vergütung verglichen wurde. Aufgrund der Tatsache, dass stets die Marktreferenz unterschritten wurde, sah die Kommission das vierte Kriterium als erfüllt an.³¹⁶

Nach herrschender Meinung hat sich jedoch der bereits eingangs erwähnte Private-Investor-Test als Mittel der Wahl in der Daseinsvorsorge etabliert. Dieser stellt einen Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes öffentlicher wie privater Unternehmen dar.³¹⁷ Der Private-Investor-Test fördert die Effizienz der DAWI-Erbringung nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten.³¹⁸ Der objektivierte Kostenausgleich muss sich unter weitgehendem Ausschluss subjektiver Wertungen darauf beschränken, das Angebot der DAWI zu induzieren.³¹⁹ Innerhalb der Literatur wird zur Ermittlung der objektiven Nettomehrkosten auf die „net avoided cost“ – Methode verwiesen.³²⁰

³¹⁵ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, curia.europa.eu.

³¹⁶ KOM v. 22.11.2006 - C 49/2006 - *Poste Italiane – Bancoposta*, Rn. 85 ff., eur-lex.europa.eu.

³¹⁷ *Bartosch*, EStAL 2 2003, 375 (384); *A. Sinnaeve*, EStAL 2 2003, 351 (357 ff.); *Schwendinger*, öff. Rundfunk, S. 248.

³¹⁸ *Danner*, Finanz. Öff. Unt., S. 197 ff.

³¹⁹ *Keßler/Dahlke*, EuZW 2007, 105 (105).

³²⁰ *C. Koenig*, BB 2003, 2185 (2186).

Als ein Hauptproblem wird angeführt, dass die Bestimmung von Marktkosten in einem Bereich erfolge, welcher über keine Vergleichsunternehmen verfüge, deren Kosten zur Bestimmung herangezogen werden könnten.³²¹ Diesem Problem wird in der Literatur mit verschiedenen Ansätzen begegnet. Eine Seite spricht sich für eine Benchmarking-Analyse für alle Bereiche der Daseinsvorsorge aus. Sind keine Vergleichsunternehmen im Umfeld zu verorten, müsse als Alternative zu einem direkten Unternehmensvergleich eine analytische Kostenermittlung erfolgen, welche die tatsächlichen Kosten des Unternehmens mit jenen einer kosteneffizienten Leistungsbereitstellung unter simulierten Wettbewerbsbedingungen vergleiche. Wichtig sei hierbei, dass die Vergleichsrechnung durch eine unabhängige Institution erfolge.³²²

Sinnaeve hingegen spricht sich dafür aus, das vierte Altmark-Trans-Kriterium so auszulegen, dass bei Nichtvorhandensein eines Vergleichsunternehmens automatisch eine Beihilfe vorläge.³²³ Ein weiterer Standpunkt bedient sich des Urteils zu Chronopost, welches die Anwendbarkeit des Privatinvestortestes eingeschränkt hatte. Im Falle eines Benchmarkings mit hypothetischer Kostenfeststellung, würde die vierte Altmark-Trans-Voraussetzung durch das Urteil Chronopost verdrängt, da die eigenen Kosten des jeweiligen Unternehmens beihilfebefreiend angeführt werden könnten.³²⁴ Für eine detaillierte Darstellung des Verhältnisses von Altmark-Trans und Chronopost sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.³²⁵

³²¹ *Leibenath*, EuR 2003, 1037 (1063).

³²² *C. Koenig*, BB 2003, 2185 (2188); *Danner*, Finanz. Öff. Unt., S. 199 ff.

³²³ *A. Sinnaeve*, EStAL 2 2003, 351 (357).

³²⁴ *Bartosch*, EStAL 2 2003, 375 (385).

³²⁵ *Eilmansberger*, wbl 2004, 101 (101); *Leibenath*, EuZW 2003, 509 (509).

e) Abschnittsfazit:

Durch das Altmark-Trans-Urteil des EuGH wurde eine langjährige Auseinandersetzung über die Beihilfeneigenschaft von Ausgleichszahlungen grundsätzlich beigelegt. Der EuGH sieht im Ausgleich gemeinwirtschaftlich bedingter Mehrkosten keine Begünstigung gem. Art. 107 I AEUV insofern die von ihm definierten 4 notwendige Kriterien, welche kumulativ vorliegen, was letztendlich für den Wegfall der Beihilfeeigenschaft notwendig ist.

Vor allem durch die Urteile zu BUPA³²⁶ und TV2³²⁷ wird deutlich, dass bei Anwendung der Kriterien auch verschiedene Auslegungen des Altmark-Trans-Urteils denkbar sind. Im Vorfeld des Urteils betreffend Altmark-Trans wurde vom EuGH³²⁸ für die Behandlung von Ausgleichszahlungen betreffend gemeinwirtschaftliche Dienste die sogenannte Rechtfertigungslösung vertreten.³²⁹ Nach dieser wurde die Gewährung staatlicher Ausgleichs, welche im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) entstehen, als eine beihilferechtlich relevante Begünstigung angesehen. Hieraus folge, dass die betreffende Beihilfe ausschließlich über die Bereichsausnahmevorschrift des Art. 106 II AEUV gerechtfertigt werden konnte, insofern keine Überkompensation vorlag.³³⁰

³²⁶ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, curia.europa.eu.

³²⁷ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, curia.europa.eu.

³²⁸ EuGH v. 25.03.1998 - Rs. C-174/97 P FFSA, curia.europa.eu.

³²⁹ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, Kap. B Rn. 62,.

³³⁰ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 73.

In der Rechtssache Ferring³³¹ hingegen kehrte der EuGH in 2001 zur sogenannten Tatbestandslösung³³² zurück, welche bereits im Jahr 1985 vertreten wurde.³³³ Folgt man diesem Ansatz, stellt der Ausgleich von Kosten, welche im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) entstehen, keine tatbestandsmäßige Begünstigung gem. Art. 107 I AEUV dar, insofern nur die Nettomehrkosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung kompensiert werden.

Schließlich folgte der EuGH in der Rechtssache Altmark-Trans, wie vorab schon der in Ferring vertretene Tatbestandslösung, überarbeitete diese aber indes in erheblichem Ausmaße.³³⁴ Im Ergebnis vertrat der EuGH die Ansicht, dass bei Kompensationszahlungen das Vorliegen einer Begünstigung zu verneinen sei, wenn die 4 genannten Bedingungen erfüllt sind.³³⁵ Werner/Köster führen in Bezug auf das Urteil an, dass der überwiegende Anteil von Finanzierungsmechanismen der DAWI-Erbringer nicht die strengen Anforderungen der vier kumulativen Altmark-Trans-Kriterien erfüllen würden.³³⁶

³³¹ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 Ferring SA, curia.europa.eu.

³³² EuGH v. 07.02.1985 - Rs. C-240/83 ADBHU, curia.europa.eu.

³³³ EuGH v. 07.02.1985 - Rs. C-240/83 ADBHU, curia.europa.eu.

³³⁴ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 73.

³³⁵ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 73 ff.

³³⁶ *Werner/Köster*, EuZW 2003, 503 (504).

III. Bereichsausnahmegvorschrift Art. 106 II AEUV

Abschnitt III widmet sich der Freistellung einer Beihilfe als DAWI gem. Art. 106 II AEUV. Erfüllt eine Beihilfe zwar den Tatbestand des Art. 107 I AEUV, aber nicht die Gesamtheit der Kriterien nach Altmark-Trans, so ist eine Rechtfertigung der Beihilfe nach Art. 106 II AEUV denkbar. Diese Rechtfertigung kann allerdings nur von der Europäischen Kommission festgestellt werden.³³⁷ In der einschlägigen Fachliteratur wird darauf hingewiesen, dass eine Überschneidung der Anforderungen des Art. 106 II AEUV sowie den Altmark-Trans-Kriterien zu beobachten sei.³³⁸ Das erste sowie das dritte Kriterium gem. Altmark-Trans bzw. die erste und dritte Voraussetzung gem. Art. 106 II AEUV sind als nahezu deckungsgleich anzusehen. Eine Prüfung gem. Art. 106 II AEUV ist folglich denkbar, falls das zweite oder das vierte Altmark-Trans-Kriterium als nicht erfüllt anzusehen sind. Dieses ist insbesondere dann der Fall, falls die Berechnungsparameter betreffend den Ausgleich nicht im Vorfeld festgelegt wurden, oder auf ein Bieterverfahren bzw. Marktgutachten verzichtet wurde.³³⁹

In Bezug auf die zweite Voraussetzung gem. Art. 106 II AEUV ist die Abgrenzung zu den Altmark-Trans-Kriterien weniger eindeutig. Jedenfalls wurde durch die Europäische Kommission im Rahmen ihrer

³³⁷ EuGH v. 30.03.2006 - Rs. C-451/03 Servizi Ausiliari, Rn. 71, curia.europa.eu. Art. 3 des Beschlusses KOM v. 20.12.2011 – 2012/21/EU, ABl. 2012, L 7, 3. Der Anwendungsbereich der Entscheidung ist enger als jener der Rahmenmitteilung, KOM DAWI-Rahmen, EU-ABl. 2012, C 8, 15, Rn. 7 und Art. 2 der Entscheidung v. 28.11.2005 – 2005/842/EG, EU-ABl. 2005, L 312, 67

³³⁸ *Bauer*, EuZW 2006, 7 (8 ff); *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (428); *Rapp-Jung*, EStAL 2 2004, 205 (208 ff.).

³³⁹ *Vesterdorf*, EStALI 2004, 11 (14); KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 13, eurlex.europa.eu.

Entscheidungspraxis betreffend den Rundfunkbereich mildere Anforderungen an das zweite Kriterium gem. 106 II AEUV angelegt.³⁴⁰ In Bezug auf die dritte Voraussetzung gem. Art. 106 II AEUV wurde bereits auf die Deckungsgleichheit hingewiesen. Anzumerken ist jedoch, dass in der Rahmenmitteilung der Europäischen Kommission betreffend DAWI – Ausgleichsleistungen eine Präzisierung der Berechnungsparameter im Wirkungsbereich des Art. 106 II AEUV angeführt wird.³⁴¹ In Rahmen der vierten Voraussetzung gem. Art. 106 II AEUV findet durch die Europäische Kommission eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Beeinträchtigung des innereuropäischen Handelsverkehrs statt. Dieses erfolgt i.d.R. entsprechend zur Rechtsprechung des EuGH. Die durch die Beihilfe zu erwartenden Wettbewerbsverzerrungen dürfen nicht über das hinausgehen, was zur wirksamen Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe notwendig ist. Es muss daher weiterhin sichergestellt sein, dass kein milderes Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht.³⁴²

Zunächst wird in diesem Abschnitt auf die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen eingegangen. Die Bereichsausnahmegvorschrift bedarf einer Betrauung mit einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Dieser Begriff wurde bereits eingangs erläutert. Gem. Art. 106 II AEUV müssen folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Drei davon sind im ersten Satz der Vorschrift zu finden. Der zweite Satz des Art. 106 II AEUV enthält die vierte Voraussetzung.

³⁴⁰ *Bauer*, EuZW 2006, 7 (9 ff.).

³⁴¹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 21 ff, eur-lex.europa.eu.

³⁴² EuGH v. 25.03.1998 - Rs. C-174/97 P FFSA, Rn. 175 ff., curia.europa.eu; KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 49, eur-lex.europa.eu.

1. Deklaration als DAWI

Bei einer Deklaration zur DAWI muss es sich, wie bereits aus der Bezeichnung abgeleitet werden kann, eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen. Nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten stellen keine DAWI dar. Dieses ist insofern konsequent, da wie bereits anfangs erwähnt nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten beihilferechtlich irrelevant sind. Nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten sind dem freien Markt entzogen.

Weiterhin muss ein allgemeines öffentliches Interesse an der Dienstleistung vorliegen. Wirtschaftliche Individualinteressen an der Dienstleistung sind nicht ausreichend.³⁴³ Abschließend ist es notwendig, dass die Verpflichtungen ausreichend klar sowie präzise formuliert werden und einen obligatorischen Charakter aufweisen. Die Notwendigkeit des obligatorischen Charakters beschränkt sich indes nur auf das Verhältnis zu den Anbietern der Dienstleistung, nicht auf das Verhältnis zu den Nutzern. Der jeweilige Mitgliedsstaat hat daher lediglich bestimmte Unternehmen zu verpflichten, gewisse Dienstleistungen anzubieten. Es besteht keine Notwendigkeit, dass diese Dienstleistung auch allen möglichen Nutzern derselben durch den Mitgliedsstaat verbindlich vorgeschrieben wird. D.h es besteht die grundsätzlich eine Möglichkeit der Inanspruchnahme, aber keine Verpflichtung hierzu. Als Beispiel kann hier der ÖPNV angeführt werden, dieser wird zur Verfügung gestellt, aber es bleibt den Bürgern überlassen diesen auch zu nutzen.³⁴⁴

³⁴³ EuGH v. 10.12.1991 - Rs. C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Rn. 27, curia.europa.eu.

³⁴⁴ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 *BUPA*, Rn. 203, curia.europa.eu.

Obwohl eingangs bereits auf den weiten Ermessensspielraum bei der Deklaration von DAWI hingewiesen wurde, liegt die Beweislast für das Vorliegen der Mindestvoraussetzungen aufseiten der Mitgliedsstaaten. Durch den jeweiligen Mitgliedsstaat muss daher das Vorliegen des Universalitätskriteriums nachgewiesen werden. Dieses besagt, dass die Erbringung der Dienstleistung im Allgemeinen öffentlichen Interesse liegt, die dem erbringenden Unternehmen auferlegten Verpflichtungen klar und präzise definiert wurden, sowie ein entsprechender Betrauungsakt vorliegen muss.

Im Rahmen von Prüfungsverfahren wurden durch die Europäische Kommission im praktischen Alltag bereits im Rahmen von Überprüfungen fälschlicherweise deklarierte DAWI aufgedeckt. Als Beispiel kann hier der Beschluss bezüglich des Zweckverbands Tierkörperbeseitigung angeführt werden.³⁴⁵ Der Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheinau-Taunus-Kreis sowie im Landkreis Limburg-Weilburg ist von seinen Mitgliedern beauftragt, die ihnen obliegenden gesetzlichen Beseitigungspflichten zu übernehmen. Zu diesem Zwecke wird zur Deckung der durch die Beseitigung der tierischen Nebenprodukte entstehenden Kosten, Gebühren erhoben. Weiterhin wird entsprechend der Verbandsordnung eine Umlage von den Mitgliedern erhoben, welche die nicht durch Einnahmen gedeckten Kosten ausgleichen soll. Der Zweckverband wie auch das BVerwG³⁴⁶ sahen dieses als gerechtfertigt an, da der Verband eine gemeinwirtschaftliche Aufgabe erfülle. In einem förmlichen Prüfverfahren³⁴⁷ der Europäischen Kommission wurde mit Beschluss vom 25.04.2012

³⁴⁵ KOM v. 25.04.2012 - ABl. 2012 L 236 Tierkörperbeseitigung, eur-lex.europa.eu.

³⁴⁶ BVerwG v. 16.12.2010 - 3 C 44.09 Tierkörperbeseitigung, bverwg.de.

³⁴⁷ KOM v. 25.04.2012 - ABl. 2012 L 236 Tierkörperbeseitigung, eur-lex.europa.eu.

allerdings festgestellt, dass die Umlagezahlungen staatliche Beihilfen darstellen würden, welche mit dem Binnenmarkt nicht vereinbar seien. Nach Ansicht der Kommission entstünden dem Verband durch die Bereitstellung der Reservekapazitäten keine zusätzlichen Kosten, da auf nicht genutzte Kapazitäten außerhalb der Stoßzeiten zurückgegriffen könne. Die Umlage verschaffe dem Verband daher einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz.³⁴⁸

Der Dienstleistungsbegriff gem. Art. 106 II AEUV umfasst alle wirtschaftlichen [marktbezogenen] Tätigkeiten die von den Mitgliedsstaaten im öffentlichen Interesse erbracht werden.³⁴⁹ Dieses beinhaltet auch das Bereitstellen von Sachleistungen³⁵⁰ wie z.B. Energielieferungen.³⁵¹ Im Verfahren *Almeco* verwendet der EuGH lediglich die Bezeichnung „Dienstleistungen im allgemeinen Interesse“.³⁵² Nach dieser Sichtweise werden nicht nur Dienstleistungen, welche soziale Ziele verfolgen ein „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ zugebilligt, sondern vielmehr auch Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung akzeptiert.³⁵³ Nach hM fallen daher auch „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ in den Anwendungsbereich des Art. 106 II AEUV, da die Wortfolge als „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wirtschaftlicher Natur“ zu verstehen ist. Hieraus folgt, die Redundanz des Adjektivs „wirtschaftlich“, da der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit Bestandteil des

³⁴⁸ KOM v. 25.04.2012 - ABl. 2012 L 236 Tierkörperbeseitigung, S. 6 ff. eur-lex.europa.eu.

³⁴⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, EU WettbewerbsR, Art. 37 i.V.m Art. 106 AEUV Rn. 17.

³⁵⁰ *Klotz*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU Recht, Art. 106 Rn 58 ff.

³⁵¹ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, curia.europa.eu.

³⁵² EuGH v. 27.04.1994 - Rs. C-393/92 *Almelo*, Rn. 47, curia.europa.eu.

³⁵³ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 *Ferring SA*, Rn. 24, curia.europa.eu; EuGH v. 25.10.2001 - Rs. C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Rn. 55, curia.europa.eu.

Unternehmensbegriffs und damit Anwendungsvoraussetzung für die Wettbewerbsregeln ist.³⁵⁴

In Ihrer Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa unterscheidet die Kommission zwischen marktbezogenen (wirtschaftlichen) und nichtmarktbezogenen (nicht wirtschaftliche) Leistungen. Den Begriff „wirtschaftlich“ setzt die Kommission dabei mit dem wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff in Bezug. „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ umfassen im Gegensatz zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ Tätigkeiten mit wirtschaftlicher Natur, weshalb diese den Wettbewerbsvorschriften u.a eben auch dem Art. 106 II AEUV unterworfen sind.³⁵⁵

Nach der herrschenden Meinung innerhalb der juristischen Literatur kann das Allgemeininteresse als ein unionsrechtlicher Begriff verstanden werden. Dieser räumt den Mitgliedsstaaten ein grundsätzliches Definitionsermessen ein, welches dennoch nach unionsrechtlichen Kriterien zu überprüfen sei. Da der Begriff des Allgemeininteresses Teil des Vertragstextes sei, könne kein grenzenloses Ermessen aufseiten der Mitgliedsstaaten vorliegen. Weiterhin fehle es an einem ausdrücklichen Verweis auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, weshalb eine autonome Auslegung des Begriffs zu erfolgen habe.³⁵⁶

Aus der autonomen unionsrechtlichen Auslegung des Begriffs ergebe sich dennoch kein Aufschluss über den konkreten Inhalt des Allgemeininteresses.

³⁵⁴ *Linder*, Daseinsvorsorge, S. 107; *Hellermann*, DaseinsV, S. 114; *C. Koenig/Kühling*, in: *Streinz/Ohler/Burgi*, EUV/EGV, Art. 106 Rn. 46 ff.

³⁵⁵ KOM v. 19.1.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, S. 8, eur-lex.europa.eu.

³⁵⁶ *Linder*, Daseinsvorsorge, S. 123 ff.

Für die Bestimmung müssen die besonderen sozialen bzw. wirtschaftlichen Strukturen des jeweiligen Mitgliedsstaates hinreichend berücksichtigt werden.³⁵⁷ Jung verweist in diesem Zusammenhang auf das Allgemeininteresse in den Mitgliedsstaaten, dieses entspräche in öffentlich-rechtlicher Terminologie im „öffentlichen Interesse“ oder auch im „Gemeinwohl“.³⁵⁸ Es wird weiterhin auf die bereits erwähnte Notwendigkeit einer Kontrolle verwiesen, da eine autonome Bestimmung über die Anwendbarkeit des Art. 106 II AEUV durch nationale Stellen verhindert werden müsse. Eine weitere Existenzberechtigung der Missbrauchskontrolle sei nach herrschender Meinung in der unionsrechtlichen Natur des Begriffes der DAWI zu sehen, da dieser anhand unionsrechtlicher Kriterien ausgelegt werden müsse.³⁵⁹ Es gelte jedoch die Einschränkung, dass dem unterschiedlichen Verständnis der DAWI innerhalb der Mitgliedsstaaten hinreichend Rücksicht zu tragen sei.³⁶⁰ Da die Mitgliedsstaaten aufgrund ihres weiten Gestaltungsspielraums über eine [nicht unbegrenzte] Definitionshoheit verfügen, könne eine kompetenzschonende Auslegung des Art. 106 II nach Grundsatz des Art. 14 AEUV erfolgen.³⁶¹

Der EuGH legte den Begriff in der Vergangenheit bei seinen Urteilen zunächst extensiv aus. Als Beispiel können hier die Urteile *Hafen von Mertert*³⁶² und *Sacchi*³⁶³ angeführt werden. Im Fall *Hafen von Mertert* war es für den EuGH ausreichend, dass ein Unternehmen „zur Ausübung einer ihm

³⁵⁷ *Knauff*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *KartellR*, Rn. 105 ff.

³⁵⁸ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, Rn. 36 ff.

³⁵⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, *EU WettbewerbsR*, § 34 Rn. 18; *Kruse*, *NVwZ* 2000, 721 (725); *Jung*, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, Rn. 37.

³⁶⁰ *Linder*, *Daseinsvorsorge*, S. 124.

³⁶¹ *Lecheler/Gundel*, *RdE* 1998, 92 (93).

³⁶² EuGH v. 14.07.1971 - Rs. C-10/71 *Hafen von Mertert*, *curia.europa.eu*.

³⁶³ EuGH v. 30.04.1974 - Rs. C-155/73 *Sacchi*, *curia.europa.eu*.

gesetzlich übertragenen Aufgabe bestimmte Vorrechte genießt und zu diesem Zweck enge Beziehungen mit der öffentlichen Hand unterhält“.³⁶⁴

Bei späteren Entscheidungen wurde durch den EuGH eine restriktivere Interpretation des Begriffs verfolgt, und das Vorliegen eines Allgemeininteresses entsprechend verneint. Im Rechtsstreit Italien/Kommission begrenzte der EuGH das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Art. 106 II AEUV. Nach Ansicht des EuGH sei die Anwendung des 106 II AEUV nicht dem Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaates überlassen, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraue. Vielmehr komme der Kommission eine Überwachungsfunktion zu, welche sie unter Aufsicht des Gerichtshofes ausübe.³⁶⁵ Hieraus kann jedoch keine generelle auf Gründe der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Harmonisierungsdefiziten gestützte Kooperations- oder Vorlagepflicht der nationalen Behörden und Gerichte an die Kommission der Europäischen Union abgeleitet werden. Es besteht für die nationale wie Europäische Gerichtsbarkeit nur die Verpflichtung die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art 106 II AEUV mit dem Ziel einer einheitlichen Rechtsentwicklung in den Mitgliedsstaaten anhand einheitlicher Kriterien zu definieren.³⁶⁶

Beim Urteil RTT / GB-Inno-BM ging es um den Abbau von Monopolstrukturen im Telekommunikationsbereich. Der EuGH erklärte zwar das Netzmonopol gem. Art. 106 II AEUV für zulässig, da es sich um eine DAWI handele. Die Normung und der Verkauf von

³⁶⁴ EuGH v. 14.07.1971 - Rs. C-10/71 Hafen von Mertert, Rn. 8 u. 12, curia.europa.eu.

³⁶⁵ EuGH v. 20.15.1985 - Rs. C-41/83 Italien/Kommission, Rn. 30, curia.europa.eu.

³⁶⁶ *Kapp*, in: Glassen/v. Hahn/Kersten/Rieger, Kommentar GWB, Art. 86 Rn. 35.

Telekommunikationsgeräten hingegen, wurde nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft, da diese eine vom Netzbetrieb losgelöste Tätigkeit darstelle, welche ebenso von privaten Wettbewerbern übernommen werden könne.³⁶⁷

Kriterien welche den Ermessensspielraum begrenzen wurden durch das EuG im Urteil BUPA aufgezeigt. Nach Ansicht des EuG kann eine DAWI nur angenommen werden, wenn die [gemeinwirtschaftliche] Aufgabe einen universalen und obligatorischen Charakter aufweist und per Hoheitsakt dem Unternehmen übertragen wurde.³⁶⁸ Der EuGH stellt fest, dass DAWI im Vergleich zu anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besondere Merkmale aufweisen.³⁶⁹

Im Urteil Corbeau³⁷⁰ erkannte der EuGH bei Grundversorgungsleistungen im Postbereich ein Allgemeininteresse an, da eine Organisation welcher das ausschließliche Recht übertragen wurde Postsendungen zu bearbeiten, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeiten haben müsse um ihre Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen. Deshalb sei eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen gerechtfertigt. Nicht gerechtfertigt hingegen war es nach Ansicht des EuGH bei Mehrwertdiensten, da es sich um spezifische, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsunternehmens

³⁶⁷ EuGH v. 13.12.1991 - Rs. C-18/88 RTT / GB-Inno-BM, Rn. 22, curia.europa.eu.

³⁶⁸ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 186 bis 190, 202, 203, curia.europa.eu.

³⁶⁹ EuGH v. 10.12.1991 - Rs. C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genova, Rn. 27 curia.europa.eu.

³⁷⁰ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, curia.europa.eu.

entsprechen und von Unternehmen mit ausschließlichen Rechten nicht angeboten werden.³⁷¹

Im Urteil *Corsica Ferries* billigte der EuGH die Deklaration von Modalitäten der Leistungserbringung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit als DAWI. Nach Ansicht des EuGH könne keinesfalls jeglicher Betrieb eines Verkehrshafens bzw. alle dazugehörigen Tätigkeiten als DAWI qualifiziert werden. Während die Bereitstellung von Hafenanlagen oder Festmacherdiensten DAWI darstellen können, gelte dies nicht für die Be- und Entladetätigkeiten.³⁷² Ebenso wurde in den Urteilen *Energiemonopole Niederlande*³⁷³, *Energiemonopole Frankreich*³⁷⁴ sowie *FFSA*³⁷⁵ durch den EuGH bzw. das EuG die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedsstaaten betont.³⁷⁶

Im Fall von *FFSA* vertrat das EuG die Auffassung, dass die Ausgleichsnatur der finanziellen Unterstützung keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe habe, da nicht die Gründe und Ziele der staatlichen Intervention im Hinblick auf die Qualifizierung maßgeblich seien, sondern deren Wirkung.³⁷⁷ Betreffend die *Energiemonopol-Urteile* wurde durch den EuGH auf die Verpflichtung zur Leistung an alle Empfänger im ganzen Versorgungsgebiet zu gleichen Tarifen und gleichen Bedingungen abgestellt. Die Kommission kann nach Ansicht des EuGH grundsätzlich Möglichkeiten aufzeigen, wie die Erbringung der Dienstleistungen von

³⁷¹ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 *Corbeau*, Rn. 17 ff., curia.europa.eu.

³⁷² EuGH v. 18.06.1998 - Rs. C-266/96 *Corsica Ferries*, Rn. 45, curia.europa.eu.

³⁷³ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 *Energiemonopole Niederlande*, curia.europa.eu.

³⁷⁴ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 *Energiemonopole Frankreich*, curia.europa.eu.

³⁷⁵ EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 *FFSA*, curia.europa.eu.

³⁷⁶ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 *Energiemonopole Niederlande*, Rn. 40, curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 *Energiemonopole Frankreich*, Rn. 56, curia.europa.eu.

³⁷⁷ EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 *FFSA*, Rn 192, curia.europa.eu.

allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch bei Abschaffung der Ausschließlichkeitsrechte durch einen angemessenen Regulierungsrahmen sichergestellt werden kann. Die Darlegungslast liegt in einem solchen Fall zunächst bei der Kommission.³⁷⁸

In der Rechtssache Olsen verweist das EuG auf die Verpflichtung von kontinuierlichen Fährverbindungen, welche aufgrund der bestehenden Marktverhältnisse nicht sichergestellt werden könnte.³⁷⁹ In der Entscheidung TV2 war die Vereinbarkeit des gebührenfinanzierten Rundfunks in Dänemark mit europäischem Recht Gegenstand des Verfahrens. Das EuG erkannte die Rundfunkgebühren als Beihilfe nach Art. 107 AEUV an. Für die Anerkennung als staatliche Maßnahme oder als eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel führte das Gericht folgende Kriterien an.³⁸⁰

- Gebührenhöhe wird von staatlichen Stellen festgelegt
- Pflicht zur Zahlung ergibt sich nicht aus Vertrag, sondern aus dem bloßen Besitz eines Empfangsgeräts.
- Einziehung erfolgt nach steuerrechtlichen Vorschriften
- Entscheidungshoheit über die Verteilung liegt bei staatlichen Behörden.

In der SIC-Entscheidung zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Portugal äußert sich das Gericht ausführlich zu den Voraussetzungen einer Rechtfertigung nach Art. 106 II AEUV. Von besonderer Relevanz ist dabei,

³⁷⁸ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 Energiemonopole Niederlande, Rn. 58 ff. curia.europa.eu.

³⁷⁹ EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 216, curia.europa.eu.

³⁸⁰ EuG v. 22.10.2008 - verb Rs T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 TV 2, Rn. 110 ff., curia.europa.eu.

dass das EuG den Mitgliedstaaten bei der Definition des Rundfunks als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einen weiten Ermessensspielraum zubilligt. Das Gericht erkannte in der Mischfinanzierung der Sender aus Gebühren und Werbung keine rechtlichen Probleme. Es erteilte auch der Forderung der beteiligten privaten Fernsehsender eine Absage, dass bei einer Mischfinanzierung das Gebührenaufkommen ausschließlich für "unrentable Sendungen" oder für Sendungen genutzt werden dürfe, die nicht in gleicher Weise von privaten Rundfunkunternehmen erbracht werden.³⁸¹ Innerhalb der Rechtsprechung lässt sich bezüglich Begründung für die Qualifizierung einer Leistung zu einer DAWI zumindest in Umrissen das Kriterium eines Universaldienstes anführen. Wobei stets das weitreichende Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Deklaration hinreichend berücksichtigt werden muss.³⁸²

In der Daseinsvorsorgemitteilung betonte die Kommission ihrerseits, dass für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten habe, vorrangig die Mitgliedsstaaten zuständig seien.³⁸³ Auch im Gemeinschaftsrahmen betreffend staatliche Beihilfe spricht sich die Kommission für einen erweiterten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition aus und beschränkt ihren eigenen Einfluss auf die Missbrauchskontrolle.³⁸⁴

³⁸¹ EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 197, curia.europa.eu.

³⁸² *Krajewski*, Krajewski 2011, S. 89.

³⁸³ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rn. 22, eur-lex.europa.eu.

³⁸⁴ KOM v. 29.11.2005 - ABl. 2005 C 297 - Gemeinschaftsrahmen DAWI, Rn. 9, eur-lex.europa.eu.

Aus den Urteilen des EuGH/EuG sowie den Entscheidungen der Kommission lassen sich einige Beispiele für offenkundige Beurteilungsfehler anführen:

1. Logistische Hafendienstleistungen in Form von Lagerung und Warenumschatz stellen nach Ansicht des EuGH nicht unbedingt ein allgemeines wirtschaftliches Interesse dar, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet.³⁸⁵
2. Breitbandzugang, der sich ausschließlich auf Wirtschaftsparks beschränkt und somit nicht der breiten Bevölkerung zugute kommt.³⁸⁶
3. Tierkörperbeseitigung ist nur im Interesse der Wirtschaftsteilnehmer, die davon profitieren. Diese Betreiber sollten die Kosten für die Beseitigung der von ihnen verursachten Abfälle selbst tragen.³⁸⁷
4. Werbung, elektronischer Handel, die Verwendung von Mehrwert-Rufnummern für Gewinnspiele sowie Sponsoring. Die Einbeziehung in den öffentlich-rechtlichen Auftrag von Rundfunkanstalten stellt einen offenkundigen Beurteilungsfehler dar.³⁸⁸

In Bereichen, welche als unionsrechtlich harmonisiert anzusehen sind, ist dieses Ermessen allerdings mindestens reduziert. In den Entscheidungen zu Pyrenees-Atlantiques³⁸⁹ sowie Dorsal³⁹⁰ wurde durch die Kommission ein

³⁸⁵ EuGH v. 27.11.2003 - verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 Enirisorse, Rn. 33–34, curia.europa.eu; EuGH v. 10.12.1991 - Rs. C-179/90 Merci Convenzionali Porto di Genova, Rn. 27, curia.europa.eu.

³⁸⁶ KOM v. 28.12.2006 - N 890/2006 Frankreich/SICOVAL, eur-lex.europa.eu; KOM v. 08.03.2006 - N 284/2005 – Ireland/MAN, eur-lex.europa.eu.

³⁸⁷ KOM v. 25.04.2012 - ABl. 2012 L 236 Tierkörperbeseitigung, eur-lex.europa.eu.

³⁸⁸ KOM v. 27.10.2009 - ABl. 2009 C 257 - Rundfunk, eur-lex.europa.eu.

³⁸⁹ KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - Pyrénées-Atlantiques, S. 5, eur-lex.europa.eu.

³⁹⁰ KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - DORSAL, S. 6, eur-lex.europa.eu.

strengeres Prüfungsschema zugrunde gelegt. Gemäß dieses Schemas haben für das Vorliegen einer DAWI 3 Merkmale kumulativ vorzuliegen.³⁹¹

1. Kein Widerspruch zu gemeinschaftlichen Regelungen.
2. Vorhandensein eines Allgemeininteresses, welches sich von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheidet
3. Aufweisen spezifischer Charakteristika, die eine staatliche Intervention rechtfertigen.

2. Betrauungsakt

Nach Rechtsprechung des EuG im Fall BUPA bedarf der Betrauungsakt nicht der Einräumung ausschließlicher oder besonderer Rechte gem. Art. 106 I AEUV. Zwar ist es nach Ansicht des Gerichts nicht ausreichend, dass „*der nationale Gesetzgeber in einem weit verstandenen allgemeinen Interesse sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern eines Sektors bestimmte Erlaubnis-, Funktions- oder Überwachungsregeln auferlegt*“. Auf der anderen Seite wird dem nationalen Gesetzgeber aber durchaus zugestanden die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, allen auf einem bestimmten Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmern verbindlich vorzuschreiben, ohne dass es in einem derartigen Fall notwendig wäre, jeden einzelnen dieser Wirtschaftsteilnehmer „*durch Rechtsakt oder individuellen Auftrag*“ konkret zu beauftragen.³⁹² Das beauftragte Unternehmen muss dabei nicht so verstanden werden, dass diese namentlich benannt werden muss. Vielmehr reicht es aus, wenn der Betrauungsakt den Markt, sowie dessen

³⁹¹ KOM v. 16.11.2004 - ABl. 2005 C 162 - Pyrénées-Atlantiques, 45 ff., eur-lex.europa.eu; KOM v. 03.05.2005 - ABl. 2005 C 230 - DORSAL, Rn. 33, eur-lex.europa.eu.

³⁹² EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 178 u. 183, curia.europa.eu.

Teilnehmer welche zu der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verpflichtet werden, hinreichend präzise definieren wird.³⁹³

Gegenstand der Prüfung im Rahmen des Tatbestandsmerkmals ist ebenfalls, ob der Mitgliedsstaat durch eine angemessene Kontrolle die klare Definition als Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wie auch an die ordnungsgemäße Betrauung sicherstellt. Es ist aufseiten des Mitgliedsstaates daher nicht ausreichend, die Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse präzise zu definieren sowie die Verpflichteten mittels Betrauungsakt zu individualisieren. Zusätzlich muss der Mitgliedstaat auch mit Hilfe von Kontrollmechanismen die Einhaltung der persönlichen und sachlichen Grenzen der Auftragserteilung überwachen.³⁹⁴

Der eigentliche Betrauungsakt stellt die Absicht des Nationalstaates dar, eine bestimmte Dienstleistung bereitzustellen und entsprechend zu fördern. Durch den öffentlichen Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen, in welchem die Bedingungen klar definiert sind, wird das betraute Unternehmen von anderen [privatwirtschaftlich] agierenden Unternehmen separiert. Die Kommission sieht den Betrauungsakt hierbei als ein Bindeglied zwischen betrautem Unternehmen und dem Staat.³⁹⁵

Damit die Rechtfertigung gem. Art. 106 II AEUV möglich ist, muss der öffentliche Auftrag in jedem Fall klar definiert und ausdrücklich durch Hoheitsakt aufgetragen werden. Dieses ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz gegenüber den Bürgern unerlässlich und weiterhin für

³⁹³ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 328.

³⁹⁴ EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 210 ff., curia.europa.eu.

³⁹⁵ *Jaeger*, JBl 127 2005, 419 (428 ff.); *Götz*, in: Geis, Betrauung DAWI, S. 921 ff.

die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Kommission notwendig.³⁹⁶ Weiterhin schafft dieser Klarheit über Art- und Umfang der übertragenen Aufgaben. Was letztlich als Rechtfertigung für die Aussetzung der Wettbewerbsregeln dienen soll. Die Kommission ist daher auf eine möglichst klare Formulierung des Betrauungsaktes angewiesen.³⁹⁷

Nach Maßgabe des EuGH sind auch regionale Gebietskörperschaften berechtigt, einen Betrauungsakt zu erlassen.³⁹⁸ Die Kommission sieht die „zuständigen Stellen des jeweiligen Mitgliedsstaats“ als betrauungsberechtigt an.³⁹⁹ In den Urteilen zu BRT/SABAM⁴⁰⁰ und Züchner/Bayerische Volksbank⁴⁰¹ forderte der EuGH bei Prüfung einer Betrauung nach Art. 86 II EGV (jetzt Art. 106 II AEUV) das Vorliegen eines „Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt“.⁴⁰² Dieses etablierte sich als Maßgabe für die darauf folgende Rechtsprechung.⁴⁰³

In den späteren Urteilen zu Almelo sowie Analir hingegen erkannte der EuGH auch eine öffentlich-rechtliche Konzession wie auch einen Vertrag als Betrauung an. Auch das EuG erkannte die Vergabe einer Konzession in einem entsprechenden Verfahren als Betrauung an. Da die Konzession nur mit

³⁹⁶ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, S. 8, eur-lex.europa.eu.

³⁹⁷ Erhardt, Beihilfen öff. DL, S. 296.

³⁹⁸ EuGH v. 04.05.1988 - Rs. C-30/87 Bodson, curia.europa.eu.

³⁹⁹ KOM v. 28.11.2005 - ABl. 2005 L 312 - Entscheidung DAWI, S. 67, eur-lex.europa.eu.

⁴⁰⁰ EuGH v. 27.03.1974 - Rs. C-127/73 BRT/SABAM, curia.europa.eu.

⁴⁰¹ EuGH v. 14.07.1981 - Rs. C-172/80 Züchner/Bayerische Vereinsbank, curia.europa.eu.

⁴⁰² EuGH v. 14.07.1981 - Rs. C-172/80 Züchner/Bayerische Vereinsbank, Rn. 7, curia.europa.eu; EuGH v. 27.03.1974 - Rs. C-127/73 BRT/SABAM, Rn. 19 u 22, curia.europa.eu.

⁴⁰³ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 65, curia.europa.eu; EuGH v. 11.04.1989 - Rs. C- 66/86 Ahmed Saeed, Rn. 55, curia.europa.eu; EuG v. 13.06.2000 - verb. Rs. T-204/97 u. 270/97 EPAC, Rn. 126, curia.europa.eu.

Zustimmung des Konzessionsempfängers verliehen werden kann folgt nach Ansicht des EuG, dass die Beteiligung des DAWI Erbringers an den Verfahren, in dem ihm die DAWI übertragen wird, nicht ausschließt, dass diese Übertragung aufgrund eines hoheitlichen Aktes erfolgt.⁴⁰⁴ Der EuGH ging an dieser Stelle noch weiter, und sah eine Betrauung als gegeben an, falls der Konzessionär durch Gesetz zur Einhaltung der Bedingungen nach den Pflichtenheften verpflichtet sei. Hierbei müsse nicht unbedingt eine Rechtsvorschrift vorliegen.⁴⁰⁵ Im Urteil Albany sah der EuGH trotz fehlendem förmlichen Betrauungsaktes, die Erfüllung des Art. 106 II AEUV für möglich.⁴⁰⁶

Dennoch wurde durch die europäischen Gerichte nicht vollständig auf die Notwendigkeit eines Hoheitsaktes verzichtet. Im Urteil Enirisorse verneinte der EuGH das Vorliegen einer Betrauung aufgrund von fehlendem Hoheitsakt.⁴⁰⁷ Auch das EuG hat sich in den Urteilen zu Olsen, EPAC sowie BUPA für die Notwendigkeit eines Hoheitsaktes ausgesprochen.^{408 409 410} Nach Ansicht des EuGH erfüllt ein staatlicher Erlaubnisvorbehalt die Anforderungen eines Hoheitsaktes regelmäßig nicht. Grund hierfür sei, dass allgemeine Rechtsvorschriften, welche bestimmte Wirtschaftszweige regulieren, nicht als Betrauung anzusehen seien, dies gelte selbst dann, wenn die Ausübung der Tätigkeit einer besonderen öffentlichen Aufsicht

⁴⁰⁴ EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 188, curia.europa.eu.

⁴⁰⁵ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 66 u. 67, curia.europa.eu.

⁴⁰⁶ EuGH v. 21.09.1999 - Rs. C-67/96 Albany, Rn. 102 ff., curia.europa.eu.

⁴⁰⁷ EuGH v. 27.11.2003 - verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 Enirisorse, Rn. 34, curia.europa.eu.

⁴⁰⁸ EuG v. 13.06.2000 - verb. Rs. T-204/97 u. 270/97 EPAC, Rn. 126, curia.europa.eu.

⁴⁰⁹ EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 186 ff., curia.europa.eu.

⁴¹⁰ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 172, curia.europa.eu.

unterläge.⁴¹¹ Die Verleihung eines besonderen bzw. ausschließlichen Rechts sei hingegen nicht erforderlich, da dieses bestenfalls die Konsequenz eines öffentlichen Auftrages sein könne. Die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung könne folglich auch vielen bzw. sämtlichen Wirtschaftsteilnehmern übertragen werden.⁴¹² Nach Ansicht der Kommission kann eine Betrauung auch durch Verträge erfolgen.⁴¹³ Im DAWI-Freistellungsbeschluss⁴¹⁴ sowie im DAWI-Rahmen⁴¹⁵, wird durch die Kommission hingegen eine Übertragung durch „Verwaltungs- oder Rechtsakt“ vorgeschrieben. Die Mitgliedsstaaten genießen Autonomie bei der Wahl der Form.⁴¹⁶ Denkbar wären demnach u.a

- durch einen Verwaltungsakt
- durch eine Gesellschaftsrechtliche Weisung
- per Gesetz
- per Vertrag

Diese Ansicht wird auch im später folgenden Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen aus dem Jahr 2007 vertreten. Gemäß dieses Dokuments richte sich die Betrauungsform nach der politisch-administrativen Organisation des einzelnen Mitgliedsstaates. Es könnte daher keine einheitliche Betrauungsform für alle Mitgliedsstaaten geben.⁴¹⁷

⁴¹¹ EuGH v. 02.03.1983 - Rs. C-7/82 GVL, Rn. 31, curia.europa.eu.

⁴¹² EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 179 u. 183, curia.europa.eu.

⁴¹³ KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rn. 22, eur-lex.europa.eu.

⁴¹⁴ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, Rn. 18, eur-lex.europa.eu.

⁴¹⁵ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, eur-lex.europa.eu.

⁴¹⁶ Denkbar sind u.a Verwaltungsakt, Gesellschaftsrechtliche Weisung, Gesetz, Vertrag

⁴¹⁷ KOM v. 23.11.2007 - KOM(2007) Begleitdokument Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts, eur-lex.europa.eu.

3. Verhältnismäßigkeit der Ausgleichszahlungen

Durch die Erforderlichkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung wird ermittelt, ob die geleisteten Ausgleichszahlungen den Betrag der Nettokosten des öffentlichen Auftrages übersteigen. Der Erforderlichkeitstest gem. Art. 106 II AEUV legt eine ex-post Kontrolle d.h nach Gewährung der Leistung zugrunde. Für die Anwendbarkeit des Art. 106 II AEUV ist zunächst zu prüfen, ob eine rechtliche bzw. tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung vorliegt. Liegt tatsächlich eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung vor, wird die Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel überprüft. Der Einsatz der Mittel ist auf das limitiert, was zur Sicherung der Aufgabenerfüllung notwendig ist.⁴¹⁸

a) Verhinderung der Aufgabenerfüllung

Art. 106 II AEUV sieht die rechtliche oder die tatsächliche Verhinderung vor. Im Falle einer rechtlichen Verhinderung wird durch das Unionsrecht eine unter Art. 106 II AEUV fallende Regelung verdrängt.⁴¹⁹ Als Beispiel wäre hier das Urteil *Corsica Ferries*⁴²⁰ anzuführen. In diesem Urteil ging es um die Société Nationale Corse-Méditerranée (SNCM), französisches Schifffahrtunternehmen, welches regelmäßige Schiffverbindungen vom französischen Festland anbietet. Das Tarifschema der SNCM verstieß gegen Art. 102 AEUV, dieses konnte jedoch als Teil einer besonderen [öffentlichen] Aufgabe gerechtfertigt werden.⁴²¹

⁴¹⁸ Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 106 Rn. 63 ff.,

⁴¹⁹ Schweitzer/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Rn. 102 ff.

⁴²⁰ EuGH v. 18.06.1998 - Rs. C-266/96 *Corsica Ferries*, curia.europa.eu.

⁴²¹ EuGH v. 18.06.1998 - Rs. C-266/96 *Corsica Ferries*, Rn. 46, curia.europa.eu.

Eine tatsächliche Verhinderung liegt vor, wenn die Anwendung des Unionsrechts, ein Unternehmen in einem Maße beeinflusst, welches die Aufgabenerfüllung unmöglich macht.⁴²² Schweitzer führt in diesem Zusammenhang die wirtschaftliche Verhinderung als Unterfall der tatsächlichen Verhinderung an. Eine wirtschaftliche Verhinderung liegt nach Ansicht des Autors vor, wenn Leistungen flächendeckend ohne hinreichende Betrachtung von Wirtschaftlichkeitsaspekten jeder einzelnen Leistung erbracht werden, da aufgrund fehlender Kostendeckung staatliche Ausgleichszahlungen bzw. Quersubventionierungen notwendig werden.⁴²³

Nach dem Wortlaut des Art. 106 II (1) muss die Aufgabenerfüllung des betrauten Unternehmens verhindert werden. Vom EuGH wurde etwa im Urteil Sacchi ein strenger Maßstab für dieses Kriterium angewendet. Nach diesem musste die Aufgabenerfüllung „nachweislich unvereinbar“ sein.⁴²⁴ Ebenso stütze die Kommission in der Entscheidung Navenwa-Anseau diese strenge Auslegung.⁴²⁵ Auch das EuG sah eine bloße Erschwerung bzw. Behinderung nicht als ausreichend an.⁴²⁶ In dem Urteil Corbeau hingegen stelle der EuGH auf die Frage ab, ob eine Beschränkung bzw. ein Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich sei, um die Aufgabenerfüllung unter „*wirtschaftlich tragbaren Bedingungen*“ zu ermöglichen.⁴²⁷ Ebenso im Urteil Almelo forderte der EuGH die Berücksichtigung wirtschaftlicher und rechtlicher Rahmenbedingungen zu Aufgabenerfüllung.⁴²⁸ In der

⁴²² *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Rn. 102 ff.

⁴²³ *Schweitzer*, DaseinsV, S. 108.

⁴²⁴ EuGH v. 30.04.1974 - Rs. C-155/73 Sacchi, Rn. 15, curia.europa.eu.

⁴²⁵ KOM v. 17.12.1981 - ABl. 1982 L 167 - Navewa-Anseau, S. 39, eur-lex.europa.eu.

⁴²⁶ EuG v. 19.06.1997 - Rs. T-260/94 Air Inter SA, Rn. 138, curia.europa.eu.

⁴²⁷ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 16, curia.europa.eu.

⁴²⁸ EuGH v. 27.04.1994 - Rs. C-393/92 Almelo, Rn. 49, curia.europa.eu.

entsprechenden Literatur wird hier vom Maßstab der „wirtschaftlichen Zumutbarkeit“ gesprochen.⁴²⁹

In den Urteilen zu den Energiemonopolen forcierte der EuGH eine weitere Abmilderung des Verhinderungsmaßstabes. Nach Ansicht des Gerichtshofes greife Art. 106 II AEUV bereits dann, wenn die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften der Aufgabenerfüllung *„sachlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.“*⁴³⁰ Nach hM kann dieses als Wandel zu einem Gefährdungsmaßstab gesehen werden.⁴³¹ Der EuGH bestätigte dieses in darauf folgenden Urteilen zu Albany/Brentjens sowie Drijvenda Bokken.⁴³²

In Bezug auf das Beihilferecht hat das EuG sich in 3 Urteilen mit dieser Thematik auseinandergesetzt.

In der Rechtssache FFSA wurden durch das EuG Ausgleichsbeihilfen als zulässig erachtet, falls *„die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner*

⁴²⁹ Erhardt, Beihilfen öff. DL, S. 307; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 45 ff; Schweitzer, DaseinsV, S. 125.

⁴³⁰ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 59, curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 Energiemonopole Niederlande, Rn. 43, curia.europa.eu.

⁴³¹ Bartosch, NJW 2000, 2251 (2252); Ehrlicke, EuZW 1998, 741 (745); Erhardt, Beihilfen öff. DL, S. 307; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 45.

⁴³² EuGH v. 21.09.1999 - Rs. C-67/96 Albany, Rn. 107, curia.europa.eu; EuGH v. 21.09.1999 - verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 Brentjens', Rn. 97, curia.europa.eu; EuGH v. 21.09.1999 - Rs. C-219/97 Drijvenda Bokken, Rn. 107, curia.europa.eu.

*Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.*⁴³³

Im Fall Olsen war vom EuG die Annahme einer Aufgabenverhinderung in Bezug auf Seeverkehrsdienste auf offenkundige Fehler hin zu prüfen. Nach Ansicht des EuG haben die nationalen Behörden bei Übertragung der Aufgabe ihr Ermessen nicht überschritten. Die Beurteilung der Marktlage, der zufolge keine ausreichenden Anreize für die Aufgabenerfüllung vorhanden seien, wurde nicht hinreichend widerlegt. Das EuG war der Ansicht, *„dass die kanarischen Behörden keine Ermessensfehler begangen haben...“* *„In Übereinstimmung mit der Kommission ist festzustellen, dass bei Ablauf des Vertrages Die Annahme der kanarischen Behörden nicht unvernünftig war....“*⁴³⁴

Im dritten Fall, dem Urteil BUPA, hat das EuG die Verhältnismäßigkeitsprüfung in eine Verhinderungs- und eine Mittelprüfung aufgeteilt. Das Gericht stellt klar, dass die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs auf die Prüfung beschränkt sei, *„ob dieser Ausgleich für die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erforderlich ist oder ob umgekehrt die fragliche Maßnahme in Bezug auf den verfolgten Zweck offenkundig ungeeignet ist.“*⁴³⁵ Das Gericht erkannte die Instabilität des Marktes an, selbst wenn diese noch nicht konkret beobachtet haben werden können. Als Grund führte das Gericht einen zumindest kausalen Zusammenhang an, *„Insoweit ist nach Ansicht des Gerichts die Annahme plausibel, dass die Gefahr einer*

⁴³³ EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 FFSA, Rn. 178, curia.europa.eu.

⁴³⁴ EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 217 ff., curia.europa.eu.

⁴³⁵ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 222 u. 266 ff., curia.europa.eu.

aktiven Risikoselektion und somit einer Instabilität des Marktes real und groß ist“⁴³⁶

b) Erforderlichkeit der Abweichung von den Vertragsvorschriften

Im Fall Corbeau hat der EuGH die Gewährung von ausschließlichen Rechten aufgrund von wirtschaftlichen Gründen anerkannt. So werde dem mit einem Monopolrecht versehenen Unternehmen ermöglicht, defizitäre gemeinwirtschaftliche Aufgaben durch die Quersubventionierung mit rentablen Dienstleistungen profitabel auszuführen.

*„Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, daß die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.“*⁴³⁷

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass durch die rentablen Dienstleistungen ausreichend Einnahmen generiert werden, um defizitäre Dienstleistungen auszugleichen. Um dieses zu erreichen, müssen sich die gewährten ausschließlichen Rechte auf Tätigkeiten jenseits der DAWI erstrecken dürfen.⁴³⁸ Die Reichweite des ausschließlichen Rechts wurde vom EuGH im Urteil Corbeau dennoch eingeschränkt. *„Der Ausschluß des Wettbewerbs ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um spezifische,*

⁴³⁶ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 276 u 280, curia.europa.eu.

⁴³⁷ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 17 ff., curia.europa.eu.

⁴³⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, EU WettbewerbsR, § 34 Rn. 32 ff.

von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, ...und sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden – wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden-, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen. ⁴³⁹

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist weiterhin zu ermitteln, ob alternative Mittel vorhanden sind, welche einen geringeren Einfluss auf den Wettbewerb haben. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, ob diese Mitgliedstaaten diese Mittel mit dem geringeren Einfluss dann auch einzusetzen haben. Eine Alternative zu Monopolrechten zum Ausgleich des DAWI-Mehraufwands, wären nach Ansicht der Kommission beispielsweise staatliche Ausgleichszahlungen. Diese weisen die geringste wettbewerbsbeschränkende Wirkung auf, sofern sich auf die Deckung der entstehenden Mehrkosten beschränkt würde.⁴⁴⁰ Die Rechtsprechung lässt allerdings keinen Zwang zu dieser Ausgleichsform erkennen.⁴⁴¹

Im Fall BUPA prüfte das EuG die Eignung des gewählten Mittels. *„ob es zum anderen zur Erreichung der verfolgten Ziele offenkundig ungeeignet ist“* und *„ob die Kommission vernünftigerweise davon ausgehen konnte, dass ein System wie das RES seiner Natur nach erforderlich und angemessen ist, um die geltend gemachten Probleme zu lösen.“* ⁴⁴² *„Denn die Kontrolle der*

⁴³⁹ EuGH v. 19.05.1993 - Rs. C-320/91 Corbeau, Rn. 19, curia.europa.eu.

⁴⁴⁰ KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, Rn. 87, eur-lex.europa.eu.

⁴⁴¹ Schweitzer, DaseinsV, S. 136.

⁴⁴² EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 266 u. 267, curia.europa.eu.

*Erforderlichkeit verlangt nicht, dass die Kommission zu der Überzeugung gelangt, dass der Mitgliedstaat im Hinblick auf die aktuellen oder zukünftigen Marktbedingungen nicht auf die notifizierten Maßnahmen verzichten kann, sondern beschränkt sich auf die Suche nach einem offenkundigen Fehler des Mitgliedstaats.*⁴⁴³

Nach Ansicht des EuG sind Ausgleichszahlungen ein geeignetes Mittel zur Zielerreichung, wenn zum einen nur die Mehrkosten ausgeglichen würden, die durch die Aufgabenerfüllung entstünden. Zum Zweiten müsse der Ausgleich erforderlich sein, um den Unternehmen die Leistungserbringung „unter wirtschaftliche tragbaren Bedingungen zu ermöglichen“.⁴⁴⁴

Dieses ist insofern relevant, da selbst für gemeinwirtschaftlich ausgerichtete Unternehmen eine auf Dauer defizitäre Leistungserbringung nicht tragbar ist.⁴⁴⁵ In der Rechtssache *Ferring* begrenzte der EuGH den materiellen Anwendungsbereich des Art. 106 II AEUV mit der Ausgleichshöhe, welche den für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht.⁴⁴⁶ Übersteige der Ausgleich die entstandenen Mehrkosten, sei dieser nicht mehr erforderlich, und folglich als verbotene Beihilfe einzustufen. Im Umkehrschluss billigt der Gerichtshof allerdings zu, dass eine Kompensierung bis zu einem Verlustausgleich als verhältnismäßig anzusehen sei. Eine rechtswidrige Quersubvention ist daher ausgeschlossen, wenn „der Betrag der fraglichen Beihilfe unter den Mehrkosten liegt, die durch die Erfüllung der besonderen Aufgabe entstehen.“⁴⁴⁷ Nach Ansicht der

⁴⁴³ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 278 ff., curia.europa.eu.

⁴⁴⁴ EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 FFSA, Rn. 178, curia.europa.eu.

⁴⁴⁵ *Jennert*, BeihilfenR/DaseinsV, S. 212.

⁴⁴⁶ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 *Ferring SA*, Rn. 27, curia.europa.eu.

⁴⁴⁷ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 *Ferring SA*, Rn. 32, curia.europa.eu.

Kommission ist dabei die Direktfinanzierung über den staatlichen Haushalt, gerade im Vergleich zu Monopolrechten, als die am geringsten wettbewerbsbeschränkende Methode anzusehen. Als zulässige Beihilfe ist daher ausschließlich der Ausgleich entstehender Mehrkosten anzusehen, weitergehende Zuwendungen können als rechtswidrig angesehen werden.⁴⁴⁸

c) Ausschreibung entbehrlich

In Bezug auf die Notwendigkeit einer Ausschreibung zur Anwendung des Art. 106 II AEUV hat sich der EuG in der Rechtssache Olsen wie folgt geäußert. Nach Ansicht des Gerichts *„ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Artikel 86 Absatz 2 EG noch aus der Rechtsprechung hierzu, dass eine gemeinwirtschaftliche Aufgabe einem Wirtschaftsteilnehmer nur nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens übertragen werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht verlangt werden, dass die angefochtene Entscheidung eine besondere Begründung dafür enthält, dass ein solches Verfahren [...] nicht durchgeführt worden ist.“*, und sei daher nicht notwendig. Ebenso stellte das EuG in der Rechtssache SIC II klar, dass ein Ausschreibungsverfahren nicht zu den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 106 II AEUV gehöre.⁴⁴⁹

4. Keine Beeinträchtigung des unionsweiten Handelsverkehrs

Folgt man Stadler, so limitiert Art 106 II Satz 2 die Umgehung des Unionsrechts zugunsten mitgliedstaatlicher Interessen.⁴⁵⁰ Immenga und

⁴⁴⁸ KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, Rn. 87, eur-lex.europa.eu.

⁴⁴⁹ EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 145, curia.europa.eu.

⁴⁵⁰ Stadler, in: Langen/Bunte, EU KartellR, Rn. 67 ff.

Mestmäcker weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Einführung des Art. 106 II Satz 2 für Deutschland, Niederlande, Luxemburg und Belgien eine Bedingung für die Zustimmung zum Art. 106 II Satz 1 war. Frankreich und Italien hingegen waren von der Notwendigkeit dieses Zusatzes nicht überzeugt, akzeptierten diesen aber schlussendlich.⁴⁵¹ Innerhalb der Fachliteratur besteht hingegen kein Konsens über die Einordnung des Art. 106 II Satz 2. Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass der Art. 106 II Satz 2 eine Limitierung gegenüber dem Art. 106 II Satz 1 darstelle.⁴⁵² Andererseits wird postuliert, dass der Art. 106 II Satz 2 Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei.⁴⁵³

Schweitzer weist auf den Umstand hin, dass die Gerichte⁴⁵⁴ den Ansatz verfolgen, Satz 2 im Anschluss an Satz 1 zu prüfen⁴⁵⁵ Die Kommission zeigt hingegen kein stringentes Vorgehen.⁴⁵⁶ Die Anwendung des Art. 106 II Satz 2 bedingt das Vorliegen zweier Tatbestände, welche kumulativ vorliegen müssen. Als erster Tatbestand ist die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs zu nennen. Als zweites der Widerspruch gegen das Interesse der Union. Immenga und Mestmäcker wie auch Schweitzer, weisen in diesen Zusammenhang allerdings darauf hin, dass beide Merkmale nicht einzeln geprüft werden könnten, sondern auf einander bezogen werden müssten. Als

⁴⁵¹ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, D. Art. 106 II Rn. 17 ff.

⁴⁵² *Ehrlicke*, EuZW 1998, 741 (746); *Erhardt*, Beihilfen öff. DL, S. 334; *Schweitzer*, DaseinsV, S. 15.

⁴⁵³ *C. Koenig/Kühling*, in: Streinz/Ohler/Burgi, EUV/EGV, Rn. 66; *Stadler*, in: Langen/Bunte, EU KartellR, Art. 106 Rn. 67.

⁴⁵⁴ EuGH v. 22.11.2001 - Rs. C-53/00 Ferring SA, curia.europa.eu; EuG v. 10.05.2000 - Rs. T-46/97 SIC, curia.europa.eu.

⁴⁵⁵ *Schweitzer*, DaseinsV, S. 157.

⁴⁵⁶ *Schweitzer*, DaseinsV, S. 157 ff.

Beurteilungsmaßstab für die Beeinträchtigung wird dabei auf das Interesse der Union verwiesen.⁴⁵⁷

Aufgrund des Wortlautes ist eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs hinzunehmen, insofern dieses nicht dem Interesse der Union in erheblichem Maße widerspricht. Die Beeinträchtigung muss dabei eine höhere Intensität aufweisen als bei Art. 107 AEUV veranschlagt.⁴⁵⁸ Im Gegensatz zur Grundvorschrift, ist Art 106 II Satz 2 AEUV hierbei als eine äußerte Grenze anzusehen.⁴⁵⁹ Ein generell unterstellter Zusammenhang zwischen der Verletzung von Wettbewerbsvorschriften und einem Widerspruch zu den Interessen der Union, hebt den Art. 106 II Satz 2 AEUV aus. Satz 2 verfolgt dabei einen weitreichenderen Ansatz, nach welchem der innergemeinschaftliche freie Handelsverkehr in seiner Gesamtheit und nicht nur in Bezug auf einzelne Bereiche nachteilig beeinflusst werden muss.⁴⁶⁰ Ein Teil der Literatur verweist auf die Systematik der Ausnahmegvorschrift, welche auf die Freistellung einzelner Dienstleistungen abziele. Die Freistellung einzelner Dienstleistungen könne jedoch schwerlich den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr vollumfänglich beeinflussen. Vielmehr seien die Auswirkungen der Nichtanwendung des Unionsrechts auf den tatsächlichen Handelsverkehr zu prüfen. Eine potenzielle Beeinträchtigung könne nicht als Beeinträchtigung im Sinne des Art. 106 II (2) angesehen werden.⁴⁶¹ Der EuGH machte in seinen Urteilen zu den Energiemonopolen deutlich, dass die Kommission zu definieren habe, was

⁴⁵⁷ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, D. Art. 106 II Rn. 131 ff; *Schweitzer*, DaseinsV, S. 157 ff.

⁴⁵⁸ *Klotz*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU Recht, Rn 77 ff.

⁴⁵⁹ *Stadler*, in: Langen/Bunte, EU KartellR, Rn. 68.

⁴⁶⁰ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 II AEUV Rn. 33 ff.

⁴⁶¹ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, D. Art. 106 II Rn 131 ff.

unter „Interesse der Union“ zu verstehen sei.⁴⁶² Allerdings war der EuGH nicht der Ansicht, dass Handelsmonopole im Energiebereich dem Interesse der Union entgegenstehen, und folgte so der Ansicht der Kommission nicht. Grund hierfür war nach Sichtweise des Gerichtshofs, dass die Richtlinie über den Transit von Elektrizitätsleistungen über große Netze ausdrücklich einen zunehmenden zwischenstaatlichen Austausch elektrischer Energie feststellte.

463

Ehricke ergänzt, dass die Anwendung des Art. 106 II Satz 2 in Übereinstimmung mit dem EuGH ein Tätigwerden der Kommission durch den Erlass sekundärrechtlicher Regelungen gemäß Art. 106 III voraussetze. In Sektoren ohne sekundärrechtliche Bestimmung könne über Art. 106 II Satz 1 keine Grenze für mitgliedstaatliches Wirtschaftshandeln gesehen werden. Der Autor sieht allerdings kein generelles Definitionsmonopol bei der Kommission.⁴⁶⁴ Schweitzer kritisiert an diesem Ansatz eine „Politisierung“ von Art. 106 II Satz 2, welche die Interessenabwägung nicht rechtlichen Gesichtspunkten folgen lasse, sondern politischen Verhältnissen im Rat der Europäischen Union(RAT).⁴⁶⁵ In der Literatur hingegen ist nicht eindeutig ob neben den Zielen und Grundsätzen der Union noch weitere Ziele zu berücksichtigen sind und ob zwischen diesen eine Rangfolge besteht und nach welchen Grundsätzen eine Abwägung zwischen divergierenden Interessen zu erfolgen hat. Eine Verletzung des Art. 106 II Satz 2 wird dabei durch eine

⁴⁶² EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 Energiemonopole Niederlande, Rn. 69, curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 113, curia.europa.eu.

⁴⁶³ EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-157/94 Energiemonopole Niederlande, Rn. 70, curia.europa.eu; EuGH v. 23.10.1997 - Rs. C-159/94 Energiemonopole Frankreich, Rn. 114, curia.europa.eu; KOM v. 29.10.1990 - ABl. 1990 L 313 - 90/547/EWG, eur-lex.europa.eu.

⁴⁶⁴ Ehricke, EuZW 1998, 741 (746 ff.).

⁴⁶⁵ Schweitzer, DaseinsV, S. 161 ff.

Abwägung zwischen nationalen Interessen zur DAWI-Erbringung auf der einen Seite und Vertragszielen der Union auf der anderen Seite bestimmt.⁴⁶⁶

In der einschlägigen Fachliteratur wird zum Teil auch die Ansicht vertreten, dass dem unverfälschten Wettbewerb als vorrangigem Ziel Priorität einzuräumen sei.⁴⁶⁷ Nationales Interesse reiche nicht mehr aus, um das durch den Verstoß gegen die unionsrechtlichen Grundprinzipien erreichte, Ausmaß an Vertragswidrigkeit zu rechtfertigen.⁴⁶⁸ Hieraus folgt, dass der Wahrung gemeinschaftlicher Grundsätze stets der Vorzug vor dem nationalstaatlichen Interesse zu gewähren sei.⁴⁶⁹ Klotz sieht beispielsweise keine Möglichkeit, eine Verletzung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen, und schlägt eine Orientierung an den Ausnahmen zu den Grundfreiheiten vor, welche durch Bereichsausnahmen unionsrechtlich bestimmte Bereiche aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausnehmen.⁴⁷⁰

Folgt man Erhardt, kann eine absolute Grenze, welche sich aus bestimmten grundlegenden Vertragsprinzipien zusammensetzt, nicht realisiert werden. Grund hierfür ist, dass der Art. 106 II eine Abwägung zwischen den Interessen der DAWI sowie der Wahrung des freien Wettbewerbs im Binnenmarkt verlangt.⁴⁷¹ Auch die Europäische Kommission hat in Dokumenten auf die Wichtigkeit der DAWI für die Grundprinzipien der

⁴⁶⁶ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 II Rn. 33 ff.

⁴⁶⁷ *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 106 AEUV Rn. 4; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber/Schweitzer/Zimmer, WettbewerbsR, Kap D Art. 106 III Rn. 1 ff.; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 52,.

⁴⁶⁸ *Bartosch*, NJW 2000, 2251 (2252).

⁴⁶⁹ *Kahl*, wbl 13 1999, 189 (195).

⁴⁷⁰ *Klotz*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, EU Recht, Art. 106 Rn. 82 ff.

⁴⁷¹ *Erhardt*, Beihilfen öff. DL, S. 342 ff.

Union hingewiesen.⁴⁷² Tettinger sieht hier eine Erschwerung binnenmarktorientierter Einwände gegen Intensität und Umfang mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge, falls die Effizienz des betroffenen Dienstes beschränkt würde.⁴⁷³

In der Rechtsprechung kommt dem Art. 106 II (2) eine untergeordnete Bedeutung zu, da im Urteil FFSA der Satz 2 des Art. 106 II in Einheit mit Satz 1 geprüft. Auf die inhaltlichen und sprachlichen Unterschiede wurde durch das EuG nicht eingegangen.⁴⁷⁴ In BUPA hingegen wurde Satz 2 separat geprüft, da der Kommission vorgeworfen wurde Satz 2, in der betreffenden Genehmigung nicht geprüft zu haben. Die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 106 II sei verfügt worden, ohne das Unionsinteresse separat zu prüfen.⁴⁷⁵ Das EuG war der Ansicht, der Passus „mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 106 II AEUV vereinbar“ verweise notwendigerweise auf Satz 2. Weiterhin seien die Verweise auf Vorschriften des europäischen Unionsrechtes als Indikator zu sehen, dass die Auswirkungen des Ausgleichssystems mit der Anwendung von Art. 106 II AEUV durch die Kommission hinreichend geprüft worden seien. Nach Ansicht des Gerichts war die Begründung daher ungeachtet des Umfangs geeignet, die Ansicht der Kommission zu verdeutlichen, dass kein Widerspruch des Ausgleichssystems zu Satz 2 bestünde.⁴⁷⁶

⁴⁷² KOM v. 25.03.2004 - ABl. 2004 C 76 - Grünbuch DAWI, eur-lex.europa.eu; KOM v. 19.01.2001 - ABl. 2001 C 17 - Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, eur-lex.europa.eu.

⁴⁷³ Tettinger, RdE 1999, 45 (49).

⁴⁷⁴ EuG v. 27.02.1997 - Rs. T-106/95 FFSA, Rn. 173 ff., curia.europa.eu.

⁴⁷⁵ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, curia.europa.eu.

⁴⁷⁶ EuG v. 12.02.2008 - Rs. T-289/03 BUPA, Rn. 306, curia.europa.eu.

Die Kommission ihrerseits stellt in der Daseinsvorsorgemitteilung⁴⁷⁷ keinen Bezug zu Satz 2 her. Im Gemeinschaftsrahmen⁴⁷⁸ gibt die Kommission an, dass Satz 1 wie auch Satz 2 erfüllt seien, falls die Vorgaben des Gemeinschaftsrahmens eingehalten würden.⁴⁷⁹ Bei den Kommissionsentscheidungen findet Satz 2 entweder keine explizite Nennung durch die Kommission⁴⁸⁰ oder es wurde bei einer Erfüllung von Satz 1 auch eine Erfüllung von Satz 2 unterstellt.⁴⁸¹ Abweichend hiervon wurde in der Kommissionsentscheidung Kinderkanal/Phönix Satz 2 separat geprüft. Wobei der Kommission schon eine durch die DAWI bedingte Verschlechterung der Wettbewerbsposition von Konkurrenten ausreichte, um von einer Handelsbeeinträchtigung auszugehen. Darauf folgend stellte die Kommission das Recht jedes Unionsstaates auf die Anwendung des Art. 106 II AEUV und das gemeinschaftliche Interesse einer Beschränkung von Wettbewerbsstörungen gegenüber. Die Kommission war dabei der Ansicht, dass eine gewisse Auswirkung auf den Handel hingenommen werde, könne und ebenso müsse.⁴⁸²

5. Abschnittsfazit

Die Bereichsausnahmegesetzgebung hat im Regelwerk des EU-Beihilferechts genauso einen berechtigten Platz wie die Altmark-Trans-Entscheidung. Art. 106 II AEUV setzt im Gegensatz zu Altmark-Trans an der

⁴⁷⁷ KOM v. 20.09.2000 - , eur-lex.europa.eu.

⁴⁷⁸ KOM v. 21.04.1999 - ABl. 2000 L 297 - Technolease-Vereinbarung, eur-lex.europa.eu.

⁴⁷⁹ KOM v. 29.11.2005 - ABl. 2005 C 297 - Gemeinschaftsrahmen DAWI, Rn. 8, eur-lex.europa.eu.

⁴⁸⁰ KOM v. 13.05.2003 - ABl. 2003 C 186 -N 46/2003 Krankenversicherung Irland, S. 16, eur-lex.europa.eu.

⁴⁸¹ KOM v. 03.05.2005 - N 541/2004 u. N 542/2004 - Pays Bas, eur-lex.europa.eu; KOM v. 29.11.2004 - ABl. 2005 C 324 - N 541/2004 u. N 542/2004 Niederlande, eur-lex.europa.eu.

⁴⁸² KOM v. 24.02.1999 - ABl. C 238 - Kinderkanal und Phoenix, S. 3, eur-lex.europa.eu.

Rechtfertigungsebene an, d.h die betrachtete Zuwendung gilt bereits als eine tatbestandliche Beihilfe. Frenz fasst die Interdependenzen beider Regelungen treffend zusammen. Dem Art. 106 II AEUV könne nur dann ein Anwendungsbereich verbleiben, falls die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung weniger streng seien, als die der Altmark-Trans-Kriterien. Sei dies nicht der Fall, so würde ein Ausgleich, welche nicht die Kriterien nach Altmark-Trans erfülle, am strengeren Art. 106 II AEUV stets scheitern. Ein Altmark-Trans konformer Ausgleich hingegen, würde mangels einer tatbestandlichen Beihilfe den Art. 106 II AEUV nie zur Anwendung kommen lassen.⁴⁸³

Das EuG äußerte sich im Urteil TF 1 zum Verhältnis von Altmark-Trans und der Bereichsausnahmevorschrift Art. 106 II AEUV. Das Gericht unterteilte den Anwendungsbereich in die Tatbestandsebene Art. 107 I AEUV sowie die Rechtfertigungsebene Art. 106 II AEUV.⁴⁸⁴ Im Urteil TF 1 ging es um die Anfechtung einer Genehmigungsentscheidung der Kommission zugunsten der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender France 2 sowie France 3.⁴⁸⁵ Die Kommission hatte die erhobenen Rundfunkgebühren gem. Art. 106 II AEUV als eine mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe erklärt, obwohl die zweite und vierte Altmark-Voraussetzung nicht erfüllt waren. Die private Senderkonkurrenz erhob hiergegen Klage. Das EuG wies diese Klage ab und argumentierte, dass die Altmark-Trans-Voraussetzungen allein und ausschließlich die Qualifizierung als staatliche Beihilfe darstelle, und dieses davon zu trennen sei die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar wäre. Die Altmark-Trans Entscheidung betreffe ausschließlich die

⁴⁸³ Frenz, EuropaR, S. 381 ff.

⁴⁸⁴ EuG v. 11.03.2009 - Rs. T-354/05 TF1, curia.europa.eu.

⁴⁸⁵ KOM v. 20.04.2005 - E 10/2000 - France 2 und France 3, eur-lex.europa.eu.

Beihilfeeigenschaft der Ausgleichszahlung gem. Art. 107 I AEUV und tangiere die Rechtfertigung der Beihilfe gem. Art. 106 II AEUV nicht. Erfüllt eine Ausgleichsleistung nicht alle Altmark-Trans-Kriterien, dann liegt tatbestandlich eine Beihilfe vor, welche mit Hilfe der Bereichsausnahmegesetz Art. 106 II AEUV gerechtfertigt werden kann, insofern die Voraussetzungen erfüllt werden.⁴⁸⁶ Dies ist insofern denkbar, wenn eine Zuwendung die ersten drei Kriterien nach Altmark-Trans erfüllt, aber das vierte Effizienzkriterium nicht gegeben ist. In diesem Fall liegt tatbestandlich eine Beihilfe vor. Da die ersten drei Altmark-Trans-Kriterien nahezu deckungsgleich mit den drei Kriterien des gem. Art. 106 II AEUV sind. Kann die Beihilfe dann gem. Art. 106 II AEUV gerechtfertigt und nach dem entsprechenden Verfahren durchgeführt werden.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ EuG v. 11.03.2009 - Rs. T-354/05 TF1, Rn. 111 u. 130 ff., curia.europa.eu.

⁴⁸⁷ Siehe hierzu im Detail Kap. IV 6

IV. DAWI-Paket der EU-Kommission

1. Übersicht

Im Jahr 2005 wurde durch die EU-Kommission auf Grundlage der Entscheidung Altmark-Trans eine Reihe von Regelungen verabschiedet, betreffend Grundsätze der beihilferechtlichen Rechtfertigung von Zuwendungen an Unternehmen, welche mit Daseinsvorsorge betraut sind. Zunächst wurde diese Gesamtheit der Regelungen nach dem damals amtierenden Wettbewerbskommissar Mario Monti, als „Monti-Paket“ deklariert. Im Jahr 2012 wurden unter Montis Nachfolger, Joaquín Almunia diese Regelungen überarbeitet und folglich als „Alumnia“-Paket bezeichnet. Das aktuelle Paket besteht gegenwärtig aus folgenden Regelungen.⁴⁸⁸

1. DAWI-Freistellungsbeschluss (Beschluss vom 20.12.2011, 2012/21/EU, ABl. EU L 7, S. 3). Dieser definiert die Voraussetzungen nach welchen staatliche Ausgleichsleistungen für DAWI von der Notifizierungspflicht freigestellt sind
2. Unionsrahmen betreffen Ausgleichsleistungen für DAWI (Mitteilung vom 11.01.2012, 2012/C/8/03, ABl. EU C 8, S. 15). Dieser Rahmen findet auf DAWI-Ausgleichsleistungen Anwendung, welche nicht unter den Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses fallen. Der Unionsrahmen gibt dabei einen Überblick, welche Maßstäbe die EU-Kommission bei ihrer Vereinbarkeitsprüfung von Beihilfen zugrunde legt

⁴⁸⁸ KOM v. 29.04.2013 - Leitfaden DAWI / SDI SWD(2013) 53 endg., eur-lex.europa.eu.

3. DAWI- Mitteilung (Mitteilung vom 11.01.2012, ABl. EU C 8, S. 4). Diese enthält Anwendungshinweise sowie Begriffsdefinitionen in Bezug auf die DAWI-Regelungen
4. DAWI-De-Minimis-Verordnung (Verordnung vom 25.04.2012, Nr. 360/2012, ABl. EU L 114, S. 8). Diese Verordnung enthält Schwellwerte für DAWI-Beihilfen, bei deren Einhaltung keine Relevanz für den Binnenmarkt angenommen wird, und folglich der Art. 107 I AEUV keine Anwendung findet

Um die Anwendung der aufgeführten Regelungen zu vereinfachen, wurde durch die EU-Kommission ein Leitfadencatalog veröffentlicht. Dieser kann bei Unklarheiten unterstützend herangezogen werden, ist aber für die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte nicht bindend. Da dieser Leitfaden zu einem großen Teil unbestimmte Rechtsbegriffe definiert, sowie zu einzelnen speziellen Fallkonstellationen Hilfestellung bietet, wird an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen und auf den entsprechenden Leitfaden verwiesen.⁴⁸⁹

2. DAWI - Freistellungsbeschluss

Die Europäische Kommission achtet auf die Anwendung von Art. 106 AEUV und erlässt ggf. Richtlinien und Beschlüsse zur Anwendung der Rechtsvorschrift. Auf Grundlage von Art. 106 III AEUV hat die Europäische Kommission zunächst die DAWI-Freistellungsentscheidung erlassen.⁴⁹⁰ Im

⁴⁸⁹ KOM v. 29.04.2013 - Leitfaden DAWI / SDI SWD(2013) 53 endg., eur-lex.europa.eu.

⁴⁹⁰ KOM v. 28.11.2005 - ABl. 2005 L 312 -, S. 67, eur-lex.europa.eu.

Jahr 2012 wurde die Freistellungsentscheidung durch den DAWI-Freistellungsbeschluss ersetzt.⁴⁹¹

Sowohl die Freistellungsentscheidung wie auch der Freistellungsbeschluss, legen die Bedingungen fest, wann Beihilfen für die Erbringung von DAWI gem. Art. 106 II S. 1 AEUV nicht der Notifizierungspflicht unterliegen. Voraussetzung für eine Freistellung nach dem DAWI-Freistellungsbeschlusses ist die Einhaltung der vorgegebenen Schwellwerte und das Vorliegen eines Betrauungsaktes gegenüber dem Unternehmen. Die formale Ausgestaltung obliegt dabei dem jeweiligen Mitgliedsstaat.⁴⁹²

Inhaltlich müssen Angaben zu Gegenstand sowie Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, dem Unternehmen, dem betreffenden Gebiet, zur Art etwaiger dem Unternehmen gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte, zur Beschreibung des Ausgleichsmechanismus, zu Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und einen Verweis auf den DAWI-Freistellungsbeschluss gegeben sein.⁴⁹³

Die Ausgleichsleistung ist auf die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Nettokosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns begrenzt.⁴⁹⁴ Die Nettokosten können dabei als Differenz zwischen den Kosten und den Einnahmen der DAWI berechnet

⁴⁹¹ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 3, eur-lex.europa.eu.

⁴⁹² KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 7, eur-lex.europa.eu.

⁴⁹³ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 8 eur-lex.europa.eu.

⁴⁹⁴ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 8 eur-lex.europa.eu.

werden, oder als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung.⁴⁹⁵ Die Laufzeit ist auf eine Dauer von zehn Jahren begrenzt, falls nicht eine erhebliche Investition seitens des Dienstleistungserbringers erforderlich ist, welche über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.⁴⁹⁶ Liegen die Anwendungsvoraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses nicht vor, ist nur eine Genehmigung der Beihilfe durch die Europäische Kommission nur nach der Grundvorschrift des Art. 106 II AEUV möglich. Der Geltungsbereich des DAWI-Beschlusses umfasst:⁴⁹⁷

- Ausgleichsleistungen welche 15. Mio € im Jahr für die Erbringung von DAWI nicht übersteigen. Ausgenommen hiervon ist der Bereich Verkehr sowie Verkehrsinfrastruktur.⁴⁹⁸
- Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI durch Kliniken, welche medizinische Versorgung leisten. Dieses umfasst ggf. Notdienste ungeachtet der jeweiligen Höhe der Leistungen.⁴⁹⁹
- Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung sowie die Wiedereingliederung in

⁴⁹⁵ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 8 eurlex.europa.eu.

⁴⁹⁶ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 7 eurlex.europa.eu.

⁴⁹⁷ KOM v. 29.04.2013 - Leitfaden DAWI / SDI SWD(2013) 53 endg., S. 61, eurlex.europa.eu.

⁴⁹⁸ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 7, eurlex.europa.eu.

⁴⁹⁹ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 8, eurlex.europa.eu.

den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau und weiterhin die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen, ungeachtet der jeweiligen Höhe der Ausgleichsleistung.⁵⁰⁰

- Im Verkehrsbereich gilt der Freistellungsbeschluss nur für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln in Übereinstimmung mit den sektorspezifischen Vorschriften. Das jährliche Verkehrsaufkommen darf dabei 300.000 Passagiere nicht übersteigen. Weiterhin gilt der Beschluss für Ausgleichsleistungen betreffend die Erbringung von DAWI für Flug- und Seeverkehrshäfen, wenn das durchschnittliche jährliche Verkehrsaufkommen während der beiden Finanzjahre, die dem Jahr vorausgehen, in dem die Betrauung mit der DAWI erfolgte, im Fall von Flughäfen höchstens 200.000 Passagiere und im Fall von Seehäfen höchstens 300.000 Passagiere betrug.⁵⁰¹

Mach Maßgabe des DAWI-Freistellungsbeschlusses⁵⁰² sind auf Unternehmensseite im Falle von einer Betrauung mit DAWI und gleichzeitiger Ausübung sonstiger eigenwirtschaftlicher Tätigkeiten Kosten und Einnahmen separat ausgewiesen werden. Gemeinkosten sind objektiv zu schlüsseln.⁵⁰³ Bei Verstoß gegen diesen Grundsatz kann die eigentlich

⁵⁰⁰ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 8, eurlex.europa.eu.

⁵⁰¹ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 7, eurlex.europa.eu.

⁵⁰² KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 9, eurlex.europa.eu.

⁵⁰³ Um den Entwicklungen des europäischen Beihilferechts hinreichend Rechnung zu tragen, wurde vom IDW am 07.09.2011 der Prüfungsstandard (PS) 700 Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV veröffentlicht.

zulässige DAWI-Ausgleichszahlung nicht rechtssicher zugeordnet werden und wird nach Maßgabe des EuGH als beihilfenrechtswidrig erachtet.⁵⁰⁴

3. Unionsrahmen DAWI

Durch die Europäische Kommission wurden die grundsätzlichen Anforderungen an eine Genehmigungsfähigkeit von DAWI in dem Unionsrahmen betreffend Ausgleichsleistungen für DAWI (kurz: DAWI-Rahmen) festgelegt.⁵⁰⁵ Der Unionsrahmen regelt Fälle von DAWI-Ausgleichsleistungen, die eine staatliche Beihilfe darstellen und nicht vom DAWI-Freistellungsbeschluss erfasst werden, sondern bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden müssen. Der Unionsrahmen konkretisiert daher die Grundvorschrift des Art. 106 II AEUV. Die Voraussetzungen bezüglich der Vereinbarkeit sind größtenteils deckungsgleich mit den Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses.

Nach Maßgabe des DAWI-Rahmens sind ein bzw. mehrere Betrauungsakte für die Übertragung der Dienstleistung notwendig. Die Form kann dabei von den einzelnen Mitgliedstaaten festgelegt werden.⁵⁰⁶ Weiterhin sind zwingend Gegenstand und Dauer der [gemeinwirtschaftlichen] Verpflichtung zur Dienstleistungserbringung, das Unternehmen und das betreffende Gebiet, die Art etwaiger dem Unternehmen gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte, eine Beschreibung des Ausgleichsmechanismus sowie Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation

⁵⁰⁴ EuGH v. 07.05.2009 - Rs. C-504/07 Antrop and Others, curia.europa.eu.

⁵⁰⁵ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, eur-lex.europa.eu.

⁵⁰⁶ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 15, eur-lex.europa.eu.

anzugeben.⁵⁰⁷ Der Betrauungszeitraum sollte durch Verweis auf die vorliegenden objektiven Kriterien begründet sein und darf grundsätzlich den Zeitraum nicht überschreiten, welcher für die Abschreibung der für die DAWI-Erbringung wichtigsten Vermögenswerte erforderlich ist.⁵⁰⁸ Die Bestimmungen der Transparenzrichtlinie (2006/111/EG) sollten durch den DAWI-Freistellungsbeschluss unberührt bleiben.⁵⁰⁹

Weiterhin ist nach Maßgabe des DAWI-Rahmens eine Beihilfe nur mit dem Binnenmarkt vereinbar, falls die zuständige Behörde bei der Betrauung des Unternehmens die geltenden Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen befolgt hat oder alternativ sich verpflichtet hat, diese zu befolgen.⁵¹⁰ Bei der Betrauung mehrerer Unternehmen mit ein und derselben DAWI soll bei der Berechnung der Ausgleichsleistung für jedes dieser Unternehmen die gleiche Methode Anwendung finden.⁵¹¹ Dabei darf die Höhe der Ausgleichsleistung nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Nettokosten für die Erfüllung der Verpflichtung zur Erbringung der DAWI einschließlich eines angemessenen Gewinns zu decken.⁵¹²

Die bereits im Freistellungsbeschluss erwähnten möglichen zwei Berechnungsmethoden gelten ebenso im Anwendungsbereich des DAWI-Rahmens. Die Europäische Kommission präferiert es allerdings, wenn die Kosten als Differenz der Kosten des Dienstleistungserbringers ohne die Erbringung der DAWI und der Kosten mit Erbringung der DAWI berechnet

⁵⁰⁷ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, Art. 4, eur-lex.europa.eu.

⁵⁰⁸ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 17, eur-lex.europa.eu.

⁵⁰⁹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 18, eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁰ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 19, eur-lex.europa.eu.

⁵¹¹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 20, eur-lex.europa.eu.

⁵¹² KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, Rn. 21, eur-lex.europa.eu.

wird (Net-avoided-cost Methode).⁵¹³ Im Gegensatz dazu kann aber auch die Kostenallokationsmethode gewählt werden, nach der die Kosten aufgrund der DAWI, den durch die DAWI erzielten Einnahmen gegenübergestellt werden.⁵¹⁴

Weiterhin legt der Unionsrahmen fest, dass Mitgliedsstaaten beim Ausgleichsmodell Anreize setzen müssen, damit in effizienter Weise hochwertige DAWI erbracht werden, wenn sie nicht begründen können, dass die Setzung derartiger Anreize nicht möglich oder angemessen ist.⁵¹⁵ Entspricht die Ausgestaltung der DAWI den Anforderungen des DAWI-Rahmens, geht die Europäische Kommission i.d.R davon aus, dass die Beihilfe den Wettbewerb nicht in einer Weise verfälscht, die den Interessen der Union zuwiderläuft und damit genehmigungspflichtig sind.⁵¹⁶ Zusätzlich dazu normiert der DAWI-Rahmen die Veröffentlichungspflichten für die Mitgliedsstaaten.⁵¹⁷

4. DAWI – Mitteilung

Die DAWI-Mitteilung enthält Hinweise der Kommission auf den Anwendungsbereich der DAWI-Regelungen und definiert relevante Begriffe. So enthält die DAWI Mitteilung u.a allgemeine Hinweise zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Anlehnung an die Rechtsprechung der europäischen Gerichte⁵¹⁸, Ausführungen zur Ausübung öffentlicher

⁵¹³ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 24, eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁴ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 28, eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁵ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 39 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁶ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 51, eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁷ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 60 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵¹⁸ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 9 ff., eur-lex.europa.eu.

Befugnisse⁵¹⁹, zur sozialen Sicherheit⁵²⁰, zur Gesundheitsfürsorge⁵²¹, sowie zum Bildungswesen.⁵²² Ebenfalls enthält die DAWI-Mitteilung spezifische Ausführungen zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten in vier Bereichen.⁵²³ Auf eine detaillierte Darstellung der DAWI-Mitteilung wird an dieser Stelle verzichtet, und auf die entsprechenden Publikationen zur DAWI-Mitteilung durch die Europäische Kommission verwiesen.⁵²⁴

5. DAWI-De-Minimis-Verordnung

Die DAWI-De-Minimis-Verordnung regelt die Voraussetzungen, unter denen Zuwendungen für die DAWI-Leistungserbringer aufgrund der geringen Höhe nicht als staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 I AEUV eingestuft werden. Es liegen somit Schwellenwerte für Beihilfen zugunsten von DAWI-Erbringern vor, bei deren Unterschreitung keine Relevanz für den europäischen Binnenmarkt vorliegt. Die DAWI-De-Minimis-Verordnung ähnelt der anfangs erwähnten (allgemeinen) De-Minimis-Verordnung weist aber höhere Schwellenwerte auf. Beispielsweise dürfen DAWI-Ausgleichsleistungen⁵²⁵ 500.000 Euro in drei Steuerjahren nicht übersteigen, im Vergleich zu Allgemeinen De-Minimis-Beihilfen⁵²⁶ von 200.000 €. Das begünstigte Unternehmen muss schriftlich mit der Erbringung der DAWI, für die die konkrete Beihilfe bestimmt ist, betraut werden.

⁵¹⁹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 16 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵²⁰ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 17 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵²¹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 21 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵²² KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 26 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵²³ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, Rn. 16 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵²⁴ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2012 C 8, eur-lex.europa.eu.

⁵²⁵ KOM v. 26.04.2012 - ABl. 2012 L 114, Rn. 4, eur-lex.europa.eu.

⁵²⁶ KOM v. 18.12.2013 - ABl. 2013 L 352, Rn. 3, eur-lex.europa.eu.

Die Schaffung einer eigenen De-Minimis-Verordnung für DAWI war dem Bestreben geschuldet, noch über die Vereinfachungen des DAWI-Beschlusses hinauszugehen. Die Kommission beabsichtigte eine Freistellungsgrundlage zu schaffen, ohne das Erfordernis des Verbot von Überkompensation gem. Art. 106 II AEUV beachten zu müssen. Dieses begründete die Wahl der Rechtsgrundlage i. e. Art. II der sog. Ermächtigungsverordnung Nr. 994/98.⁵²⁷

Im ursprünglichen Entwurf waren als Voraussetzungen, i. e. die Größe der Gebietskörperschaft, welche die Betrauung mit der DAWI vornahm, zweitens die Größe des Erbringers der DAWI sowie der maximale Ausgleichsbetrag vorgesehen. In die Endfassung fand schlussendlich nur die letzte Voraussetzung Einzug. Als Grund hierfür sind die stark unterschiedlichen Durchschnittsgrößen der Gebietskörperschaften innerhalb der einzelnen Mitgliedsstaaten zu sehen.⁵²⁸ Aufgrund dessen sei im Falle einer Anwendung der ersten Voraussetzung eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung die Folge gewesen. Grund für die Streichung der zweiten Voraussetzung war die Überlegung, dass für den Grund der Wettbewerbsverzerrung nicht auf die Größe des DAWI-Erbringers, sondern auf die Größe der DAWI ankomme. Im Ergebnis wurde dann nur die dritte Voraussetzung weiter verfolgt. Der Schwellenwert wurde dabei von den anfangs von der Kommission vorgeschlagenen 150.000€ auf die bereits erwähnte 500.000€ innerhalb eines Dreijahreszeitraums angehoben. Auch im Rahmen der DAWI-De-Minimis-Verordnung ist ein Betrauungsakt notwendig, dieser muss allerdings nicht alle Einzelheiten enthalten, wie in Art. 4 des DAWI-Beschlusses

⁵²⁷ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, Kap G. Rn 1.

⁵²⁸ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, Kap. G Rn. 1–2.

vorgeschrieben ist. Weiterhin erfolgt im Rahmen der De-Minimis-Verordnung keine Überkompensationskontrolle.

Bartosch weist auf eine Parallelität zu der De-Minimis-Verordnung hin. Allerdings sei seiner Ansicht nach zu beachten, dass die DAWI-De-Minimis-Verordnung zeitlich vor der (allgemeinen) De-Minimis angenommen wurde.⁵²⁹ Wie schon bei der DAWI-Mitteilung wird auch bei der DAWI-De-Minimis-Verordnung auf eine detaillierte Darstellung an dieser Stelle verzichtet, und auf die entsprechenden Publikationen der Europäischen Kommission verwiesen.⁵³⁰

6. Altmark-Trans-Urteil vs. Freistellungsbeschluss

Die Entscheidung Altmark-Trans⁵³¹ und der DAWI-Freistellungsbeschluss⁵³² unterscheiden sich ausschließlich im letzten Kriterium, dem Effizienzgebot, welches im Freistellungsbeschluss keine Erwähnung findet. Im Rahmen der Altmark-Trans-Entscheidung beabsichtigt der EuGH durch dieses Kriterium zu verhindern, dass Ineffizienzen durch staatliche Mittel subventioniert werden [*geringste Kosten für die Allgemeinheit*].⁵³³

Durch Anwendung eines öffentlichen Vergabeverfahrens soll sichergestellt werden, dass der Anbieter mit den günstigsten Konditionen bzw. der besten Kostenstruktur ausgewählt wird.⁵³⁴

Wird keine Ausschreibung durchgeführt, kann der Ausgleich nicht über die Ausgleichsleistung eines fiktiven effizienten Auftragsnehmers hinausgehen.

⁵²⁹ Bartosch, EU-BeihilfenR, Rn. 1-2,.

⁵³⁰ KOM v. 26.04.2012 - ABl. 2012 L 114, eur-lex.europa.eu.

⁵³¹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, curia.europa.eu.

⁵³² KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, eur-lex.europa.eu.

⁵³³ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 93, curia.europa.eu.

⁵³⁴ C. Koenig, BB 2003, 2185 (2188).

Der EuGH führt hierzu den Begriff eines „durchschnittlich, gut geführten Unternehmens“ an.⁵³⁵ Eine allgemein anerkannte Definition hierzu ist nicht vorhanden, daher verweist die Kommission darauf, dass sich die jeweiligen Mitgliedsstaaten auf objektive Kriterien stützen und einen Referenzwert zugrunde legen sollen, solange sich dies begründen lässt. Wenn diese, aus einer zuverlässigen Quellen stammen, auf soliden Zahlen beruhen und den marktüblichen Kosten entsprechen, kann er als Wert für die „Kosten eines durchschnittlich, gut geführten, angemessen ausgestatten Unternehmens“ [...] herangezogen werden.⁵³⁶ Hierbei müssen Branchenzugehörigkeit bzw. Wirtschaftszweig ebenso wie Gesellschaftsform und Finanzierungsart berücksichtigt werden. Aus diesen Erfordernissen ergibt sich, dass die Anwendung der Altmark-Trans-Entscheidung im Vergleich zum DAWI-Freistellungsbeschluss mehr Aufwand veranschlagt.⁵³⁷

7. Abschnittsfazit

DAWI-Pakete und Altmark-Trans-Kriterien weisen an vielen Stellen inhaltliche Überschneidungen auf, so greift beispielsweise der DAWI-Freistellungsbeschluss drei der Altmark-Trans-Kriterien auf. Dennoch setzen Altmark-Trans und DAWI-Paket⁵³⁸ an unterschiedlichen Ebenen an. Werden die Altmark-Trans-Kriterien erfüllt, so ist eine Zuwendung nicht als Beihilfe gem. Art. 107 I AEUV anzusehen (Tatbestandsebene). Das DAWI-Paket hingegen tangiert die Rechtfertigungsebene, d.h. unter welchen

⁵³⁵ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 95 ff., curia.europa.eu.

⁵³⁶ KOM v. 29.04.2013 - Leitfaden DAWI / SDI SWD(2013) 53 endg., S. 56, eur-lex.europa.eu.

⁵³⁷ *Bauer*, EuZW 2006, 7 (9); *Frenz*, EuropaR, Rn. 480; *C. Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 (124); *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (300).

Voraussetzungen sind, tatbestandliche Beihilfen als gerechtfertigt anzusehen, und damit nicht notifizierungspflichtig.

Die genannten Bedingungen stellen zulässige Ausformungen der Bedingungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV dar. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen dem DAWI-Freistellungsbeschluss, dem DAWI-Rahmen und dem Altmark-Trans-Urteil ist die Frage der Kostenbegrenzung. Entsprechend des vierten Altmark-Trans-Kriteriums sind die Kosten des Leistungserbringers auf die Kosten begrenzt, welche einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen für die Erbringung der Leistung entstehen würden, wenn die Auswahl des Leistungserbringers nicht in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren erfolgt ist, das die Auswahl des Bewerbers mit dem geringsten Ausgleichsbedarf ermöglicht.⁵³⁹ DAWI-Rahmen und DAWI-Freistellungsbeschluss ermöglichen einen Ausgleich der tatsächlichen Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns, ohne dass eine Überprüfung der Effizienz des Leistungserbringers geprüft werden muss.⁵⁴⁰

⁵³⁹ EuGH v. 24.07.2003 - Rs. C-280/00 Altmark Trans, Rn. 93, curia.europa.eu.

⁵⁴⁰ *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976 (981).

E. Quantitative Analyse der DAWI

I. Detaillierte Einzelbetrachtung

Im folgenden Kapitel findet eine quantitative Betrachtung der DAWI innerhalb der Europäischen Union statt.

Zunächst erfolgt eine Zeitreihenbetrachtung der DAWI im Detail für Frankreich und Deutschland. Die Wahl fiel auf Deutschland und Frankreich, da diese zu den Volkswirtschaften mit dem höchsten Anteil an der Gesamtwirtschaftsleistung der Europäischen Union gehören und sich in Bezug auf Staatsstruktur stark unterscheiden. Die französische Staatsstruktur gilt allgemein hin als zentralistisch⁵⁴¹, während Bundesrepublik stark föderal gegliedert ist⁵⁴². Weiterhin sind diese beiden Mitgliedsstaaten wesentliche Treiber des europäischen Integrationsprozesses.

Es werden die DAWI im Zeitablauf von 2012 bis 2019 betrachtet und als Absolutbetrag sowie in Relation zum erwirtschafteten BIP als Quote angegeben. Weiterhin wird die Veränderung der Quote gegenüber dem Vorjahreswert in Prozent angegeben. Die Relationsgröße BIP wurde gewählt, da diese eine objektive Kenngröße zur Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstellt.

Alternativ wäre auch der Staatshaushalt denkbar, dieser unterliegt aber einer starken Einflussnahme der einzelnen Nationalregierung, etwa durch Fiskalpolitik. Ebenfalls möglich wäre es auch die Einwohnerzahl als Referenzgröße heranzuziehen, allerdings wäre hier die Aussagekraft im Vergleich zum BIP geringer. Hier könnte allerdings ein Ansatz für weitere

⁵⁴¹ *Ammon/Hartmaier*, in: Ammon, Zentralismus u. Föderalismus, S. 11–26.

⁵⁴² *Baier*, Europäische Integ., S. 24.

Untersuchungen gesehen werden. Die Daten für das BIP wurden dabei von der Weltbank⁵⁴³ abgerufen. Die Daten für die DAWI sind den Berichten⁵⁴⁴ der jeweiligen Mitgliedsstaaten entnommen und entsprechend aggregiert worden, welche bei der EU im Rahmen des Monitorings eingereicht werden müssen.⁵⁴⁵ Die Berichte umfassen DAWI-Beihilfen welche nach DAWI-Beschluss und DAWI-Rahmen tatbestandlich als Beihilfe gelten. Beihilfen welche die Voraussetzungen nach Altmark-Trans erfüllen sind daher nicht angegeben, da diese per Definition keine Beihilfe darstellen. Es kann daher angenommen werden, dass die tatsächlichen DAWI höher ausfallen.⁵⁴⁶ Die Angabe BIP erfolgt dabei nominal d.h nicht preisbereinigt, da die Angaben zu den DAWI von den Mitgliedsstaaten ebenfalls nominal angegeben wurden. Auf diese Weise kann einer Verzerrung der Zeitreihe entgegengewirkt werden.

1. Frankreich

Jahr	2012	2013	2014	2015
DAWI/Mio €	81.972,93 €	83.595,25 €	87.402,56 €	89.235,06 €
BIP/Mio €	2.088.804,00 €	2.117.189,00 €	2.149.765,00 €	2.198.432,00 €
Quote	3,924 %	3,948 %	4,066 %	4,059 %
Veränderung		0,612 %	2,970 %	-0,164 %

Tabelle 1 - DAWI FR 2012-2015

⁵⁴³ The World Bank - GDP (current US\$),

<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> zugegriffen am 17.12.2021.

⁵⁴⁴ KOM - Member States reports on the application of the SGEI decision,

https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/legislation/sgei_en zugegriffen am 17.12.2021.

⁵⁴⁵ Eine tabellarische Übersicht der Rohdaten zu DAWI ist auch auf Anfrage bei der EU-Kommission nicht verfügbar.

⁵⁴⁶ SGEI Decision + SGEI Framework

Jahr	2016	2017	2018	2019
DAWI /Mio €	92.482,00 €	93.553,00 €	90.263,26 €	93.391,46 €
BIP /Mio €	2.234.129,00 €	2.297.242,00 €	2.360.687,00 €	2.425.708,00 €
Quote	4,140 %	4,072 %	3,824 %	3,850 %
Veränderung	1,983 %	-1,621 %	-6,110 %	0,692 %

Tabelle 2 - DAWI FR 2016 – 2019

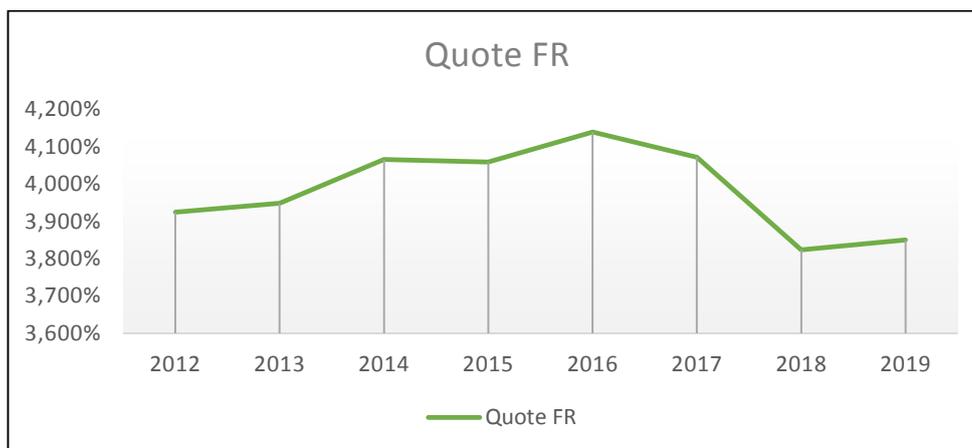


Abbildung 3 - DAWI Quote FR 2012 - 2019

Bei der Betrachtung der Zeitreihe fällt auf, dass die Summe an DAWI in Frankreich ebenso wie das BIP über den betrachteten Zeitraum in einem fast identischen Verhältnis bis 2017 kontinuierlich anwächst. Ab 2017 ist ein leichter Rückgang zu verzeichnen.

In 2019 liegt der Anteil bei 3,85 %. Der Anteil der DAWI am BIP pendelt dabei stets im Bereich von 4 %. Ein Grund hierfür könnte sein, dass Frankreich stets bestrebt, ist einen festen Anteil seiner Wirtschaftsleistung (mit dem Umweg über erhobene Steuern und Abgaben) an die Bevölkerung des Landes als DAWI zurückfließen zu lassen.

2. Deutschland

Jahr	2012	2013	2014	2015
DAWI/Mio €	1.565,66 €	2.003,20 €	3.124,27 €	3.030,14 €
BIP/ Mio €	2.745.310,00 €	2.811.350,00 €	2.927.430,00 €	3.030.070,00 €
Quote	0,057 %	0,071 %	0,107 %	0,100 %
Veränderung		24,940 %	49,780 %	-6,298 %

Tabelle 3 - DAWI DE 2012 – 2015

Jahr	2016	2017	2018	2019
DAWI /Mio €	3.874,01 €	4.119,29 €	3.898,22 €	4.247,94 €
BIP/ Mio €	3.134.100,00 €	3.244.990,00 €	3.344.370,00 €	3.435.210,00 €
Quote	0,124 %	0,127 %	0,117 %	0,124 %
Veränderung	23,606 %	2,698 %	-8,179 %	6,090 %

Tabelle 4 - DAWI DE 2016 - 2019

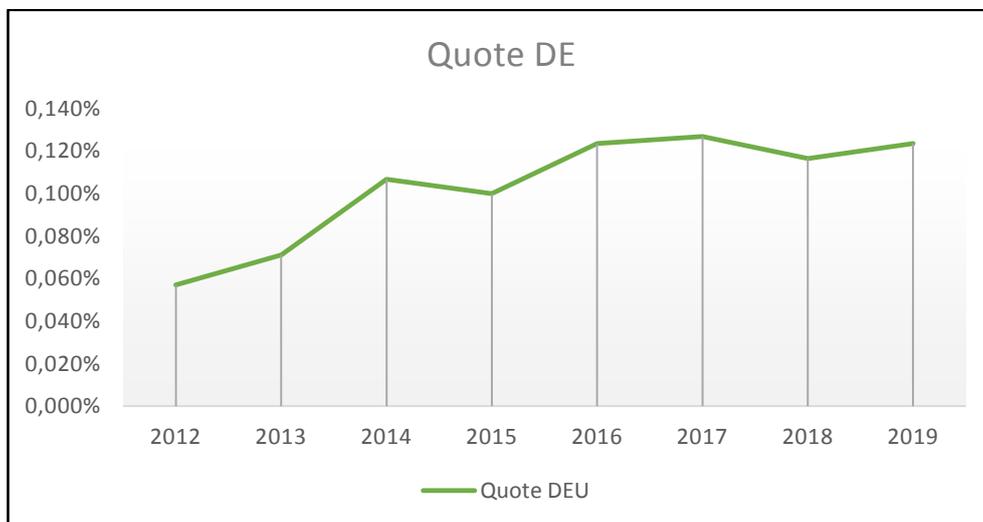


Abbildung 4 - DAWI Quote DEU 2012 - 2019

Bei der Betrachtung der Zeitreihe fällt auf, dass die Summe an DAWI in Deutschland ebenso wie das BIP über den betrachteten Zeitraum, mit Ausnahme von 2015 und 2018, anwächst. Allerdings steigt der Anteil der DAWI im Gegensatz zu Frankreich überproportional. Der Anteil der DAWI

am BIP betrug in 2012 0,057 % und wuchs in 2019 auf 0,124 % an. Das größte Wachstum von nahezu 50 % wurde im Jahr 2014 verzeichnet. Die DAWI zeigen sich somit dynamischer, aber in Relation zum BIP geringer als in Frankreich. Als Grund für die unterschiedliche Dynamik könnte die föderale Struktur der Bundesrepublik sein, in der auch durch die Bundesländer eine Beihilfenpolitik unabhängig von der Bundesregierung betrieben werden kann.

Im tendenziell zentralistischer regierten Frankreich, ist der politische Einfluss der einzelnen Départements, auch in Bezug auf DAWI, weniger ausgeprägt. Ein Grund für den geringeren Anteil an BIP könnte ein divergierendes Verständnis davon sein, was als DAWI anzusehen ist. Denkbar ist auch, dass Deutschland Dienstleistungen, die in Frankreich als im Allgemeininteresse angesehen werden, dort dem freien Markt überlassen werden.

II. Gesamtüberblick EU

Nach der Betrachtung der Länder Deutschland und Frankreich im Detail, folgt nun eine Gesamtbetrachtung der DAWI für die gesamte Europäische Union im Jahr 2019⁵⁴⁷ unterteilt nach einzelnen Mitgliedsstaaten. Für die weitergehende statistische Untersuchung wurde die Software SPSS⁵⁴⁸ von IBM in der Version 26 verwendet.

In der ersten Spalte ist der Name des jeweiligen Mitgliedstaates aufgeführt. In der zweiten Spalte sind die geleisteten DAWI-Zahlungen in € angegeben. Sollte ein Mitgliedsstaat nicht dem Währungsverbund angehören, wurden

⁵⁴⁷ Letzter Stand der Daten 2019. Zum Abschluss der Dissertation keine aktuelleren Daten verfügbar.

⁵⁴⁸ Im Detail siehe: <https://www.ibm.com/de-de/analytics/spss-statistics-software>

diese mit dem im Bericht angegebenen Wechselkurs entsprechend angepasst. Die Angaben sind wie beim vorherigen Unterabschnitt den eingereichten DAWI Berichten⁵⁴⁹ bei der EU sowie der Weltbank⁵⁵⁰ entnommen. Spalte 3 enthält das Bruttoinlandsprodukt des jeweiligen Landes nicht preisbereinigt in €. Im Fall der Unionsmitglieder, welche nicht im Währungsverbund sind, wurden die Angaben zum BIP mit dem gemittelten WK des Referenzjahres 2019 angepasst.

Spalte 4 enthält den Economic Freedom Index⁵⁵¹ für das jeweilige Land im Referenzjahr 2019. Dieser Index ermittelt jährlich anhand verschiedener Kriterien die wirtschaftliche Freiheit der betrachteten Volkswirtschaft. Als Kriterien finden die Rechtsstaatlichkeit, die Rolle des Staates in der Wirtschaft, die Effizienz der staatlichen Regulierung sowie die Offenheit der Märkte eine Berücksichtigung. Spalte 5 gibt das Verhältnis von DAWI zu BIP an und ist bereits aus dem vorherigen Abschnitt bekannt. Die Daten von Malta sind aus 2018 entnommen, da für 2019 keine verwertbaren Informationen vorhanden waren. Die Angaben bezüglich Zypern beziehen sich ausschließlich auf den griechischen Teil der Republik Zypern. Der türkisch annektierte Teil ist nicht erfasst.

Wie bereits bei der vorherigen Betrachtung finden nur DAWI-Beihilfen nach DAWI-Entscheidung sowie DAWI-Rahmen Betrachtung. (SGEI Decision + Framework).

⁵⁴⁹ KOM - Member States reports on the application of the SGEI decision, https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/legislation/sgei_en zugegriffen am 17.12.2021.

⁵⁵⁰ The World Bank - GDP (current US\$), <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> zugegriffen am 17.12.2021.

⁵⁵¹ Siehe im Detail: <https://www.heritage.org/index/>

Mitgliedsstaat	notifizierte DAWI 2019 /Mio €	BIP 2019 /Mio €	Economic Freedom 2019	DAWI/BIP
Belgien	10.827,18 €	476.203,30 €	67,3	2,274 %
Bulgarien	58,58 €	61.239,52 €	69	0,096 %
Dänemark	138,85 €	312.748,74 €	76,7	0,044 %
Deutschland	4.247,94 €	3.449.050,00 €	73,5	0,123 %
Estland	59,13 €	28.112,39 €	76,6	0,210 %
Finnland	129,52 €	240.556,00 €	74,9	0,054 %
Frankreich	93.391,46 €	2.425.708,00 €	63,8	3,850 %
Griechenland	781,20 €	187.456,49 €	57,7	0,417 %
Irland	752,30 €	347.215,33 €	80,5	0,217 %
Italien	89,81 €	1.789.747,00 €	62,2	0,005 %
Kroatien	42,53 €	54.238,16 €	61,4	0,078 %
Lettland	994,63 €	30.463,32 €	70,4	3,265 %
Litauen	1.065,40 €	48.797,37 €	74,2	2,183 %
Luxemburg	755,90 €	63.516,34 €	75,9	1,190 %
Malta	4,72 €	13.390,05 €	68,6	0,035 %
Niederlande	1.769,72 €	810.247,00 €	76,8	0,218 %
Österreich	367,13 €	397.575,28 €	72	0,092 %
Polen	82,27 €	532.326,85 €	67,8	0,015 %
Portugal	50,52 €	213.301,05 €	65,3	0,024 %
Rumänien	232,60 €	223.335,24 €	68,6	0,104 %
Schweden	726,84 €	474.194,60 €	75,2	0,153 %
Slowakei	330,49 €	93.865,18 €	65	0,352 %
Slowenien	6,20 €	48.392,55 €	65,5	0,013 %

Spanien	1.733,35 €	1.244.772,00 €	65,7	0,139 %
Tschechische Republik	1.097,52 €	223.941,06 €	73,7	0,490 %
Ungarn	146,00 €	146.063,29 €	65	0,100 %
Vereinigtes Königreich	43,51 €	2.525.090,26 €	78,9	0,002 %
Zypern	3,57 €	22.286,88 €	68,1	0,016 %

Tabelle 5 - DAWI/BIP/EFI EU 2019

Bei der Betrachtung fällt auf, dass Belgien, Frankreich, Lettland, Litauen und Luxemburg den höchsten Anteil DAWI/BIP aufweisen. Alle übrigen erfassten Mitgliedsstaaten zeigen einen Anteil DAWI/BIP in der Spannweite von 0,01 % – 0,99 %. Die Länder mit dem höchsten EFI sind traditionell die angelsächsischen Länder Irland (80,5) sowie das Vereinigte Königreich (78,9) gefolgt von den Niederlanden (76,8) und Dänemark (76,7). Griechenland (57,7), Kroatien (61,4), Italien (62,2) sowie Frankreich (63,8) zeigen ein tendenziell stärker reguliertes Wirtschaftssystem mit einem ausgeprägteren Einfluss des Staates.

III. Einheitliche DAWI Quote

Der EU könnte vorgeschlagen werden einen einheitlichen DAWI-Anteil am BIP für jeden Mitgliedsstaat als Richtwert vorzugeben. Eine einheitliche DAWI-Quote für alle Mitgliedsstaaten der Union könnte den europäischen Integrationsprozess bzw. Harmonisierungsprozess als Solches positiv beeinflussen. In Art. 3 des Vertrages von Lissabon⁵⁵² werden die verschiedenen Ziele der EU definiert. Die Zielerreichung wird in einigen Punkten zumindest anteilig auch durch den Grad an Verfügbarkeit von DAWI bedingt. Die könnte vor allem auf folgende Ziele zutreffen:

- Förderung des [...] Wohlergehens
- Eindämmung sozialer Ungerechtigkeit [...]
- Förderung sozialer Gerechtigkeit und sozialem Schutz [...]

Weiterhin ist auch stets die Harmonisierung [von Rechtsvorschriften] innerhalb der EU ein angestrebtes Ziel. Beispielsweise zeigt sich dieses in Gestalt des Harmonisierungsauftrages bzw. der Rechtfertigungskompetenz für die indirekten Steuern gem. Art. 113 AEUV. Dieses hat bereits in Form eines einheitlichen Mindeststeuersatzes für Unternehmen innerhalb des Unionsgebiets konkret Einzug gehalten.⁵⁵³

Eine höhere DAWI-Quote bedingt dabei für die Bevölkerung des jeweiligen Mitgliedsstaats ceteris paribus eine höhere Verfügbarkeit an DAWI, da wie bereits eingangs erwähnt, der freie Markt die DAWI i.d.R nicht oder nicht in

⁵⁵² KOM v. 30.03.2012 - ABl. 2012 C 83, eur-lex.europa.eu.

⁵⁵³ KOM - Globale Einigung über die Besteuerung von Unternehmen: Häufig gestellte Fragen, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_21_3564 vom 10.07.2021 zugegriffen am 28.3.2022.

gewünschtem Umfang erbringt.⁵⁵⁴ Durch eine einheitlich vorgeschriebene DAWI-Quote könnte eine gleiche o. zumindest näherungsweise vergleichbare Bereitstellung von DAWI in jedem Mitgliedsstaat sichergestellt werden und damit eine vergleichbare Daseinsvorsorge.⁵⁵⁵

Eine potenzielle DAWI-Quote am BIP bzw. BNE^{556 557} festzulegen wäre in jedem Fall der Vorzug zu geben, da sich diese Bezugsgröße nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit richtet. Dieses wurde beispielsweise im BNE Eigenmittelbeschluss 88/376/EWG⁵⁵⁸ vollzogen, welcher einen festgelegten einheitlichen Abgabensatz auf das BNE des jeweiligen Mitgliedsstaates an den EU-Haushalt vorsieht. Eine ggf. entstehende Wettbewerbsverzerrung durch staatliche Zuwendungen wurde meiner Meinung nach bereits hinreichend durch die bestehenden EU – Beihilfenvorschriften sowie die damit einhergehenden Genehmigungsprozesse minimiert und soll daher nicht ein potenzieller Benefit einer einheitlichen DAWI-Quote sein.

⁵⁵⁴ Annahme: zielgerichteter und effizienter Einsatz der Mittel gewährleistet

⁵⁵⁵ Das unterschiedliche einzelstaatliche Verständnis von DAWI muss hinreichen berücksichtigt werden.

⁵⁵⁶ Das BNE umfasst alle wirtschaftlichen Leistungen von Inländern in einem definierten Zeitraum. Inländern, die im Ausland arbeiten und allen Inländern, die im Inland arbeiten.

⁵⁵⁷ *Frenkel/John*, VWL-GesamtR, S. 42 ff.

⁵⁵⁸ RAT v. 24.06.1988 - ABl. 1988 L 185, eur-lex.europa.eu.

Für eine einheitliche Quote könnte der Durchschnitt aller 28 Beobachtungen des Merkmals DAWI-Quote gewählt werden. Problematisch beim Durchschnitt ist allerdings, dass dieser über keine Robustheit gegenüber Ausreißern bzw. Extremausreißern verfügt, deshalb wird der Anwendung des Medians der Vorzug gegeben. Der Median teilt die Verteilung in einem Verhältnis von jeweils 50 % auf. 50 % der Werte einer Verteilung sind entweder kleiner oder gleich dem Median, die anderen 50 % der Werte einer Verteilung entweder größer oder gleich dem Median.

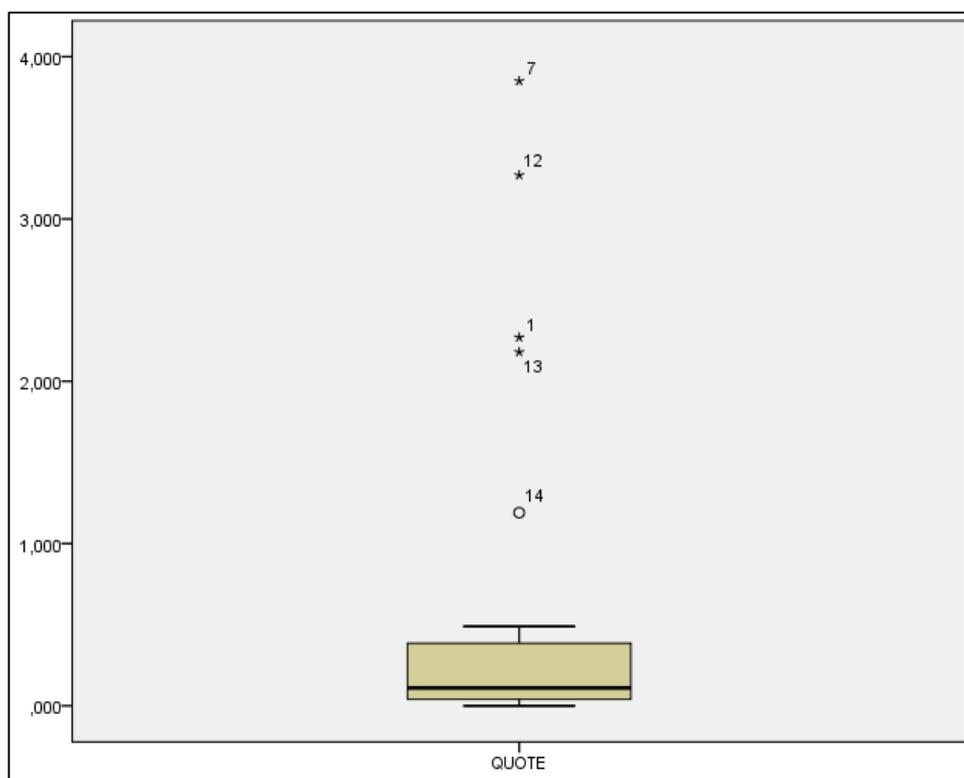


Abbildung 5 - Boxplot DAWI Quote

Verarbeitete Fälle						
	Fälle					
	Gültig		Fehlend		Gesamt	
	N	Prozent	N	Prozent	N	Prozent
QUOTE	28	100,0%	0	0,0%	28	100,0%

Abbildung 6 - Verarbeitete Fälle DAWI Quote

Deskriptive Statistik				
			Statistik	Standardfehler
QUOTE	Mittelwert		,56286	,195025
	95% Konfidenzintervall des Mittelwerts	Untergrenze	,16270	
		Obergrenze	,96301	
	5% getrimmtes Mittel		,42056	
	Median		,11000	
	Varianz		1,065	
	Standardabweichung		1,031974	
	Minimum		,000	
	Maximum		3,850	
	Spannweite		3,850	
	Interquartilbereich		,363	
	Schiefe		2,268	,441
	Kurtosis		4,268	,858

Abbildung 7 - Deskriptive Statistik DAWI Quote

Perzentile							
	Perzentile						
	5	10	25	50	75	90	95
Gewichtetes Mittel (Definition 1)	,004	,01000	,04000	,11000	,40250	2,37000	3,58900
Tukey-Angelpunkte	50		,04000	,11000	,38500		

Abbildung 8 - Perzentile DAWI Quote

Extremwerte				
			Fallnummer	Wert
QUOTE	Größte Werte	1	7	3,850
		2	12	3,270
		3	1	2,270
		4	13	2,180
		5	14	1,190
	Kleinste Werte	1	27	,000
		2	23	,010
		3	10	,010
		4	28	,020
		5	19	,020 ^a

a. Nur eine partielle Liste von Fällen mit dem Wert ,020 wird in der Tabelle der unteren Extremwerte angezeigt.

Abbildung 9 - Extremwerte DAWI Quote

Im SPSS-Boxplot-Output in Abbildung 7 lässt sich erkennen, dass die Beobachtungswerte 7, 12, 1, 13 und 14 von SPSS als Ausreißer bzw. Extremausreißer klassifiziert wurden. Ausreißer stellen Beobachtungen dar, welche scheinbar nicht zu den übrigen Beobachtungswerten passen. Es kann sich dabei um einen auffällig großen oder kleinen Beobachtungswert handeln. Als Ausreißer gilt jede Beobachtung, welche mehr als das 1,5-fache vom

Interquartilsabstand (hier Abbildung 7 0,363) entfernt ist.⁵⁵⁹ Als Extremausreißer gelten Beobachtungen welche mehr als das 3-fache vom Interquartilsabstand entfernt sind. Diese Werte wurden schon zuvor bei Betrachtung der Tabelle 5 als auffällige Beobachtungen klassifiziert. Im SPSS-Output lässt sich erkennen, dass der Median bei 0,11000 liegt. Dies entspräche einer DAWI-Quote von 0,11 %, welche die EU als Rahmenquote ihren Mitgliedern vorschlagen könnte. Allerdings wären möglicherweise viele Mitgliedsstaaten mit einer festen Quote nicht einverstanden und empfänden diese als zu starr. Es böte sich u. U. die Anwendung einer Bandbreite an, in der sich die DAWI im Verhältnis zum BIP bewegen müssten. Hierzu bietet sich eine Betrachtung des SPSS Outputs Perzentile in Abbildung 7 an. Die erste Zeile zeigt die jeweiligen Perzentile nach dem gewichteten Mittel. Die zweite Zeile ist für unsere Zielsetzung ohne Wertbeitrag und kann daher vernachlässigt werden. Perzentile unterteilen eine Verteilung in 100 Abschnitte. Relevant in Zeile 1 des Outputs ist vor allem das 25 % Perzentil sowie das 75 % Perzentil. Diese bildet gemeinsam mit dem Median die Quartile. Innerhalb eines Datensatzes sind grundsätzlich 4 Quartile gegeben, welche diesen in 4 gleich große Abschnitte unterteilen.⁵⁶⁰

- $Q_{0,25} = Q_1$ = erstes Quartil = unteres Quartil
- $Q_{0,5} = Q_2$ = zweites Quartil = Median (mittleres Quartil)
- $Q_{0,75} = Q_3$ = drittes Quartil = oberes Quartil
- $Q_{1,0}$ bzw. Q_0 decken die Gesamtheit ab und sind daher statistisch irrelevant

⁵⁵⁹ Müller-Benedict, Statistik, S. 99.

⁵⁶⁰ Henze, Stochastik, S. 30.

Die Differenz zwischen dem 75 % Quartil und dem 25 % Quartil bildet den Interquartilsabstand, welcher bereits bei der Bestimmung der Ausreißer zur Anwendung kam. 50 % der beobachteten Werte fallen in diesen Bereich.

In Bezug auf unsere Untersuchung gilt:

Quartil 25 % = 0,04000

Quartil 75 % = 0,40250

Daher würde sich eine DAWI-Quote im Bereich von 0,04 % bis 0,40250 % des BIP anbieten um die zu Anfang erwähnten Ziele bzw. Benefits zu erreichen. Der Effekt wäre sicherlich schwächer ausgeprägt als bei einer festen Quote aber dennoch zu begrüßen.

IV. Zusammenhang BIP/DAWI

1. Korrelation nach Bravais Pearson

Als Nächstes soll untersucht werden, ob die Variable BIP einen signifikanten Einfluss auf die geleisteten DAWI-Zahlungen haben. Es soll dabei die Annahme unterstellt werden, dass BIP und DAWI tendenziell positiv kovaariieren. Hierfür soll der Korrelationskoeffizient nach Bravais-Pearson bestimmt werden. Die Korrelation nach Bravais-Pearson⁵⁶¹ bestimmt den linearen Zusammenhang zweier intervallskalierter Variablen. Die zwei untersuchten Variablen weisen einen linearen Zusammenhang auf, wenn sie linear mit einander variieren. Diese lineare Kovariation kann verschiedene Ausprägungen aufweisen.⁵⁶²

⁵⁶¹ Galton, Royal Society 13 1888, 135 (135).

⁵⁶² Cleff, Statistik/Datenanalyse, S. 106.

1. Positive Korrelation: Eine Ausprägung der einen Variable geht mit Ausprägung der anderen Variable in dieselbe Richtung einher.
 2. Negative Korrelation: Eine Ausprägung der einen Variable geht mit Ausprägung der anderen Variable in entgegengesetzter Richtung einher.
- Denkbar sind auch nicht lineare Zusammenhänge, diese sind für die Untersuchung innerhalb dieser Dissertation aber nicht relevant.

Voraussetzungen für die Anwendung:

1. Die Variablen sind mindestens intervallskaliert

Die Variable BIP und DAWI sind hier unproblematisch und als intervallskaliert anzusehen.

Bei der Variable EFI kann eher von einer ordinal skalierten Variable ausgegangen werden.

2. Die Variablen sind normalverteilt

Die Berechnung des Korrelationskoeffizienten setzt das Vorliegen einer Normalverteilung voraus. Hierzu wird der Shapiro-Wilk-Test⁵⁶³ angewendet. Alternativ wäre auch die Anwendung des Kolmogorow-Smirnow-Tests⁵⁶⁴ möglich. Dieser bildet eine empirische Verteilungsfunktion, bei der die theoretische kumulative Verteilungsfunktion der Testverteilung der empirischen Verteilungsfunktion der Daten gegenübergestellt wird. Allerdings zeigt der Kolmogorow-Smirnow-Test eine hohe Empfindlichkeit gegenüber Extremwerten (Hier z.B Frankreich), und würde daher verzerrte Ergebnisse liefern. Weiterhin verfügt der Kolmogorow-Smirnow-Test über

⁵⁶³ Yazici/Yolacan, JSCS 77 2007, 175 (S. 175-183).

⁵⁶⁴ Sachs/Hedderich, Angewandte Statistik, S. 338,.

eine recht geringe Power und sollte speziell bei einem geringen Stichprobenumfang (hier 28) nicht verwendet werden.⁵⁶⁵

Test auf Normalverteilung

Der Shapiro-Wilk-Test⁵⁶⁶ prüft metrische Daten auf Normalverteilung. Er zeigt schon bei sehr kleinen Stichproben (hier = 28) eine verhältnismäßig hohe Trennschärfe.⁵⁶⁷ Falls das ermittelte Testergebnis nicht gegen eine Normalverteilungsannahme spricht, kann der o.g Test angewendet werden.

Der Shapiro-Wilk-Test basiert auf der Korrelation zwischen den Daten und den entsprechenden Normalwerten und gilt als einer der besten Normalverteilungstests.⁵⁶⁸ Normalverteilungstests zeigen allerdings in Bezug auf kleine Stichprobengrößen eine geringe statistische Power, die Nullhypothese abzulehnen.⁵⁶⁹

Konstruktion der Teststatistik und Testentscheidung

Als Teststatistik findet der Quotient von zwei Schätzungen der Varianz Anwendung.

1. Testspezifisch berechnete Varianz, welche unter der Annahme der Normalverteilung zu erwarten wäre
2. Die eigentliche Stichprobenvarianz

Sollten sich beide Schätzwerte ähneln und so einen Quotienten von ca. 1 aufweisen, kann eine Normalverteilung angenommen werden.

⁵⁶⁵ *Razali/Wah*, JoSMA 2011, 21 (21 ff.).

⁵⁶⁶ *Yazici/Yolacan*, JSCS 77 2007, 175 (175).

⁵⁶⁷ *Janssen/Laatz*, Datenanalyse SPSS, S. 243 ff.

⁵⁶⁸ *Razali/Wah*, JoSMA 2011, 21 (21 ff.).

⁵⁶⁹ *Le Boedec*, Vet Clin Pathol 45 2016, 648 (648 ff.).

Die Nullhypothese H_0 nimmt an, dass eine Normalverteilung der Grundgesamtheit vorliegt. Die Alternativhypothese H_1 unterstellt, dass keine Normalverteilung der Grundgesamtheit gegeben ist. Die Nullhypothese wird verworfen, wenn die Prüfgröße $<$ testspezifischer kritischer Wert. Dieser ist von der Form der Schätzfunktion und damit vom Stichprobenumfang abhängig sowie von der Irrtumswahrscheinlichkeit α .⁵⁷⁰

H_0 : Stichprobe ist normalverteilt.

H_1 : Stichprobe ist nicht normalverteilt.

Die Testentscheidung über Normalverteilung anhand des SPSS-Outputs

Verarbeitete Fälle						
	Fälle					
	Gültig		Fehlend		Gesamt	
	N	Prozent	N	Prozent	N	Prozent
DAWI	28	100,0%	0	0,0%	28	100,0%

Abbildung 10 - Verarbeitete Fälle BIP/DAWI

Tests auf Normalverteilung						
	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Statistik	df	Signifikanz	Statistik	df	Signifikanz
DAWI	,450	28	,000	,247	28	,000

a. Signifikanzkorrektur nach Lilliefors

Abbildung 11 - Test Normalverteilung BIP/DAWI

⁵⁷⁰ Holling/Gediga, Stat. Tests, S. 121 ff.

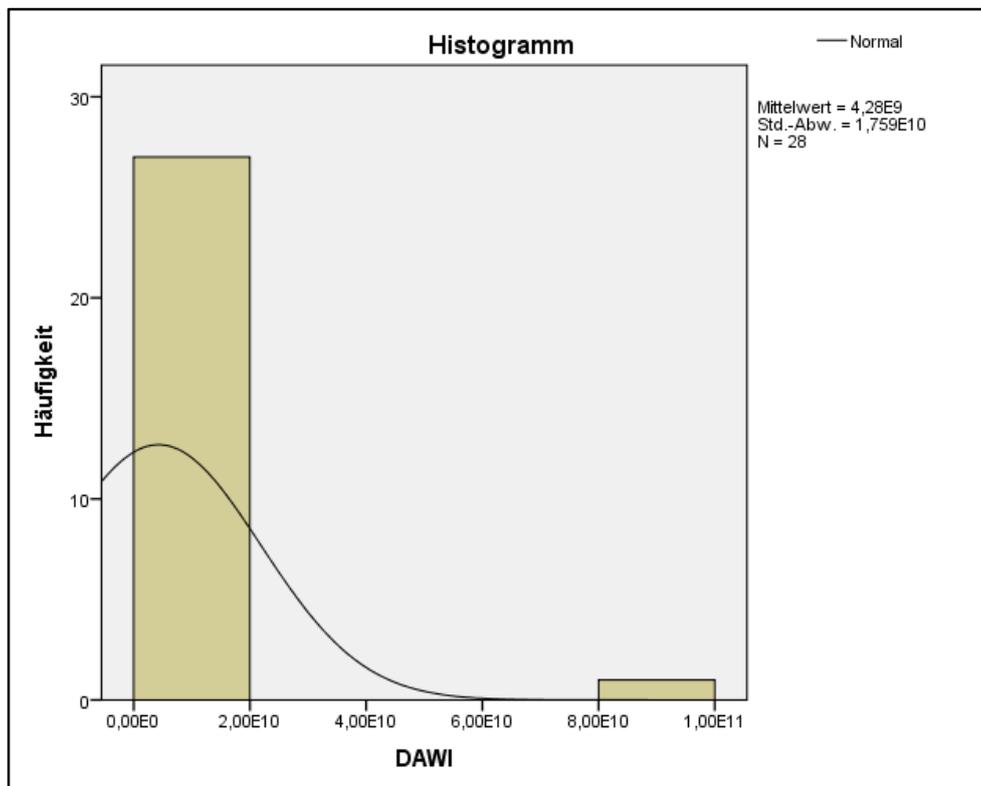


Abbildung 12 - Histogramm BIP/DAWI

Im oberen Teil des Outputs wird die Anzahl an gültigen, fehlenden und gesamten Fällen angegeben. Alle beobachteten Fälle wurde von SPSS als gültig erachtet und in die Berechnung mit einbezogen. Es folgt die deskriptive Statistik, welche für diese Untersuchung allerdings nicht relevant ist. Daher wird auf eine detaillierte Darstellung verzichtet und auf entsprechende Fachliteratur verwiesen. Die Teststatistik, welche sich aus dem Quotienten zweiter Varianzen zusammensetzt, liegt bei **0.450**. Die Testentscheidung wird anschließend mit einem Vergleich zwischen der im Vorfeld festgelegten Irrtumswahrscheinlichkeit α , hier (0,05) und der für die Testgröße berechneten Signifikanz p berechnet.

Ist α (0,05) größer als die berechnete Signifikanz (0,000), so wird die Nullhypothese verworfen. Hier α (0,05) > berechnete Signifikanz p (0,000).

Die Nullhypothese wird sehr deutlich verworfen → es kann keine Normalverteilung der Grundgesamtheit angenommen werden. Eine Anwendung des Bravais-Pearson-Korrelationskoeffizienten bietet sich daher nicht an. Auch die Betrachtung des Histogramms in Abbildung 14 lässt kein Vorliegen einer Normalverteilung erkennen. Bei Stichprobengröße $n > 30$ kann die Normalverteilung vernachlässigt werden. Da hier $n = 28$ kann die Normalverteilung nicht vernachlässigt werden. Die Anwendung des Pearson-Korrelationskoeffizienten scheidet daher aus.

Untersuchter Zusammenhang ist linear.

Existiert ein [linearer] Zusammenhang zwischen dem Bruttoinlandsprodukt der betrachteten Landes im Jahr 2019 und den geleisteten DAWI-Beihilfen in demselben Jahr in €.

2. Pearson Chi-Quadrat-Test

Als Alternative könnte der Pearson-Chi-Quadrat-Test⁵⁷¹ angewendet werden. Dieser Test überprüft, ob zwischen zwei kategorialen Variablen ein [linearer] Zusammenhang besteht. Es erfolgt ein Vergleich zwischen den beobachteten Häufigkeiten und den theoretisch erwarteten Häufigkeiten. Im Ergebnis erfolgt eine Angabe der Stärke sowie der Richtung des Zusammenhangs.

Zentrale Frage dieses Tests ist, ob ein [linearer] Zusammenhang zwischen zwei kategorialen Variablen existiert und wie stark dieser Zusammenhang ausgeprägt ist.

⁵⁷¹ Judge, et al., practice of econometrics, S. 51.

Voraussetzungen für die Anwendung

- **Variablen sind mindestens kategorial skaliert (nominal- oder ordinal).**

Liegt für alle betrachteten Variablen vor.

- **Stichprobe ist größer als 50.**

Nicht gegeben, (aber da Stichprobengröße zwischen 20 und 50 Korrektur nach Yates⁵⁷² möglich). Aufgrund der höheren Aussagekraft (Richtung des Zusammenhangs), sowie dem Skalierungsniveau der Variablen hinreichend Rechnung zu tragen wird auf die Anwendung des Pearson-Chi-Quadrat-Test (Kontingenzanalyse) zugunsten des Rangkorrelationskoeffizienten nach Spearman verzichtet.

3. Rangkorrelation nach Spearman

Mit Hilfe des Rangkorrelationskoeffizienten⁵⁷³ nach Spearman kann der lineare Zusammenhang zweier ordinalskalierten Variablen berechnet werden. Ein linearer Zusammenhang ist gegeben, wenn diese linear miteinander variieren (kovariieren).⁵⁷⁴ Der lineare Zusammenhang kann unterschiedlich ausfallen:

1. Positive Korrelation: Eine Ausprägung der einen Variable geht mit Ausprägung der anderen Variable in dieselbe Richtung einher.
2. Negative Korrelation: Eine Ausprägung der einen Variable geht mit Ausprägung der anderen Variable in entgegengesetzte Richtung einher.

⁵⁷² Frank Yates, britischer Statistiker (12.05.1902 – 17.06.1994)

⁵⁷³ Charles Edward Spearman, britischer Psychologe (* 10. September 1863 in London; † 17. September 1945 ebenda)

⁵⁷⁴ Fahrmeir, et al., Datenanalyse, S. 142.

Der Rangkorrelationskoeffizient untersucht dabei den ungerichteten linearen Zusammenhang von zwei Variablen. Er kann angewendet werden, falls die Voraussetzungen für ein parametrisches Verfahren nicht erfüllt sind. Es werden somit geringere Anforderungen an die Grundgesamtheit gestellt. Das Vorliegen einer Normalverteilung ist nicht notwendig (bei unserem Datensatz liegt keine Normalverteilung vor s. o.) und eine Ordinalskalierung der Variablen ist ausreichend (liegt hier vor). Weiterhin ist die Anwendung auch bei Ausreißern sowie kleinen Stichproben möglich ($n = 28$, sowie Frankreich, Belgien etc.)⁵⁷⁵

Voraussetzungen für die Anwendung

Die Variablen müssen mind. ordinalskaliert sein → liegt hier vor.

Berechnung der Korrelationskoeffizienten

Der Rangkorrelationskoeffizient nach Spearman zieht für die Berechnung nicht die Messwerte selbst heran, sondern ersetzt diese durch Rangfolgen. Der Berechnung liegt daher die Ordnung der Daten zugrunde und nicht die absoluten Abstände.⁵⁷⁶ Zunächst erfolgt eine Ordnung der Messwerte der Variablen entsprechend ihrer Größe. Es folgt die Bildung einer ebenfalls aufsteigenden Rangreihe für beide Variablen. Im Falle von mehrfach vorkommenden Messwerten werden verbundene Ränge gebildet. Für die Berechnung des Korrelationskoeffizienten nach Spearman wird folgende Formel zugrunde gelegt.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Fahrmeir, et al., Datenanalyse, S. 142 ff.

⁵⁷⁶ Zur Unterscheidung hierzu der Bravais-Pearson-Korrelationskoeffizient welcher die absoluten Abstände zur Berechnung heranzieht.

⁵⁷⁷ Bei Rangreihen wird die Formel um Therme erweitert und deutlich komplexer.

$$\rho = 1 - \frac{6 \cdot \sum_{i=1}^n (r_i - s_i)^2}{n^3 - n}$$

Formel 1 - Rangkorrelation nach Spearman

r_i	=	Rangplatz innerhalb der Variable X des i-ten Probanden
s_i	=	Rangplatz innerhalb der Variable Y des i-ten Probanden
n	=	Anzahl Probanden

Der Rangkorrelationskoeffizient nach Spearman kann dabei Werte zwischen -1 und +1 annehmen. Im Falle von negativen Werten kann ein negativer linearer Zusammenhang angenommen werden. Im Falle von positiven Werten kann ein positiver linearer Zusammenhang angenommen werden. Nimmt der Koeffizient einen Wert von 0 an, kann davon ausgegangen werden, dass kein Zusammenhang zwischen den Variablen besteht.

Korrelation mit SPSS

Korrelationen				
			DAWI	BIP
Spearman-Rho	DAWI	Korrelationskoeffizient	1,000	,484**
		Sig. (2-seitig)	.	,009
		N	28	28
	BIP	Korrelationskoeffizient	,484**	1,000
		Sig. (2-seitig)	,009	.
		N	28	28
**. Die Korrelation ist auf dem 0,01 Niveau signifikant (zweiseitig).				

Abbildung 13 - Korrelation Spearman BIP/DAWI

4. Ergebnisse der Rangkorrelationsanalyse

Im SPSS-Output lässt sich erkennen, dass der Korrelationskoeffizient nach Spearman bei 0,484 liegt. Der p-Wert beträgt $p = 0,009$. Da P-Wert $0,009 < \text{Alpha } 0,05$ kann die Korrelation als statistisch signifikant angesehen werden. Da der Koeffizient einen positiven Wert angenommen hat, kann von einem positiven linearen Zusammenhang ausgegangen werden. D.h höhere Werte von BIP führen zu höheren Werten von DAWI.

Berechnung des Bestimmtheitsmaßes

Erfolgt eine Quadrierung des Korrelationskoeffizienten, so erhält man das Bestimmtheitsmaß.

$$(R = 0,484)^2$$

$$R^2 = 0,234256$$

Bei Multiplikation des Wertes mit 100 ergibt sich der Anteil der Varianz der beiden Variablen, welcher durch gemeinsame Varianzquellen erklärt wird. In dieser Untersuchung beträgt der Anteil.

$$0,234256 * 100 = \mathbf{23,43 \%}$$

Um die Stärke des Einflusses zu beurteilen, wird sich der Einteilung von Cohen bedient.⁵⁷⁸

$R = .10$ entspricht einem **schwachen** Effekt

$r = .30$ entspricht einem **mittleren** Effekt

$r = .50$ entspricht einem **starken** Effekt

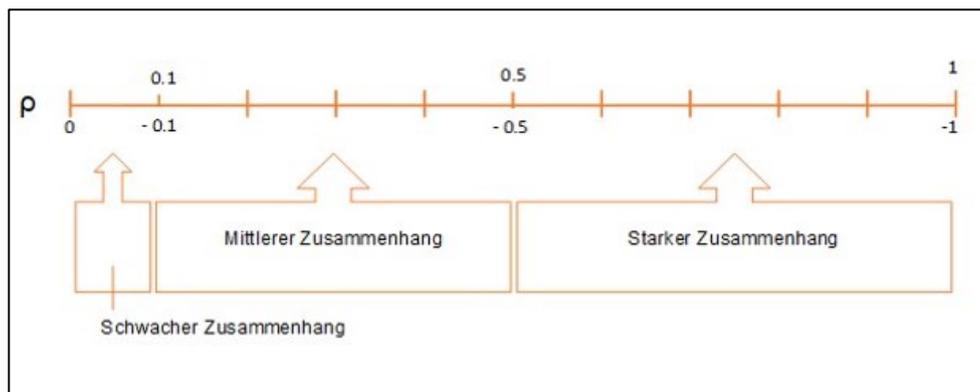


Abbildung 14 - Effektstärke Cohen BIP/DAWI

In Bezug auf diese Untersuchung

$r = 0,484$

Damit entspricht der Korrelationskoeffizient einem **mittelstarken** Effekt.

Die Höhe der DAWI eines Landes korreliert mittelstark mit der Höhe des BIP. Der Zusammenhang ist signifikant.

⁵⁷⁸ Cohen, PsyBu 112 1992, 155 (155 ff.).

V. Zusammenhang EFI/DAWI

Als Nächstes soll untersucht werden, ob die Variable EFI einen signifikanten Einfluss auf die geleisteten DAWI-Zahlungen haben. Es soll dabei die Annahme unterstellt werden, dass Länder mit einer tendenziell liberaleren Ökonomie tendenziell weniger DAWI erbringen. Damit keine Verzerrung durch die unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeiten entsteht, wurde die Korrelation mit dem Anteil DAWI/BIP berechnet. Aufgrund der höheren Aussagekraft (Richtung des Zusammenhangs), sowie um dem Skalierungsniveau der Variablen hinreichend Rechnung zu tragen, wird auch hier der Rangkorrelationskoeffizient nach Spearman angewendet.

1. Rangkorrelationskoeffizienten nach Spearman

Auf eine erneute detaillierte Darstellung wird verzichtet und auf die vorherige Untersuchung zu BIP/DAWI verwiesen.

Korrelation mit SPSS

Korrelationen				
			EFI	QUOTE
Spearman-Rho	EFI	Korrelationskoeffizient	1,000	,081
		Sig. (2-seitig)	.	,682
		N	28	28
	QUOTE	Korrelationskoeffizient	,081	1,000
		Sig. (2-seitig)	,682	.
		N	28	28

Abbildung 15 - Korrelation EFI/DAWI

2. Ergebnisse der Rangkorrelationsanalyse

Im SPSS-Output lässt sich erkennen, dass der Korrelationskoeffizient nach Spearman bei 0,081 liegt. Der p-Wert beträgt 0,682. Da P-Wert $0,682 > \text{Alpha } 0,05$ kann die Korrelation als statistisch nicht signifikant angesehen werden.

Hieraus folgt, dass unsere Vermutung, dass liberalere Ökonomien tendenziell weniger DAWI erbringen, nicht haltbar ist.

VI. Interpretation und Schlussfolgerung:

Das BIP hat einen signifikanten starken Einfluss auf die DAWI. Der EFI hingegen einen nicht signifikanten Einfluss. Der Anteil an DAWI scheint daher anteilig durch die Höhe des BIP beeinflusst zu werden. Das Bestimmtheitsmaß beträgt 23,43%, d.h 76,57% werden nicht erklärt. Weitere Faktoren, ggf. auch nicht-lineare können daher nicht ausgeschlossen werden. Von diesem Standpunkt her ist die Vorgehensweise der EU-Kommission, die Deklaration von DAWI den jeweiligen Mitgliedsstaaten zu überlassen, in jedem Fall zu befürworten.

Da der Anteil an DAWI bei den Mitgliedsstaaten stark divergiert, und multiplen Faktoren folgt, wäre das Setzen einer festen Quote, trotz ihres anfänglich in Abschnitt III erläuterten potenziellen Benefits, nicht geboten. Denkbar wäre stattdessen das Festlegen einer Spannweite wie unter Abschnitt III dieses Kapitels bereits dargestellt. Es zeigt sich, dass das Verständnis von DAWI in den jeweiligen Mitgliedsstaaten stark heterogen ist. Gründe hierfür bieten Möglichkeiten für weitere Untersuchungen. Im Zuge des europäischen Integrationsprozesses sollte diesen regionalen Unterschieden hinreichend Rechnung getragen werden.

F. Notifizierungsverfahren

I. Grundlegendes

Wie bereits anfangs erwähnt, besteht die Notifizierungspflicht gem. Art. 108 III AEUV nur, wenn alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 I AEUV erfüllt sind. Liegt ein Tatbestandsmerkmal gem. Art 107 I AEUV nicht vor, handelt es sich tatbestandlich um keine Beihilfe, und es besteht keine Notifizierungspflicht. Dieses gilt ebenfalls für tatbestandliche Beihilfen, welche auf sekundärrechtlicher Basis von der Notifizierung freigestellt sind. Eine freiwillige Notifizierung zur Erlangung einer hinreichenden Rechtssicherheit ist zulässig. Es wird an dieser Stelle nur ein kurzer Überblick auf das Notifizierungsverfahren gegeben, da es für die Betrachtung von Beihilfen im Bereich DAWI von untergeordneter Bedeutung ist, da DAWI aufgrund von primärrechtlichen bzw. sekundärrechtlichen Regelungen entweder nicht den Tatbestand einer Beihilfe erfüllen, von der Notifizierung freigestellt sind. Auf die Rechtsfolgen bei unrechtmäßig gewährten Beihilfen wird hingegen umfangreicher eingegangen, da diese auch DAWI-Beihilfen signifikant tangieren. Rechtliche Grundlage für das Notifizierungsverfahren bildet der Art. 108 III AEUV nach VO 2015/1589.⁵⁷⁹

II. Prozessablauf⁵⁸⁰

In der ersten Phase steht die Prä-Notifizierung. In dieser Phase wird ein erster Entwurf (Vor-Entwurf des eigentlichen Notifizierungsantrages) des jeweiligen Beihilfevorhabens an die EU-Kommission gerichtet. Die

⁵⁷⁹ RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 9 ff., eur-lex.europa.eu.

⁵⁸⁰ KOM v. 16.07.2018 - C(2018) 4412 endg., eur-lex.europa.eu.

eigentliche Notifizierung beginnt dann mit dem offiziellen Antrag, welcher durch den Mitgliedsstaat an die EU-Kommission weitergeleitet wird.

Es folgt gem. Art. 4 VVO ein vorläufiges Prüfverfahren. Dieses geht der Frage nach, ob eine Beihilfe vorliegt, und wie die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu beurteilen ist. Im Rahmen der Fragerunde gem. Art. 5 VVO können Unklarheiten diskutiert werden. Hierauf folgt die finale Entscheidung der Kommission, entweder wird die Beihilfe genehmigt oder die Kommission zweifelt die Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt an. In letzterem Fall wird ein förmliches Prüfverfahren gem. Art. 6 VVO eingeleitet. In diesem können Stellungnahmen Dritter eingeholt werden. Am Ende dieses Prüfungsschrittes steht dann eine Genehmigungsentscheidung mit Auflagen oder eine Negativentscheidung. Die von der Negativentscheidung betroffene Institution hat die Möglichkeit des Rechtsschutzes durch die Klage des zuständigen Mitgliedsstaates beim EuGH gem. Art. 263 AEUV.

III. Ermittlung gegen Verstöße

Gemäß Art. 12 I der VO 2015/1589 ist die Kommission von Amts (ex officio) wegen berechtigt, Auskünfte über mutmaßliche rechtswidrige Beihilfen prüfen. Das Verfahren ist vergleichbar mit dem Verfahrensablauf einer Notifizierung. Hier ist es unerheblich, woher diese Auskünfte im Einzelnen stammen. Die Kommission ist verpflichtet, sämtlichen Informationen nachzugehen, um ggf. das Vorliegen angeblich rechtswidriger Beihilfen festzustellen. Die Art und Herkunft der Informationen ist dabei unerheblich und kann etwa durch Eingaben von Beteiligten erfolgen. Weitere mögliche Quellen stellen u.a die Berichterstattungen der Mitgliedsstaaten, aber auch

allgemein zugängliche Medien wie etwa Fernsehen, Internet oder auch Printmedien dar.⁵⁸¹

Jede Beschwerde des Art. 24 II VVO ist daher ohne ungebührliche Verzögerung zu prüfen. Im Gegensatz zum Kartellrecht ist die Kommission nicht berechtigt, die Nachprüfung der Informationen, insbesondere die Verfolgung von Beschwerden unter Berufung auf fehlendes Unionsinteresse abzulehnen. Den Grund hierfür sahen schon Sinnaeve u. Slot vor allem dem Umstand geschuldet, dass im Kartellrecht neben der Kommission auch nationale Kartellbehörden die Empfänger von Beschwerden sein können. Im Beihilfenrecht hingegen stelle die Kommission die einzige Anlaufstelle dar.⁵⁸² Hierin ist nach Nehl auch der Grund dafür zu sehen, dass die Kommission die Zurückweisung von Beschwerden wegen mangelnden Unionsinteresses in ihrem Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren nicht erwähnt.⁵⁸³ Nach Art. 12 II VVO ist die Europäische Kommission berechtigt von den betreffenden Mitgliedsstaaten Auskünfte bezüglich der Beihilfe zu verlangen. Der Mitgliedsstaat hat dabei der Kommission alle sachdienlichen Auskünfte mitzuteilen, welche notwendig sind, um eine verfahrensabschließende Entscheidung anzunehmen. Sofern der Mitgliedsstaat dem Auskunftersuchen nicht fristgemäß oder nicht vollständig nachkommt, ist die Kommission berechtigt dem Mitgliedsstaat ein Erinnerungsschreiben mit Fristsetzung zukommen lassen. Falls der Mitgliedsstaat auch dieser Aufforderung erneut nicht nachkommt, ist die Kommission verpflichtet, einen Kommissionsbeschluss in Form einer „Anordnung zur Auskunftserteilung“ zu erlassen. Bei Missachtung dieser

⁵⁸¹ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, S. 638.

⁵⁸² *A. Sinnaeve/Slot*, CMLR 36 1999, 1153 (1185 ff.).

⁵⁸³ *Nehl*, EStAL 13 2014, 235 (241 ff.).

„Anordnung zur Auskunftserteilung“ ergibt sich als letzte Konsequenz die Möglichkeit einer verfahrensabschließenden Entscheidung auf der Grundlage der verfügbaren Informationen.⁵⁸⁴ Weiterhin sind auch Beschwerden von Wettbewerbern des Begünstigten Unternehmens zulässig. Diese Stellung des Beschwerdeführers wird in Art. 24 II VVO geregelt. Nach dieser Vorschrift ist jeder Beteiligte berechtigt, die Kommission über mutmaßlich rechtswidrige Anwendungen der Beihilfavorschriften zu unterrichten. Die Europäische Kommission ist gem. Art. 15 I VVO verpflichtet, dieser Beschwerde nachzugehen. Wie in Bezug auf Art. 12 I VVO bereits erwähnt, ist die Kommission im Gegensatz zu Kartellbeschwerden nicht berechtigt, die Beschwerde unter Berufung auf ein fehlendes Unionsinteresse zurückzuweisen. Zur Vereinfachung der Informationsgewinnung wurde durch die Generaldirektion Wettbewerb ein online Beschwerdeformular veröffentlicht.⁵⁸⁵

Nach Maßgabe des EuG sieht die Verfahrensordnung in Beihilfesachen im Gegensatz zu Kartellverfahrensregeln keine Verpflichtung zur Ausfüllung eines Formblattes vor.⁵⁸⁶ Im Rahmen des Verfahrensabschlusses ist die Kommission verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Kopie des erlassenen Beschlusses zukommen zu lassen, welcher auf die Beschwerde zurückgeht. Dieser Beschluss kann am Ende der vorläufigen oder der förmlichen Prüfphase ergehen. Es erfolgt durch die Kommission eine Differenzierung der Beschwerden hinsichtlich der Priorisierung. Bei prioritären Beschwerden

⁵⁸⁴ Ähnlich einer Schätzung der Bemessungsgrundlage durch die Finanzverwaltung im Rahmen des EStG.

⁵⁸⁵ KOM - Beschwerdeformular, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/forms_state_aid_complaint_de.doc vom 12.12.2021 zugegriffen am 12.1.2022.

⁵⁸⁶ EuG v. 29.09.2011 - Rs. T-442/07 Ryanair/Kommission, Rn. 33, curia.europa.eu.

wird eine Frist von zwei Monaten für die Rückmeldung an den Beschwerdeführer angestrebt.⁵⁸⁷

Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Beschwerde begründet war, hat sie gem. Art. 13 VVO zwei Möglichkeiten in ihrem Ermessen. Art. 13 I VVO berechtigt die Kommission, eine Aussetzungsanordnung zu erlassen. Mit dieser Anordnung kann, die Kommission den jeweiligen Mitgliedsstaat verpflichten, die Gewährung aller rechtswidrigen Beihilfen bis zur Feststellung ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auszusetzen. Nach Art. 13 II VVO hat die Kommission darüber hinausgehend die Möglichkeit, eine Rückforderungsanordnung zu erlassen. Diese verpflichtet den betreffenden Mitgliedsstaat, alle rechtswidrigen Beihilfen von deren Empfänger zurückzufordern, bis durch die Kommission eine Entscheidung betreffend der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt erlassen wird.

IV. Rechtsfolgen bei Verstößen

Grundsätzlich ist die Europäische Kommission gem. Art. 108 III S. 1 AEUV durch die Mitgliedsstaaten vor Gewährung einer Beihilfe zu informieren. Es muss dabei gewährleistet sein, dass die Europäische Kommission ausreichend Zeit hat sich zur Beihilfe zu äußern. Kommt die Kommission zum Schluss, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, leitet sie ein Beihilfeprüfverfahren gem. Art. 108 II AEUV ein. Die Rückzahlung von unionsrechtswidrig gezahlten Beihilfen richtet sich dabei grundsätzlich nach

⁵⁸⁷ *Bartosch*, EU-BeihilfenR, VO 2015/1589 Art. 24 Rn. 4.

nationalem Recht, welches aber unionsrechtskonform auszulegen bzw. anzuwenden ist.

Gem. Art. 108 III S. 3 AEUV gilt bis zur abschließenden Beurteilung durch die Europäische Kommission ein Durchführungsverbot. Hieraus ergibt sich, dass der betreffende Mitgliedsstaat die Beihilfemaßnahme nicht durchführen darf, bis die Europäische Kommission einen Beschluss gefasst hat. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass die Auswirkungen einer Beihilfemaßnahme nicht zu Tage treten, bis die Europäische Kommission die Beihilfemaßnahme entsprechend prüfen bzw. ein formelles Beihilfeprüfverfahren einleiten konnte.⁵⁸⁸ Nach Maßgabe des EuGH entfaltet das Durchführungsgebot eine unmittelbare Wirkung.⁵⁸⁹ Aus dem Wortlaut des Art. 108 III AEUV ergibt sich, dass die Kontrolle staatlicher Beihilfen eine gemeinsame Aufgabe der Europäischen Kommission wie auch der nationalen Gerichte ist.⁵⁹⁰

Hierbei liegt die Feststellung der Vereinbarkeit vorbehaltlich der Kontrolle durch den EuGH in der Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Die nationalen Gerichte hingegen sind mit Streitigkeiten befasst, welche die Auslegung des Begriffs der staatlichen Beihilfe betreffen, mit dem Ziel festzustellen, ob eine staatliche Maßnahme als Beihilfe hätte angemeldet werden müssen.⁵⁹¹ Die Zuständigkeit der nationalen Gerichte ergibt sich dabei aus der unmittelbaren Wirkung des Art. 108 III S. 3 AEUV, da das sich

⁵⁸⁸ EuGH v. 14.02.1990 - Rs. C-301/87 Frankreich / Kommission, Rn. 17, curia.europa.eu.

⁵⁸⁹ EuGH v. 21.11.2013 - Rs. C-284/12 Deutsche Lufthansa, Rn. 29, curia.europa.eu; EuGH v. 15.07.1964 - Rs. C-6/64 Costa / E.N.E.L, S. 1273, curia.europa.eu.

⁵⁹⁰ EuGH v. 21.11.1991 - Rs. C-354/90 FNCE, Rn. 8, curia.europa.eu.

⁵⁹¹ EuGH v. 21.11.1991 - Rs. C-354/90 FNCE, Rn. 9 ff., curia.europa.eu.

hieraus ergebende Durchführungsverbot jede nicht angemeldete oder angemeldete aber nicht genehmigte Beihilfe betrifft.⁵⁹²

Hieraus leitet der EuGH ab, dass die Verletzung des Durchführungsverbots die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahme beeinträchtigt und die mitgliedstaatlichen nationalen Gerichte daher verpflichtet seien, entsprechend ihrem jeweiligen nationalen Recht sämtliche Folgerungen bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfen wie auch der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten Unterstützungen zu ziehen.⁵⁹³ Der EuGH führt hierzu weiterhin aus, dass eine abschließende Genehmigung der Beihilfemaßnahme durch die Europäische Kommission nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot ergangenen, und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahme zur Folge habe. Hintergrund ist nach Ansicht des Gerichtshofs, dass ansonsten die unmittelbare Wirkung des Durchführungsverbots beeinträchtigt würde, und die Interessen der von der Beihilfemaßnahme negativ Betroffenen verletzen würde.⁵⁹⁴

Der EuGH vertritt die Ansicht, dass nationale Gerichte grundsätzlich einer Klage auf Erstattung von unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gezahlten Beihilfen stattzugeben hätten. Der Gerichtshof weicht allerdings von diesem Grundsatz ab, insofern außergewöhnliche Umstände auftreten unter denen es nicht sachgerecht ist, die Erstattung der Beihilfe anzuordnen.⁵⁹⁵

⁵⁹² EuGH v. 21.11.1991 - Rs. C-354/90 FNCE, Rn. 11, curia.europa.eu.

⁵⁹³ EuGH v. 21.11.1991 - Rs. C-354/90 FNCE, Rn. 12, curia.europa.eu.

⁵⁹⁴ EuGH v. 21.11.1991 - Rs. C-354/90 FNCE, Rn. 16, curia.europa.eu.

⁵⁹⁵ EuGH v. 11.07.1996 - Rs. C-39/94 SFEI, Rn. 70, curia.europa.eu.

Dieses könnte nach Ansicht des EuGH beispielsweise der Fall sein, falls der Beihilfeempfänger sich ausnahmsweise auf schutzwürdiges Vertrauen berufen könne.⁵⁹⁶ So wird angenommen, dass ein sorgfältig vorgehender Gewerbetreibender in der Lage sein müsse, festzustellen, ob das Beihilfeprüfverfahren beachtet worden sei.⁵⁹⁷ Hieraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, ob im Falle eines Rückforderungsverzichtes eine Ungültigkeit der Erfüllungsmaßnahme begründet wird.

In der Rechtssache zu CELF/SIDE vertrat der EuGH die Ansicht, dass eine nachträgliche Genehmigung einer Beihilfemaßnahme durch die Europäische Kommission nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot ergangenen und daher ungültigen Durchführungsmaßnahme zur Folge habe.⁵⁹⁸ Falls das nationale Gericht seine Entscheidung bezogen auf die wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zu treffenden Maßnahme erst nach einer Positiventscheidung durch die Europäische Kommission treffe, so sei es unionsrechtlich nicht notwendig, dass durch das nationale Gericht die Rückzahlung der gesamten Beihilfe angeordnet werde.⁵⁹⁹

Der EuGH betont an dieser Stelle den Sicherungszweck des Durchführungsverbot, welcher gewährleisten soll, dass nur mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen gewährt werden sollen.⁶⁰⁰ Nach Ansicht des EuGH wird dieses Ziel jedoch nach einer entsprechenden Vereinbarkeitsentscheidung durch die Europäische Kommission nicht in

⁵⁹⁶ EuGH v. 11.07.1996 - Rs. C-39/94 Schlussantrag GA JACOBS, Rn. 73 ff., curia.europa.eu.

⁵⁹⁷ EuGH v. 11.07.1996 - Rs. C-39/94 Schlussantrag GA JACOBS, Rn. 74, curia.europa.eu.

⁵⁹⁸ EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 40, curia.europa.eu.

⁵⁹⁹ EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 46, curia.europa.eu.

⁶⁰⁰ EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 47 ff., curia.europa.eu.

Frage gestellt. Vielmehr bestehen aufseiten des Beihilfeempfängers Vorteile während der Rechtswidrigkeit. Diese sind etwa in der Nichtzahlung von Zinsen, im Vergleich zur Aufnahme eines Darlehens und weiterhin in der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition zu sehen.⁶⁰¹ Hieraus folgert der EuGH, dass diese ggf. entstandenen Vorteile unionsrechtlich ausgeglichen werden müssten. Dieses könne durch die Zahlung von Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit erfolgen und dadurch, dass Anträgen gegen den Beihilfegünstigten auf den Ersatz von durch die Rechtswidrigkeit verursachten Schäden stattgegeben werde.⁶⁰²

In RESIDEX führte der EuGH an, dass das Unionsrecht unabhängig davon, wer Empfänger einer Beihilfe sei, keine bestimmten Folgerungen vorgebe, welche die nationalen Gerichte bezüglich der Wirksamkeit der Rechtshandlungen zur Durchführung der Beihilfemaßnahme zu ziehen hätten.⁶⁰³ Zielsetzung der nationalen Gerichte bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot sei im Wesentlichen, die Wettbewerbslage vor der Gewährung der Beihilfe wiederherzustellen, insofern müsse das nationale Gericht prüfen, ob die gewählte Maßnahme das wirksamste Mittel zur Zielerreichung sei.⁶⁰⁴

⁶⁰¹ EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 48 ff., curia.europa.eu.

⁶⁰² EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 52–53, curia.europa.eu.

⁶⁰³ EuGH v. 08.12.2011 - Rs. C-275/10 Residex Capital IV, Rn. 44, curia.europa.eu.

⁶⁰⁴ EuGH v. 08.12.2011 - Rs. C-275/10 Residex Capital IV, Rn. 45 ff., curia.europa.eu.

In Bezug auf Deutschland ist der BGH der Ansicht, das Durchführungsverbot stelle ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB dar, und geht daher von einer Nichtigkeit in Bezug auf zivilrechtliche Verträge aus, welche durch die betreffende Beihilfe gewährt worden seien.⁶⁰⁵ Innerhalb der einschlägigen Fachliteratur wird allerdings die Ansicht vertreten, dass eine Nichtigkeit beihilfenrechtswidriger Rechtsgeschäfte nicht notwendig sei. Vielmehr sei bereits eine schwebende Unwirksamkeit des betreffenden Vertrags ausreichend, um den unionsrechtlichen Verpflichtungen hinreichend Rechnung zu tragen.⁶⁰⁶

In diesem Zusammenhang sprechen sich Vajda und Stuart dafür aus, für die Frage nach Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot, den Fokus auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu legen. Die Autoren ergänzen, dass die Europäische Kommission sich nicht nur auf die Entscheidung bezüglich der Vereinbarkeit von Beihilfen beschränken, sondern auch eine Entscheidung den Konsequenzen aus dem jeweiligen Verstoß gegen das Durchführungsverbot treffen solle.⁶⁰⁷

Der EuGH vertritt die Ansicht, dass durch das Unionsrecht keine bestimmte Folgerung vorgegeben werde, welche die nationalen Gerichte bezüglich der Wirksamkeit der Rechtshandlungen zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen ziehen müssten, unabhängig davon, wer Empfänger einer Beihilfe sei. Hieraus ergibt sich, dass eine Vertragsnichtigkeit

⁶⁰⁵ BGH v. 05.12.2012 - I ZR 92/11 CEPS, Rn. 34, juris.bundesgerichtshof.de; BGH v. 05.07.2007 - IX ZR 256/06 Wirtschaftsförderung Thüringen, Rn. 33, juris.bundesgerichtshof.de; BGH v. 20.01.2004 - XI ZR 53/03 Teppichgarne, Rn. 17, juris.bundesgerichtshof.de.

⁶⁰⁶ Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Rn. 79; Fiebelkorn/Petzold, EuZW 2009, 323 (324).

⁶⁰⁷ Vajda/Stuart, EStAL 9 2010, 629 (634 ff.).

unionsrechtlich nicht geboten sei, falls die Wettbewerbslage durch andere Maßnahmen wieder hergestellt werden könnten.⁶⁰⁸ Das Durchführungsverbot führt dazu, dass sämtliche Rechtsgeschäfte, welche im Zusammenhang mit der Vergabe formell rechtswidriger staatlicher Beihilfen abgeschlossen werden, als unwirksam oder ungültig anzusehen sind.⁶⁰⁹

In der Entscheidung RESIDEX war der EuGH der Ansicht, dass es dem nationalen Gericht obliege, die richtigen Folgen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen. Eine Nichtigkeit sei nur dann geboten, wenn die Wettbewerbslage nicht anders wieder herzustellen sei.⁶¹⁰ Heidenhain führt jedoch hierzu an, dass nur das jeweilige nationale Recht als Beurteilungskriterium herangezogen werden könne. Daher sei es auch folgerichtig, dass der EuGH gar nicht beurteilen könne, ob eine Nichtigkeit nach nationalem Recht geboten sei. Das Unionsrecht gebe daher nur ein Ergebnis vor, während es den nationalen Gerichten überlassen sei, dieses entsprechend ihrer jeweiligen Rechtsordnung zu erreichen.⁶¹¹

Vajda und Stuart sprechen sich für ein höheres Maß an Rechtssicherheit in Bezug auf das Durchführungsverbot aus. Nach Ansicht der Autoren solle die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt über die Folgen des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot entscheiden. Dieses sei jedoch nur zulässig, insoweit Art. 108 III S. 3 AEUV dieses auch tatsächlich erlauben würden, da andernfalls keine diesbezügliche Kompetenz der Europäischen Kommission bestünde. Dieses lässt sich allerdings nur selten feststellen.

⁶⁰⁸ EuGH v. 08.12.2011 - Rs. C-275/10 Residex Capital IV, Rn. 44, curia.europa.eu.

⁶⁰⁹ GA Kokott v. 08.12.2011 - Rs. C-275/10 GA Kokott, Rn. 30, curia.europa.eu.

⁶¹⁰ EuGH v. 08.12.2011 - Rs. C-275/10 Residex Capital IV, Rn. 21 ff. curia.europa.eu.

⁶¹¹ Heidenhain, EuZW 2005, 135 (138 ff.).

Hauptsächlich entnimmt der EuGH die Rechtsfolgen eines Verstoßes dem nationalen Recht und gibt nur das unionsrechtliche gebotene Ergebnis vor.⁶¹²

Eine Nichtigkeit nach § 134 BGB wirkt auch im Anschluss an eine Genehmigung durch die Europäische Kommission fort. Hingegen ist bei einer schwebenden Unwirksamkeit keine Bestätigung des Geschäfts nach § 141 BGB erforderlich, da hier einfach von einem Ende der schwebenden Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung ausgegangen werden kann.⁶¹³

Unter anderem Bartosch wirft hierzu die Frage auf, warum ein Vertrag durch den eine Beihilfe, welche unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt worden sei, auch mehr als Jahre nach der Gewährung der Beihilfe nichtig sein solle. Zumal die Europäische Kommission dann keine Rückforderung der Beihilfe anordnen könne.⁶¹⁴ Der Bundesgerichtshof (BGH) entgegnet diesem Einwand allerdings damit, dass zur Begründung der Nichtigkeit jede andere Auslegung der Missachtung der Notifizierungs- und Wartepflicht durch den betreffenden Mitgliedsstaat der Vorschrift praktische Wirksamkeit entziehen würde.⁶¹⁵ Der EuGH stellt in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Verpflichtungen zur Umsetzung von Richtlinien klare Anforderungen an die Publizität, die Klarheit und der Bestimmtheit an, welche die Umsetzung alleinig durch die Verwaltungspraxis nicht hinreichend Rechnung tragen würde.⁶¹⁶ Im Falle der Beibehaltung von Vorschriften, welche gegen das Unionsrecht verstoßen würden, ist der EuGH

⁶¹² *Vajda/Stuart*, EStAL 9 2010, 629 (636).

⁶¹³ *Fiebelkorn/Petzold*, EuZW 2009, 323 (325).

⁶¹⁴ *Bartosch*, EuZW 2008, 235 (S. 240).

⁶¹⁵ BGH v. 03.04.2014 - I ZB 3/12 Betonpumpen, Rn. 21 juris.bundesgerichtshof.de.

⁶¹⁶ EuGH v. 20.03.1997 - Rs. C-96/95 Kommission/Deutschland, Rn. 39 curia.europa.eu.

der Ansicht, dass sich aus der Einführung bzw. Beibehaltung einer unionsrechtswidrigen Rechtsvorschrift, Unklarheiten tatsächlicher Art ergeben würden. Hieraus folge nach Ansicht des Gerichtshofs, dass die nationalrechtliche Umsetzung des Primärrechts, dem Gebot der Rechtsklarheit entsprechen müsse. Dieses gelte insbesondere dann, wenn Dritte durch die primärrechtlichen Bestimmungen geschützt werden sollen.⁶¹⁷

⁶¹⁸ Das Durchführungsverbot habe dabei auch eine Schutzfunktion für die Interessen der von der Wettbewerbsverzerrung durch die Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe Betroffenen.⁶¹⁹

Unklarheit herrscht nach Looschelders hingegen bei Beihilfen, welche durch die Europäische Kommission für vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt wurden, oder mehr als zehn Jahre seit der Gewährung verstrichen sind. In Folge einer Genehmigungsentscheidung durch die Kommission gelte das Durchführungsverbot für die Zukunft nicht mehr, und folglich seien daher die gewährten Beihilfen unionsrechtlich nicht mehr zurückzugewähren. Art. 108 III S. 3 AEUV würde in diesem Fall nicht mehr greifen, ebenso wenig bietet § 134 BGB eine Lösung an nach der auf eine Nichtigkeit oder eine Wirksamkeit geschlossen werden könnte.⁶²⁰ Wenn mehr als zehn Jahre seit der Gewährung der Beihilfe verstrichen sind, kann die Europäische Kommission gem. Art. 17 I Beihilfenverfahrensverordnung nicht mehr auf einer Rückforderung einer Beihilfe bestehen. Nationale Normen, beispielsweise nach dem BGB sind hinsichtlich der Rückforderung von Beihilfen aufgrund des Vorrangs des Europarechts nicht anwendbar.⁶²¹ Nach

⁶¹⁷ EuGH v. 26.04.1988 - Rs. C-74/86 Kommission/Deutschland, Rn. 10, curia.europa.eu.

⁶¹⁸ EuGH v. 13.07.2000 - Rs. C-160/99 Kommission/Frankreich, Rn. 22, curia.europa.eu.

⁶¹⁹ EuGH v. 12.02.2008 - Rs. C-199/06 CELF, Rn. 38, curia.europa.eu.

⁶²⁰ Looschelders, in: Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, Rn. 65 ff.

⁶²¹ Heinemann, GPR 4 2007, 62 (66).

Ablauf der Frist ist europarechtlich daher keine Rückabwicklung mehr vorgesehen. Daher wird nach europäischer Rechtslage dem Vertrauensschutz Vorrang vor der Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung eingeräumt.⁶²² Gem. Art. 16 III Beihilfenverordnung (BVO) hat die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen unverzüglich nach dem Verfahren des betreffenden Mitgliedsstaats zu erfolgen. Die Mitgliedsstaaten haben dabei im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen erforderlichen Schritte zu unternehmen. Die Rückforderung nach der Beihilfenverfahrensverordnung hat nach dem Verfahren des Mitgliedstaats zu erfolgen.⁶²³ Karpenstein und Meindl sehen hierin ein eigenständiges unionsrechtliches Rückforderungsverhältnis begründet, da durch die unionsrechtliche Überlagerung des nationalen Rechts die Rückforderungsentscheidung dazu führe, dass der betreffende Mitgliedsstaat ohne eigenständige Ermessensabwägung die Rückforderung anordnen müsse.⁶²⁴

Aufgrund einer eventuellen Rückforderung der zu Unrecht gewährten Beihilfe, ist die korrekte bilanzielle Darstellung dieser Unsicherheit von hoher Relevanz. Die Leitungsorgane der begünstigten Gesellschaft sind zur Erstellung eines ordnungsgemäßen Jahresabschlusses verpflichtet, bei einem Verstoß gegen diese Regelung drohen ggf. Schadenersatzansprüche gegen die jeweiligen Leitungsorgane.⁶²⁵ Bis eine endgültige Entscheidung über die Rückzahlung einer zu Unrecht gewährten Beihilfe getroffen wird, gilt diese als eine ungewisse Verbindlichkeit. Aufgrund dessen ist gem. § 249 I HGB

⁶²² RAT v. 13.07.2015 - ABl. 2015 L 248, S. 11, eur-lex.europa.eu.

⁶²³ EuGH v. 09.07.2011 - Verb. Rs. C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P Comitato "Venezia vuole vivere" u.a. / Kommission, Rn. 51, curia.europa.eu.

⁶²⁴ Karpenstein/Meindl, in: Säcker, BeihilfenR, Rn. 24.

⁶²⁵ u.a § 43 II GmbHG Geschäftsführerhaftung

eine Rückstellung für diese ungewisse Verbindlichkeit zu bilden. Für eine tiefergreifende Analyse der bilanzrechtlichen Aspekte wird auf die Ausführungen im Exkurs Kap. H verwiesen.

V. Auswirkungen von Vergabefehlern

In Bezug auf DAWI können Ausschreibungspflichten für Betrauungsakte bestehen. Nach Ansicht des EuG habe die Europäische Kommission allerdings nicht zu prüfen, ob die Zuweisung einer DAWI auf Grundlage einer Ausschreibung erfolgt sei.⁶²⁶ Das EuG ergänzt hierzu, dass auch im Falle einer Verpflichtung zu einer Ausschreibung, die Europäische Kommission nach Auffassung des EuG bestenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren anstreben könne, aufgrund dessen der jeweilige Mitgliedsstaat veranlasst würde, die betreffende Betrauung aufzuheben und auszuschreiben. Weiterhin bedinge das Fehlen einer solchen Ausschreibung nicht, dass die Finanzierung der DAWI selbst dann als eine mit dem Binnenmarkt nicht vereinbare Beihilfe anzusehen sei, wenn die Voraussetzungen im Hinblick auf Definition, Beauftragung und Verhältnismäßigkeit als erfüllt gelten. Das EuG betont an dieser Stelle deutlich, dass Verstöße gegen Beihilfenrecht und Verstöße gegen Vergaberecht unterschiedliche Rechtsfolgen hätten.⁶²⁷

Dieses lässt sich auch auf den DAWI-Freistellungsbeschluss bzw. den DAWI-Rahmen anwenden. Nach Erwägungsgrund 29 des DAWI-Freistellungsbeschlusses, hat dieser unbeschadet der Vorschriften der Union für das Auftragswesen Gültigkeit. Dem DAWI-Freistellungsbeschluss lässt

⁶²⁶ EuG v. 24.09.2015 - Rs. T-125/12 Viasat Broadcasting UK/Kommission, Rn. 99, curia.europa.eu; EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 147, curia.europa.eu; EuG v. 15.06.2005 - Rs. T-17/02 Fred Olsen, Rn. 239, curia.europa.eu.

⁶²⁷ EuG v. 26.06.2008 - Rs. T-442/03 SIC II, Rn. 147, curia.europa.eu.

sich selbst keine konkrete Ausschreibungspflicht entnehmen. Im DAWI Rahmen hingegen legt die Europäische Kommission in Rn. 19 dar, wann ihrer Auffassung nach eine Beihilfe auf Grundlage des Art. 106 II AEUV genehmigungsfähig sei. Eine Beihilfe sei nur dann nach Art. 106 II AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn die zuständige Behörde bei der Betrauung des betreffenden Unternehmens die geltenden EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen befolgt bzw. sich hierzu verpflichtet habe.

VI. Ex-Post-Monitoring und Berichtspflichten für DAWI

Gem. Art. 9 des DAWI-Freistellungsbeschlusses wie auch aus Ziffer 3 des DAWI-Rahmens sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, alle zwei Jahre einen Bericht betreffend der Umsetzung der Regelungen bei der Europäischen Kommission vorzulegen.

Der Bericht des jeweiligen Mitgliedsstaates bzw. der beihilfegewährenden Stelle hat folgende Angaben zu enthalten:

- Gegenstand der Gemeinwohlaufgabe mit denen ein Unternehmen betraut wurde.
- Form der Betrauung
- Betrauungsdauer
- Gewährung ausschließlicher/besonderer Rechte
- Ausgleichsmechanismen, inkl. der verwendeten Beihilfeinstrumente.
- Maßnahmen zur Vermeidung von Überkompensation
- Transparenzanforderungen
- Höhe der gewährten Beihilfen.

Nach Vorlage der Berichte durch die Mitgliedsstaaten werden diese auf dem Onlineportal der Europäischen Kommission publiziert.⁶²⁸ Neben den regulären 2-jährigen Berichtspflichten sind gem. Art. 6 auch jederzeit stichprobenartige Kontrollen durch die EU-Kommission denkbar.⁶²⁹

G. Gegenwärtige Abhandlungen

In Kapitel G werden die relevanten Entwicklungen in Bezug auf DAWI-Beihilfen dargestellt. Es wurde der Zeitraum 01/2020 bis 12/2021 gewählt, um einen hinreichenden Umfang, aber auch ausreichende Aktualität zu gewährleisten.

I. Entscheidung zu DAWI-Voraussetzungen⁶³⁰

Der Beschluss betrifft die staatliche Beihilfe C 64/99, welche Italien zugunsten der Seeverkehrsgesellschaft Adriatica, Caremar, Siremar, Saremar und Toremar (Tirrenia-Gruppe) durchgeführt hat. Es kommt hier der DAWI-Rahmen⁶³¹ zur Anwendung. Anzumerken hier ist, dass wie bereits anfangs erwähnt, dem DAWI-Rahmen die Funktion einer ergänzenden Prüflistfolge für die EU-Kommission zukommt. In dieser Entscheidung⁶³² ging es um Seeverkehrsdienste von Unternehmen einer italienischen Unternehmensgruppe, auf Basis von Dienstleistungserträgen, welche mit dem

⁶²⁸ KOM - Onlineportal KOM, http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html vom 12.11.2021 zugegriffen am 12.1.2022.

⁶²⁹ KOM v. 20.12.2011 - ABl. 2012 L 7 - DAWI-Freistellungsbeschluss, S. 9 eur-lex.europa.eu.

⁶³⁰ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, eur-lex.europa.eu.

⁶³¹ KOM v. 11.01.2012 - ABl. 2021 C 8, eur-lex.europa.eu.

⁶³² KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, eur-lex.europa.eu.

italienischen Staat geschlossen wurden, als DAWI zu klassifizieren und die entsprechenden Beihilfen in diesem Zusammenhang als legitimiert anzusehen sind. Im Vorfeld hatte die Europäische Kommission bereits in mehreren vorangegangenen Entscheidungen die Beihilfen als mit dem Binnenmarkt für unvereinbar erklärt.⁶³³ Diese Entscheidungen wurden allerdings durch das EuG für nichtig erklärt.⁶³⁴ Im Zuge einer erneuten Prüfung durch die Europäische Kommission kam diese zu dem Schluss, die Beihilfen als Ausgleichsleistungen für DAWI anzusehen, und damit grundsätzlich als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen seien.⁶³⁵ Nach Maßgabe des DAWI-Rahmens waren die folgenden Voraussetzungen für die Entscheidungsfindung maßgeblich.

Echte DAWI

Nach Ansicht der Kommission muss hierzu ein Marktversagen vorliegen. D.h. die Dienstleistung würde unter normalen Marktbedingungen von den Unternehmen nicht oder nicht in der geforderten Qualität erbracht. Zentraler Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob allein durch den freien Markt der öffentliche Beförderungsbedarf gedeckt werden könne.⁶³⁶ Nach Ansicht der Kommission setzt, eine DAWI nicht voraus, dass überhaupt ein Marktangebot bestehe, der jeweilige Mitgliedsstaat könne nach eigenem Ermessen darüber entscheiden, ob ein entsprechendes Angebot bestünde, welche den Erfordernissen genüge.⁶³⁷ Weiterhin sei zu berücksichtigen, ob

⁶³³ KOM v. 16.03.2004 - ABl. 2004 L 53 -Seeverkehrsgesellschaften, S. 29, eur-lex.europa.eu.

⁶³⁴ EuG v. 04.03.2009 - verb. Rs. T-265/04, T-292/04 und T-504/04 Tirrenia di Navigazione, curia.europa.eu.

⁶³⁵ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, eur-lex.europa.eu.

⁶³⁶ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 332, eur-lex.europa.eu.

⁶³⁷ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 346, eur-lex.europa.eu.

dem beauftragten Unternehmen durch die Erbringung der Dienstleistung Kosten entstünden, welche diesem bei einer Orientierung an marktwirtschaftlichen Interessen nicht entstünden. Bei der Beurteilung finden auch lokale Gegebenheiten, wie etwa Einkommenssituation o. ä Berücksichtigung.⁶³⁸

Angemessener Betrauungsakt

Nach Ansicht der Kommission, müssen Gegenstand sowie Dauer der gemeinwirtschaftlichen Betrauung, das betraute Unternehmen, der zugrunde liegende Ausgleichsmechanismus sowie die jeweiligen Parameter, insbesondere zur Vermeidung einer Überkompensation vorhanden sein.⁶³⁹ Die Europäische Kommission befürwortete dabei, dass die Höhe des jährlichen DAWI-Zuschusses auf Grundlage eines Antrages des Begünstigten erfolgen welcher dann vom zuständigen Ministerium genehmigt wurde, und die unterschiedlichen Erlös- sowie Kostenarten detailliert ausweisen, welche bei der Berechnung der notwendigen Ausgleichshöhe entsprechend berücksichtigt wurden. Weiterhin hob die Kommission die Maßnahmen zur Vermeidung von Rückforderungen im Falle einer Überkompensation heraus.⁶⁴⁰ Es war nach Ansicht der Kommission ausreichend, dass aufseiten des betrauten Unternehmens eine Verpflichtung bestand, dem zuständigen Ministerium unverzüglich sämtliche relevanten Änderungen der Plangrößen mitzuteilen, um so eine entsprechende Anpassung vorzunehmen. In besonderer Art wies die Kommission nochmals auf die Pflicht zur nachträglichen Kontrolle in Bezug auf eine Überkompensation hin. Dieses

⁶³⁸ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 243, eur-lex.europa.eu.

⁶³⁹ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 38, eur-lex.europa.eu.

⁶⁴⁰ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 211, eur-lex.europa.eu.

umfasse auch die Pflicht des betrauten Unternehmens zur Rückzahlung einer etwaigen Überkompensation.⁶⁴¹

Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs

In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs prüfte die EU-Kommission, ob der Ausgleich nicht den Betrag übersteigt, welcher erforderlich ist, um die entstehenden Kosten zu decken, welche für die Erfüllung der DAWI-Verpflichtung inklusive eines angemessenen Gewinns anfallen.⁶⁴² Insbesondere prüfte die EU-Kommission, inwieweit der Aufwand für Abschreibungen, welche für die Erbringung der DAWI vorgesehen waren, bei der Ausgleichsberechnung berücksichtigt werden können. Nach Ansicht der Kommission rechtfertigt die Notwendigkeit, die für die Erbringung der Dienstleistungen erforderlichen Investitionen abzuschreiben, die relativ lange Dauer des Betrauungszeitraums.⁶⁴³ Von Interesse ist dieser Beschluss insofern, da Fragestellungen zu DAWI in der Entscheidungspraxis der EU-Kommission relativ selten anzutreffen sind. Bei der Beurteilung bezüglich Zulässigkeit von DAWI, legt die EU-Kommission stets einen besonderen Fokus auf den Betrauungsakt. Von besonderer Bedeutung sind dabei das Vorliegen einer echten DAWI, eine genau Beschreibung des gewählten Ausgleichsmechanismus sowie die Maßnahmen zur Vermeidung einer Überkompensation.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 458, eur-lex.europa.eu.

⁶⁴² KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 4, eur-lex.europa.eu.

⁶⁴³ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 274, eur-lex.europa.eu.

⁶⁴⁴ KOM v. 02.03.2020 - ABl. 2020 L 332, Rn. 223 lit. b, eur-lex.europa.eu.

II. Poste Italiane⁶⁴⁵

Im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens hatte sich der EuGH mit dem Beihilfebegriff gem. Art. 107 I AEUV befasst und mit Bezug zum vorangegangenen Urteil *Poste Italiane* insbesondere zu den Altmark-Trans-Kriterien Stellung genommen. Der EuGH war hierbei der Ansicht, dass die gesetzliche Pflicht zur Nutzung eines gebührenpflichtigem Kontos als staatliche Beihilfe anzusehen sein könne. Die eigentliche Prüfung hingegen wurde dem vorgeschalteten Gericht überlassen.⁶⁴⁶ Für die Erhebung der Grundsteuer in Italien liegt die Zuständigkeit bei Konzessionären, welche vom italienischen Staat mit der Aufgabe betraut werden. Diese Konzessionäre sind per Gesetz dazu verpflichtet, ein Bankkonto bei der italienischen Postbank (*Poste Italiane*) zu führen, auf welches die Steuerpflichtigen die Einzahlungen vornehmen.⁶⁴⁷ Hintergrund waren zwei Klagen der *Poste Italiane* gegen zwei Konzessionäre auf Zahlung von fälligen Kontoführungsgebühren. Durch den italienischen Kassationsgerichtshof (*corte suprema di cassazione*) wurde der Fall an den EuGH weitergeleitet. Durch diesen sollte die Frage geklärt werden, inwiefern die gesetzliche Regelung, welche der *Poste Italiane* die Hoheit bei der Gebührenfestlegung zubilligt, mit dem Unionsrecht im Einklang steht.⁶⁴⁸

Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob die Pflicht zur Kontoführung und der damit verbundenen Gebührenentrichtung eine staatliche Beihilfe

⁶⁴⁵ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, curia.europa.eu.

⁶⁴⁶ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 17, curia.europa.eu.

⁶⁴⁷ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 19, curia.europa.eu.

⁶⁴⁸ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 23, curia.europa.eu.

gem. Art. 107 I AEUV darstellt. Nach Ansicht des EuGH stellt eine Maßnahme, aufgrund dessen ein Unternehmen eine Abnahmepflicht bzw. eine Pflicht zum Erwerb von Dienstleistungen aus eigenen Finanzmitteln erfüllen müsse, an sich noch keine staatliche Beihilfe dar. Es stelle sich hingegen anders dar, wenn die Unternehmen vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt seien. Dieses sei insbesondere der Fall, wenn die Mehrkosten, welche sich aus einer Abnahmepflicht bzw. Pflicht zum Erwerb von Dienstleistungen ergeben, in Gänze auf den Endverbraucher abgewälzt, für ihre Finanzierung eine vom Mitgliedsstaat vorgeschriebene Abgabe erhoben werde oder es einen Mechanismus für ihren vollständigen Ausgleich gäbe.⁶⁴⁹

Die Mittel öffentlicher Unternehmen könnten auch dann als staatliche Mittel gelten, falls der Staat durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf die jeweiligen Unternehmen deren Verwendung steuere.⁶⁵⁰ Diese Voraussetzung sei nach Auffassung des EuGH nicht erfüllt, wenn sich die Abnahmepflicht nicht aus einem [direkten] staatlichen Eingriff in die Geschäftspolitik des jeweiligen Unternehmens, sondern aus einer indirekt wirkenden Rechtsvorschrift ergebe.⁶⁵¹ Im Zuge der Prüfung, ob es sich bei den Konzessionären als vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragte Unternehmen handele, war es für den EuGH von Relevanz, dass die steuererhebenden Gemeinden verpflichtet seien, den Konzessionären für die Erhebung der Grundsteuer *imposta comunale sugli immobili* (ICI) eine

⁶⁴⁹ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 43, curia.europa.eu.

⁶⁵⁰ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 44, curia.europa.eu.

⁶⁵¹ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 47, curia.europa.eu.

Kommission zu zahlen, welche eindeutig öffentlichen Ursprungs seien. Hingegen zweifelte der EuGH daran, dass die Konzessionäre, als vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragte Unternehmen anzusehen seien.⁶⁵² Als Begründung hierzu führe der EuGH an, dass es nicht ohne weiteres ersichtlich sei, dass die zu zahlende Kommission die entstehenden Mehrkosten, welche sich aus der Verpflichtung zu Kontoführung ergeben, ausgleichen sollen.⁶⁵³ Der EuGH wies in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass durch ihn keine unmittelbare Prüfung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens vorgenommen werden könne, und er deshalb das vorliegende Gericht mit der Prüfung beauftrage, ob die mit der Erhebung der Steuer betrauten Konzessionäre vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragte Unternehmer seien.⁶⁵⁴

In Bezug auf die Voraussetzungen der Handelsbeeinträchtigung sowie der Wettbewerbsverfälschung ist der EuGH seiner weiten Auslegung treu geblieben: Es sei nach Ansicht des EuGH nicht notwendig, dass die Beihilfe den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten tatsächlich beeinträchtige und so zu einer Wettbewerbsverfälschung führe, es genüge hingegen, dass die Beihilfe dazu geeignet sei.⁶⁵⁵ Andererseits könne nicht erst von einer potenziellen Handelsbeeinträchtigung ausgegangen werden, wenn das begünstigte Unternehmen selbst am Handel zwischen den Mitgliedsstaaten teilnehme. Im Falle einer Begünstigung eines Unternehmens durch den

⁶⁵² EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 48, curia.europa.eu.

⁶⁵³ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 50, curia.europa.eu.

⁶⁵⁴ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 48, curia.europa.eu.

⁶⁵⁵ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 *Poste Italiane*, Rn. 67, curia.europa.eu.

Mitgliedsstaat könne das Unternehmen die inländische Geschäftstätigkeit beibehalten oder ggf. ausweiten, sodass sich die Chancen der in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Unternehmen, in den Markt dieses Mitgliedsstaates einzutreten, verringern.⁶⁵⁶ Im Ergebnis ist der EuGH der Ansicht, dass vorbehaltlich einer Prüfung durch das nationale Gericht, nicht ausgeschlossen werden könne, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelungen geeignet seien, sowohl den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, wie auch den Wettbewerb zu verfälschen. Es bleibe aber auch hier schlussendlich bei dem vorliegenden Gericht, die Auswirkungen auf die Tätigkeit von Poste Italiane und der anderen Bankinstitute zu beurteilen.⁶⁵⁷ In Bezug auf die Kriterien nach Altmark-Trans, ging der EuGH nochmals auf den Aspekt des Betrauungsaktes ein, welcher die Art und Tragweite der entsprechenden Leistungen hinreichend genau zu definieren habe.⁶⁵⁸

Der EuGH unterscheidet in Bezug auf den Betrauungsakt, zwischen zwei Verhältnissen.

1. Das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen der Gemeinde als Steuerbehörde sowie den mit der Steuererhebung betrauten Konzessionären, welche durch ein vorab stattgefundenes Vergabeverfahren eine entsprechende Verwaltungskonzession erhalten haben (DAWI).⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 68, curia.europa.eu.

⁶⁵⁷ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 70, curia.europa.eu.

⁶⁵⁸ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 59, curia.europa.eu.

⁶⁵⁹ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 60, curia.europa.eu.

2. Das privatrechtliche Verhältnis zwischen diesen Konzessionären und der Poste Italiane aufgrund der Pflicht zur Kontoführung und der Entrichtung der anfallenden Gebühr.⁶⁶⁰

Der EuGH ist der Ansicht, dass die Poste Italiane gegenüber den Konzessionären nicht formell verpflichtet sei, bestimmte Leistungen als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen unter Bedingungen, welche ihre Art und Tragweite hinreichend genau definieren, zu erbringen. Die Poste Italiane unterliege lediglich den Verpflichtungen, welche allgemein für den Sektor der Bankdienstleistungen gelten.⁶⁶¹ Im Ergebnis liegt nach Ansicht des EuGH im relevanten Verhältnis keine DAWI entsprechend der Altmark-Trans-Kriterien vor. Der EuGH schränkt allerdings ein, dass sich dieses Ergebnis nicht pauschal auf alle Konstellationen übertragen lasse, in denen die Begünstigung durch eine Pflicht zum Erwerb von Dienstleistungen entstehe. Es kommen auch solche Konstellation in Betracht, in denen das entsprechende Gesetz gleichzeitig bestimmte Verpflichtungen des dienstleistenden Unternehmens regelt, worin ein Betrauungsakt zu erkennen sein könnte. Dieses sei aber vom vorlegenden Gericht zu prüfen.⁶⁶²

Zur zweiten Entscheidung lässt sich sagen, dass diese meiner Meinung nach von besonderer Relevanz ist, da hier der EuGH auf Distanz zur Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission geht, die Handelsbeeinträchtigung bei lokal stattfindenden Markteingriffen

⁶⁶⁰ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 60, curia.europa.eu.

⁶⁶¹ EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 62, curia.europa.eu.

⁶⁶² EuGH v. 03.03.2021 - verb. Rs. C-434/19 u. C-435/19 Poste Italiane, Rn. 43 ff, curia.europa.eu.

auszuschließen. Der EuGH bleibt hier stattdessen seiner weiten Auslegung des Merkmals der Handelsbeeinträchtigung treu.

III. Kriterien des DAWI-Freistellungsbeschlusses

In einer Entscheidung vom 29.04.2021 hat die Europäische Kommission eine staatliche Maßnahme durch den Mitgliedsstaat Slowenien nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss hin auf die Legitimität geprüft.⁶⁶³ Im Gegensatz zu den dargestellten vorherigen Entscheidungen handelt es sich bei diesem Fall um eine freiwillige Notifizierung zur Erlangung einer entsprechenden Rechtssicherheit.

In dem konkreten Fall ging es um einen Zuschuss i.H.v ca. 2,5 Mio € welcher durch den slowenischen Staat an die Slowenische Presseagentur (STA) eine 100 % Tochterunternehmen des Staates, im Ausgleich für die Erbringung von DAWI im Jahr 2021 gewährt werden sollte.⁶⁶⁴ Die STA stellt der Öffentlichkeit täglich kostenfrei unabhängige und einfach verständliche Nachrichtenmeldungen aus diversen Bereichen zur Verfügung. Die Veröffentlichung erfolgt sowohl in Slowenisch wie auch in Englisch.⁶⁶⁵

Im Vorfeld wies die EU-Kommission auf den Umstand hin, dass die Mitgliedsstaaten berechtigt seien ohne vorherige Notifizierung, DAWI-Beihilfen nach Maßgabe des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu gewähren, sofern die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses erfüllt seien. Abschließend kam die EU-Kommission zu dem Schluss, dass die Zuwendung durch den slowenischen Staat an die STA den Tatbestand einer staatlichen

⁶⁶³ KOM v. 29.04.2021 - ABl. 2021 C 214, eur-lex.europa.eu.

⁶⁶⁴ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 5, ec.europa.eu.

⁶⁶⁵ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 12, ec.europa.eu.

Beihilfe erfülle. Als Begründung wurde angeführt, dass die STA sich im Wettbewerb mit nationalen wie auch internationalen Nachrichtenagenturen befände, und die staatliche Finanzierung daher eine potenziell wettbewerbsverfälschende Wirkung und binnenmarktrelevanz entfalte.⁶⁶⁶ Für die Legitimation nach dem Freistellungsbeschluss ist nach Ansicht der Kommission im Besonderen auf die Definition der DAWI sowie die Einhaltung der in Art. 4 des Freistellungsbeschlusses genannten Voraussetzungen zu achten.⁶⁶⁷

In Bezug auf die Definition der DAWI wies die Kommission besonders auf das Definitionsermessen der einzelnen Mitgliedsstaaten der Deklaration einer DAWI hin. Der Prüfungsumfang der EU-Kommission beschränke sich auf offensichtliche Fehler bei der Definition, welcher bei der Deklaration der STA als DAWI zu verneinen sei. Im Rahmen der Begründung verwies die Kommission u.a auf ihre vorherige Entscheidung betreffend Agence France Press hin (AFP)⁶⁶⁸, in welcher bestimmte Aufgaben von Nachrichtenagenturen als DAWI eingeordnet wurden. Im konkreten Fall argumentierte die Kommission, dass insbesondere kleine Mitgliedsstaaten auf unabhängige Nachrichtenagenturen angewiesen seien. Die Dienstleistungen der STA, seien für die Allgemeinheit von hoher Relevanz und würden durch private Nachrichtenagenturen nicht hinreichend erbracht.⁶⁶⁹

Bezüglich der Anforderungen gem. Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses prüfte die Kommission die Einhaltung des

⁶⁶⁶ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 23, ec.europa.eu.

⁶⁶⁷ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 9, ec.europa.eu.

⁶⁶⁸ KOM v. 27.03.2014 - ABl. 2014 C 20, eur-lex.europa.eu.

⁶⁶⁹ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 26, ec.europa.eu.

Schwellenwerts von 15 Mio. € pro DAWI und Jahr. Weiterhin wurde die Ordnungsmäßigkeit des Betrauungsaktes geprüft. Grundsätzlich sah die EU-Kommission die Anforderungen als erfüllt an.⁶⁷⁰

Zwar fehlte in den Akten, die als Betrauungsakte identifiziert wurden, der Verweis auf den Freistellungsbeschluss. In diesem Zusammenhang wies die Kommission auf die entscheidende Bedeutung dieser formalen Anforderung hin, die der EuGH im Urteil Dillys Wellness Hotel⁶⁷¹ festgestellt hat. Aufgrund der Sonderkonstellation, dass die Beihilfe notifiziert und der Freistellungsbeschluss in dieser Entscheidung der EU-Kommission als Rechtsgrundlage genannt werde, sah die EU-Kommission die Zwecke des Verweises – Transparenz und Information – ausnahmsweise als erfüllt an.⁶⁷²

Auch hinsichtlich der Betrauungsdauer, die nicht explizit angeführt wurde, berücksichtigte die EU-Kommission alle Gesamtumstände. Die der Mittelgewährung zu Grunde liegende Grundlagenverfügung wurde durch jährlich neu geschlossene Verträge implementiert und der zusätzlich herangezogene „Covid Act“ war durch die Beschränkung auf den Ausgleich von Covid-Nachteilen ebenfalls nur auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt.⁶⁷³ Ebenfalls sah die EU-Kommission die übrigen Voraussetzungen gem. Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses als erfüllt an. Hinsichtlich des Ausgleichsmechanismus stellte die EU-Kommission klar, dass eine Kombination einer Vorabschätzung der Kosten der DAWI für das kommende Jahr und eines Mechanismus einer ex-post-Kontrolle sicherstellen könne, dass der finale Beihilfebetrug auf das beschränkt ist, was für die Erreichung

⁶⁷⁰ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 46, ec.europa.eu.

⁶⁷¹ EuGH v. 21.06.2016 - Rs. C-493/14 Dilly's Wellnesshotel, curia.europa.eu.

⁶⁷² KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 30, ec.europa.eu.

⁶⁷³ KOM v. 20.03.2020 - ABl. 2020 C 91, eur-lex.europa.eu.

des öffentlichen Dienstleistungsziels erforderlich ist. Von wichtiger Bedeutung ist die jährliche Abschlussprüfung, innerhalb derer nachgewiesen werden kann, dass die Beihilfen nur für die übertragenen DAWI verwendet wurden.⁶⁷⁴ Hierzu dient die regelmäßig durchzuführende Trennungsrechnung, die eine korrekte Zuordnung aller Kosten und Einnahmen aus DAWI und eine separate Erfassung der Kosten und Einnahmen aus anderen Aktivitäten sicherstellt. Insoweit betonte die Kommission, dass die Bücher des DAWI-Erbringers einen detaillierten Bericht der Quellen und der Einnahmen aus DAWI einerseits und den Marktaktivitäten andererseits beinhalten.⁶⁷⁵ In Bezug auf die Vermeidung einer Überkompensation nahm die EU-Kommission Bezug auf die jährliche Abschlussprüfung. In deren Rahmen könne ermittelt werden, dass die gewährten Beihilfen die Kosten der DAWI einschließlich eines angemessenen Gewinns nicht überschreiten.⁶⁷⁶

Von besonderem Interesse ist diese Entscheidung meiner Meinung nach aus verschiedenen Gründen. Erstens, es handelt sich um die Notifizierung einer Beihilfe, welche eigentlich von der Notifizierung freigestellt ist. Hintergrund hierfür ist die Erlangung einer hinreichenden Rechtssicherheit. Weiterhin hatte sich die EU-Kommission in der jüngsten Vergangenheit aufgrund der DAWI-Berichterstattungen (2 Jahre) mit Fragen der DAWI-Definition auseinanderzusetzen. Wichtig ist bei dieser Entscheidung auch der ordnungsgemäße Betrauungsakt, insbesondere die notwendige Trennungsrechnung zur Vermeidung einer Quersubvention sowie die Mechanismen zur Überkompensationsvermeidung.

⁶⁷⁴ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 38, ec.europa.eu.

⁶⁷⁵ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 38, ec.europa.eu.

⁶⁷⁶ KOM v. 29.04.2021 - C(2021) 3118 endg., Rn. 39, ec.europa.eu.

IV. COVID-19

Die durch die Covid-19-Pandemie bedingte gegenwärtige Ausnahmesituation zeigt zwar eine hohe Relevanz für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung der EU als Solches, hat jedoch für die Betrachtung von Beihilfen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen eine eher geringe Relevanz. Durch die EU-Kommission wurde ein befristeter Rahmen angenommen, welcher den Mitgliedsstaaten ermöglicht, die Beihilfenvorschriften großzügig auszunutzen. Ziel ist dabei die Stabilisierung der wirtschaftlichen Lage infolge des Ausbruchs von COVID-19. Neben den bestehenden Beihilfenvorschriften, will die EU-Kommission mit Hilfe dieses befristeten Rahmens, den Mitgliedsstaaten ermöglichen, dafür zu sorgen, dass die Liquidität der Unternehmen und letztendlich auch die Aufrechterhaltung der Wirtschaftstätigkeit gewährleistet werden kann.⁶⁷⁷

Margrethe Vestager, Vizepräsidentin der EU-Kommission für Wettbewerbspolitik erklärte dazu: *„Die wirtschaftlichen Auswirkungen des COVID-19-Ausbruchs sind gravierend. Wir müssen rasch handeln, um sie so gut wie möglich zu bewältigen. Und wir müssen dabei koordiniert vorgehen. Dieser neue befristete Rahmen ermöglicht es den Mitgliedstaaten, den in den Beihilfenvorschriften vorgesehenen Spielraum in vollem Umfang zu nutzen, um die Wirtschaft in dieser schwierigen Zeit zu unterstützen.“*⁶⁷⁸

Gemäß dieses befristeten Rahmens besteht für die Mitgliedsstaaten die grundsätzliche Möglichkeit, alle Unterstützungsmaßnahmen miteinander zu

⁶⁷⁷ KOM v. 20.03.2020 - ABl. 2020 C 91, eur-lex.europa.eu.

⁶⁷⁸ Vestager, Margrethe - Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt Befristeten Rahmen an, damit die Mitgliedstaaten die Wirtschaft infolge des COVID-19-Ausbruchs wirksamer unterstützen können, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_496 vom 19.03.2020 zugegriffen am 29.3.2022.

kombinieren, wenn hierdurch die im befristeten Rahmen aufgeführten Obergrenzen nicht überschritten werden. Weiterhin wird es den Mitgliedsstaaten ermöglicht die, auf Grundlage des befristeten Rahmens gewährten Unterstützungsmaßnahmen mit den bestehenden Möglichkeiten für De-Minimis-Beihilfen zu kombinieren. In diesem Zusammenhang sind die Mitgliedsstaaten allerdings verpflichtet, unzulässige Kumulierungen von Unterstützungsmaßnahmen bei denselben Unternehmen zu vermeiden. Die Unterstützungsleistungen sollen dabei den tatsächlichen Bedarf nicht überschreiten.⁶⁷⁹

Der befristete Rahmen hatte eine Laufzeit bis Ende Juni 2021, einzelne Regelungen sogar bis Ende September 2021. Die Kommission hatte allerdings schon im Vorfeld angekündigt, schon vor Ablauf der entsprechenden Fristen, eine Verlängerung zu prüfen, damit eine hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet sei. Anfang Juni 2020 kündigte die EU-Kommission an, einige Beihilfavorschriften zu verlängern, welche andernfalls zum Ende des Jahres 2020 ausgelaufen wären. Hintergrund ist auch hier die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Unternehmen im Unionsgebiet hinreichend zu kompensieren.⁶⁸⁰

Im Zuge dessen schlug die EU-Kommission vor, die De-Minimis-Verordnung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem

⁶⁷⁹ KOM v. 20.03.2020 - ABl. 2020 C 91, Rn. 21 ff., eur-lex.europa.eu.

⁶⁸⁰ KOM - Staatliche Beihilfen: Kommission skizziert Zukunft des Befristeten Rahmens zur Stützung der wirtschaftlichen Erholung in der Coronakrise, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6092 vom 18.11.2021 zugegriffen am 29.3.2022.

Interesse (DAWI) um drei Jahre zu verlängern, welche sonst zum 31.12.2021 ausgelaufen wäre.⁶⁸¹

H. Resümee

Ziel dieser Dissertation war es, einen mehrdimensionalen Überblick über Beihilfen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen zu liefern. Dieser Überblick bedingte eine Darstellung des EU-Beihilferechts im Allgemeinen sowie der DAWI im Besonderen. Weiterhin wurde aber auch eine Bewertung der mitgliedstaatlichen Autonomie bei der Deklaration von DAWI sowie Interdependenzen zwischen Mitgliedstaatlichen DAWI sowie den europäischen Rechtsvorschriften angestrebt, dieses wurde durch die Ergebnisse der statistischen Untersuchung entsprechend untermauert. Den Abschluss bildet eine kritische Auseinandersetzung mit der Zukunftsfähigkeit von DAWI.

Es wurde in dieser Dissertation zugunsten einer Darstellung möglichst vieler Facetten auf eine tiefgreifende Analyse einzelner Punkt verzichtet. Dieses geht insofern mit dem Anspruch einher, rechtswissenschaftliche wie auch wirtschaftswissenschaftliche und im weitesten Sinne auch soziologische Aspekte zu betrachten. Der Schwerpunkt dieser Arbeit lag allerdings ganz klar auf der rechtswissenschaftlichen Perspektive.

Die Rechtsnatur in Bezug auf DAWI basiert im Wesentlichen auf einer zweistufigen Prüfung. Zum Ersten sei die Tatbestandslösung einer Beihilfe

⁶⁸¹ KOM - Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt deutsche Rahmenregelung zur Übernahme eines Teils der ungedeckten Fixkosten der von der COVID-19-Pandemie betroffenen Unternehmen,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2180

nach Art. 107 I AEUV genannt, zum Zweiten die Rechtfertigungslösung gem. Art. 106 II AEUV. Diese Dualität wird maßgeblich durch die europäischen Gerichte (EuGH, EuG) sowie die Europäische Kommission mitgestaltet. Die Tatbestandsebene gem. Art. 107 I AEUV wird in der Hauptsache durch die Altmark-Trans-Entscheidung bestimmt. Nach dieser Entscheidung liegt keine Beihilfe vor, insofern die vier Voraussetzungen nach Altmark-Trans kumulativ vorliegen. Im Umkehrschluss gilt, liegt eine bzw. mehrere Voraussetzungen nicht vor, ist die Zuwendung als Beihilfe gem. Art. 107 I AEUV anzusehen.

Die nachgelagerte Rechtfertigungsebene gem. Art. 106 II AEUV überprüft die Beihilfe auf eine wettbewerbsverzerrende Wirkung hin, und erklärt sie ggf. als für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar. Der zugestandene Kostenausgleich gem. Art. 106 II AEUV ist dabei auf die tatsächlich angefallenen Mehrkosten beschränkt. Eine Überkompensation führt dabei zu einer Nichtvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt. Einzelne Tatbestandsmerkmale des Art. 107 I AEUV weisen bei genauerer Betrachtung eine Artverwandtheit zu Art. 106 II AEUV auf, allerdings kommt dem Art. 106 II AEUV ein eigener Anwendungsbereich innerhalb des EU-Beihilferechts zu.

Durch das Regelwerk in Bezug auf DAWI wird ein Ausgleich zwischen einer möglichst minimalen Wettbewerbsverfälschung sowie einer mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorgeverpflichtung angestrebt. Eine Notwendigkeit des Eingriffs durch die Beihilfenaufsicht ist daher nur gegeben, sobald dieser Grundsatz in einem nicht mehr zu rechtfertigenden Maße zulasten eines freien Wettbewerbs in der Europäischen Union überschritten wird.

Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission beschränkt sich dabei auf eine Prüfung der Rechtfertigungsebene gem. Art. 106 II AEUV. Mangelt es

in dem zu beurteilenden Sachverhalt an einer wirtschaftlichen Handlung, ist nicht das Kriterium eines privaten Wirtschaftsteilnehmers maßgeblich, sondern es handelt sich in dem Fall um einen Hoheitsakt des Staates. Dienstleistungen nicht wirtschaftlicher Natur, wie etwa staatliche Ordnungsstrukturen sind daher dem Anwendungsbereich des Art. 107 I AEUV grundsätzlich entzogen. Dienstleistungen wirtschaftlicher Natur werden hingegen vom Geltungsbereich des Art. 107 I AEUV erfasst, können aber durch den jeweiligen Mitgliedsstaat gem. Art. 106 II AEUV als DAWI deklariert werden.

Durch die Europäische Kommission wird den Mitgliedsstaaten bei der Deklaration von DAWI ein weitreichendes Ermessen eingeräumt, welches lediglich durch eine Kontrolle auf offenkundige Fehler eingeschränkt wird. Diese Vorgehensweise trägt den länder- bzw. gesellschaftsspezifischen Unterschieden innerhalb der Europäischen Union hinreichend Rechnung und wird auch durch die Ergebnisse der statistischen Untersuchung in Kapitel E bestätigt, wonach sich eine Festlegung einer einheitlichen DAWI-Quote nicht anbietet.

Die Erstattung der durch die DAWI-Erbringung bedingten Mehrkosten ermöglicht die Aufrechterhaltung einer grundlegenden Daseinsvorsorge innerhalb der Mitgliedstaaten. Die hierdurch möglicherweise entstehende Marktverzerrung ist nach hinzunehmen und wird durch das bestehende Regelwerk hinreichend beschränkt. Wie bereits erwähnt, beschränkt sich die Kommission bei der Definition von DAWI durch die jeweiligen Mitgliedsstaaten auf die Kontrolle offenkundiger Fehler, während für den Inhalt des Betrauungsaktes konkrete Vorgaben existieren.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. Art. 106 II S. 1 AEUV genügt für die Annahme einer Aufgabenverhinderung die Gefahr von einer Fehlfunktion des Marktes. Diese Annahme wird von der Kommission nur auf

offensichtliche Fehler hin untersucht. Für den Ausgleich der durch die Übernahme einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe entstehenden Mehrkosten, werden hingegen detaillierte Richtlinien und Vorgaben zugrunde gelegt. Dieses ist insofern konsequent, da so dem individuellen Verständnis der DAWI eines jeden Mitgliedsstaats hinreichend Rechnung getragen wird.

Eine Prüfung nach Altmark-Trans stellt sich insgesamt zwar aufwendiger als eine Prüfung gem. Art. 106 II AEUV bzw. des Freistellungsbeschlusses dar, aber die zu prüfende Zuwendung gilt dann im Falle einer Erfüllung der Kriterien nicht als tatbestandliche Beihilfe. Die Anwendung des Art. 106 II AEUV bzw. des DAWI-Freistellungsbeschluss ist von der Anwendung her als weniger aufwendig anzusehen als Altmark-Trans, vor allem aufgrund der nicht notwendigen Ausschreibung; allerdings ist die zu prüfende Zuwendung dann als tatbestandliche Beihilfe anzusehen, welche aber notifizierungsfrei gestellt ist.

Die generelle Sinnhaftigkeit staatlicher Beihilfen und damit einhergehenden Markteingriffen wird je nach politischer Einstellung unterschiedlich bewertet. Folgt man der neoklassischen Sicht, so sind Eingriffe des Staates in das Marktgeschehen generell abzulehnen und den Marktmechanismen der Vorzug zu geben. Wird hingegen eine sozialpolitische Ausrichtung des Staates verfolgt, so werden staatliche Eingriffe als ein notwendiges Korrektiv zum Marktmechanismus gesehen, und ein Fokus auf rein ökonomische Effizienzkriterien abgelehnt.

In Bezug auf das Beihilferecht ist sowohl der Europäischen Kommission wie auch den europäischen Gerichten meiner Meinung nach in der Gesamtheit ein guter Interessenausgleich zwischen dem Streben nach einem möglichst unbeeinflussten Marktgeschehen innerhalb der Union einerseits sowie der Sicherstellung einer ausreichenden Daseinsvorsorge gelungen.

Die Auswahl des Unternehmens mit der aus betriebswirtschaftlicher Sicht besten Kostenstruktur nach Altmark-Trans und damit den geringsten veranschlagten Kosten für die DAWI greift meiner Meinung nach allerdings zu kurz, da umwelt- und gesellschaftspolitische Aspekte von zunehmender Relevanz sind. Vor allem zeigt sich dieses vor dem Hintergrund des Erhalts eines sozialen Friedens innerhalb einer Gesellschaft, welcher eine effiziente Ressourcenallokation überhaupt erst ermöglicht. Je nach veranschlagter fachbezogener Perspektive variiert das Urteil über diese Vorgehensweise.

Aus juristischer Perspektive kann die Vergabe der DAWI (Betrauungsakt) rechtssicher begründet werden. Im Falle von Widersprüchen oder Klagen durch Mitbewerber oder anderen Mitgliedsstaaten der Union bietet sich meiner Ansicht nach eine robuste Entscheidungs- bzw. Rechtfertigungsgrundlage. Aus ökonomischer Sicht und unter dem Aspekt der Kostenminimierung und damit einer zumindest (beabsichtigten) Verhinderung von Ineffizienzen und zur Rechtfertigung des Einsatzes von Steuermitteln nachvollziehbar. Nach soziologischen Gesichtspunkten sind das bestehende Beihilfesystem und dessen Regelwerk suboptimal, da gesamtgesellschaftlich relevante Aspekte keine Berücksichtigung finden. So sind kostengünstigste Anbieter nicht automatisch die mit einer ausgeprägten Nachhaltigkeits- bzw. Wohlfahrtsorientierung.

Dieses muss meiner Meinung nach unter Berücksichtigung einer gesamtgesellschaftlich nachhaltigen Gemeinwohlorientierung stärker als bisher berücksichtigt werden. Vor allem CO₂-Bepreisung, aber auch die Erstellung eines Nachhaltigkeitsberichtes⁶⁸² durch zunehmend mehr

⁶⁸² Darstellung von unternehmerischen Tätigkeiten mit Fokus auf eine nachhaltige Entwicklung. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/nachhaltigkeit.html>

Unternehmen zeigt eine zunehmende Beachtung von Externalisierungseffekten auch unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten. Gesamtgesellschaftliche Transformationsprozesse rücken die Bedeutung der DAWI zunehmend in den Vordergrund. Vor allem im Bereich der Grundversorgung (Elektrizität, Wärme etc.), dem ÖPNV, der Gesundheitsvorsorge sowie Wohnungsbau zeigt sich ein zunehmender Bedarf an DAWI, da die Erfordernisse an die Bedürfnisbefriedigung in diesem Bereich nicht oder nicht in hinreichendem Umfang durch den freien Markt erbracht werden können.

Letztendlich kann an dieser Stelle nur die historische und gegenwärtige rechtliche bzw. ökonomische Betrachtung von DAWI erfolgen, allerdings ist wie in Kap. F gezeigt wird, zumindest ein Trend zum kontinuierlichen ansteigenden Aufwand für DAWI Ausgleichsleistungen erkennbar. Es kann daher meiner Ansicht nach nur schwer widerlegt werden, dass auch in Zukunft ein erhöhter Bedarf an gemeinwohlorientierten Dienstleistungen notwendig sein wird, um die anstehenden sozioökonomischen Herausforderungen bewältigen zu können.

Die Vorgehensweise, privatwirtschaftliche Unternehmen mit DAWI zu betrauen und diese dann für den im Zuge der DAWI-Erfüllung entstandenen Aufwand zu entschädigen ist meiner Ansicht nach gegenwärtig das zu präferierende System. Eine Rückführung in behördliche Strukturen wie beispielsweise im Fall der Deutschen Bundesbahn⁶⁸³ oder Bundespost⁶⁸⁴ wäre ebenfalls denkbar, aber im gegenwärtigen Wirtschaftssystem wahrscheinlich

⁶⁸³ Umwandlung der Bundesbahn bzw. Reichsbahn zum 1. Januar 1994 in die privatrechtlich organisierte Deutsche Bahn AG.

⁶⁸⁴ Privatisierung der Behörde Deutsche Bundespost in den Jahren 1989 bis 1995.

nicht durchsetzbar. Allerdings sollte bei der Entschädigung von Unternehmen für DAWI der Fokus auf einer Maximierung der Gemeinwohlfahrt statt auf einer Minimierung der entstehenden Kosten liegen. Das Beihilferecht zeigt sich dabei nicht als ein statisches Konstrukt, sondern unterliegt einem kontinuierlichen dynamischen Wandel sei es durch die Europäische Kommission selbst oder durch die europäischen Gerichte.

Literaturverzeichnis

- Adelfang, Tobias/Bottermann, Dirk - Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen, Die Wirtschaftsprüfung (WPg) 2013, 30 ff.
- Ammon, Günther - Föderalismus und Zentralismus, 11 Lieferung, 1996 (*Bearbeiter* in: Föderalismus u. Zentralismus)
- Baier, Christina - Bundesstaat und Europäische Integration, Die »Europatauglichkeit« des deutschen Föderalismus, EBL-Schweitzer v.171 2011 (zitiert: *Baier*, Europäische Integ.)
- Bartosch, Andreas - Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 2 2003, 375 ff.
- Bartosch, Andreas - Die Kommissionspraxis nach dem Urt. des EuGH in der Rechtssache Altmark - Worin liegt das Neue?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2004, 295 ff.
- Bartosch, Andreas - Die neuen Gruppenfreistellungsverordnungen im EG-Beihilfenrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, 921 ff.
- Bartosch, Andreas - Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots - Das CELF-Urt. vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2008, 235 ff.
- Bartosch, Andreas - Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte - Die Fragwürdigkeit des Remailing-Urt.s des EuGH vom 10. 2. 2000, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, 2251 ff.
- Bartosch, Andreas - EU-Beihilfenrecht, Art. 106-109 AEUV, De-minimis-Verordnung, DAWI-Paket, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung, 3. Auflage München 2020 (zitiert: *Bartosch*, EU-BeihilfenR)

- Bauer, Stefan - Rechtssicherheit bei der Finanzierung
gemeinwirtschaftlicher Leistungen? - Zum Verhältnis zwischen Art.
87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH,
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2006, 7 ff.
- Beeck, Volker - Prüfungsstandard,
15.08.2018<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/pruefungsstandard-46165/version-269451> zugegriffen am 19.3.2022.
- Berlo, Kurt/Schäfer, Daniel/Wange, Oliver - Mitmischen is possible
Neugegründete Stadtwerke nutzen die Chancen der Energiewende,
Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et) 67 2017, 95 ff.
- Biondi, Andrea - BUPA v. Commission: Case T-289/03 British United
Provident Association Ltd (BUPA) and Others v Commission of the
European Communities, Judgment of the 12 of February 2008,
European State Aid Law Quarterly (EStAL) 7 2008, 401 ff.
- Blümel, Willi/Doehring, Karl - Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstags
von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff, 30 Lieferung, 2003 (*Bearbeiter*
in: Kolloquium 100)
- BMWI - Beihilfekontrollpolitik,
19.05.2020<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Europa/beihilfekontrollpolitik.html> zugegriffen am 18.12.2021.
- Boysen, Sigrid/Neukirchen, Mathias - Europäisches Beihilferecht und
mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2007 (zitiert:
Boysen/Neukirchen, Europäisches BeihilfeR)
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias - EUV/AEUV, 5. Auflage München
2016 (*Bearbeiter*, in: EUV/AEUV)
- Cleff, Thomas - Deskriptive Statistik und moderne Datenanalyse, Eine
computergestützte Einführung mit Excel, SPSS und STATA
Wiesbaden 2008 (zitiert: *Cleff*, Statistik/Datenanalyse)

- Cohen, Jacob - Quantitative methods in psychology: A power primer.,
Psychological Bulletin (PsyBu) 112 1992, 155 ff.
- Danner, Andel - Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur
Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, Schriftenreihe
europäisches Recht, Politik und Wirtschaft 320 Baden-Baden 2006
(zitiert: *Danner*, Finanz. Öff. Unt.)
- Ehricke, Ulrich - Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV,
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, 741 ff.
- Eilmansberger, Thomas - Neues zur beihilferechtlichen Beurteilung von
Quersubventionen: Das Chronopost- Urt. des EuGH, wbl
(Wirtschaftsrechtliche Blätter) (wbl) 2004, 101 ff.
- Eilmansberger, Thomas - Überlegungen zum Zusammenspiel von
Vergaberecht und Beihilferecht, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)
2004, 384 ff.
- Erhardt, Kai - Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, Das Verhältnis
zwischen Art. 87 und Art. 86 EG, Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftspolitik 181 Baden-Baden 2003 (zitiert: *Erhardt*, Beihilfen
öff. DL)
- Fahrmeir, Ludwig/Heumann, Christian/Künstler, Rita/Pigeot, Iris/Tutz,
Gerhard - Statistik, Der Weg zur Datenanalyse, 8. Auflage Springer-
Lehrbuch Berlin, Heidelberg 2016 (zitiert: *Fahrmeir*, et al.,
Datenanalyse)
- Fiebelkorn, Vera/Petzold, Arno - Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3
EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-
Rechtsprechung praxisgerecht?, Europäische Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht (EuZW) 2009, 323 ff.

- Fischer, Hans Georg - Öffentliche Aufträge im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und europäischem Beihilfenrecht, Vergaberecht (VergabeR) 2004, 1 ff.
- Forsthoff, Ernst - Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938 (zitiert: *Forsthoff*, Leistungsträger VerW)
- Frenkel, Michael/John, Klaus Dieter - Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung, 7. Auflage Vahlens Kurzlehrbücher München 2011 (zitiert: *Frenkel/John*, VWL-GesamtR)
- Frenz, Walter - Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht Berlin, Heidelberg 2007 (zitiert: *Frenz*, EuropaR)
- Galton, Francis - Co-relations and their measurement, chiefly from anthropometric data, Proceedings of the Royal Society (Royal Society) 13 1888, 135 ff.
- Gärtner, Anette - Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2005, 239 ff.
- Geis, Max-Emanuel - Staat, Kirche, Verwaltung, , 2001 (*Bearbeiter* in: Staat, Kirche, Verw.)
- Gellermann, Martin - Das Stromeinspeisegesetz auf dem Prüfstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL) 2000, 509 ff.
- Glassen, Helmut *et al.* - Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1999 (*Bearbeiter*, in: Kommentar GWB)
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin - Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 66 Lieferung, 02/2019 (*Bearbeiter* in: EUV/AEUV)

- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin - Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage Baden-Baden 2015 (*Bearbeiter*, in: EuroUnionsR)
- Hagenbruch, Tim - Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht 2020 (zitiert: *Hagenbruch*, Beihilfen u. VergabeR)
- Hakenberg, Waltraud/Tremmel, Ernst - Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen im Jahre 1996, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1997, 217 ff.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias - Europarecht, 12. Auflage Mohr Siebeck Lehrbuch Tübingen 2020 (zitiert: *Haratsch*, et al., EuropaR)
- Harings, Lothar - Praxis des europäischen Beihilfenrechts, RWS-Skript 319 Köln 2001 (zitiert: *Harings*, EU BeihilfeR)
- Heidenhain, Martin - Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG - Bemerkungen zu BGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2005, 135 ff.
- Heidenhain, Martin/Donat, Christoph von - Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (*Bearbeiter*, in: BeihilfenR)
- Heinemann, Daniela - Bereicherungsausgleich im Gemeinschaftsrecht - Wettbewerbsrechtliche Aspekte, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 4 2007, 62 ff.
- Hellermann, Johannes - Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und

- staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Jus Publicum
54 Tübingen 2020 (zitiert: *Hellermann, DaseinsV*)
- Henze, Norbert - Stochastik für Einsteiger, Eine Einführung in die
faszinierende Welt des Zufalls, 10. Auflage Lehrbuch Wiesbaden 2013
(zitiert: *Henze, Stochastik*)
- Herrmann, Christoph - Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe,
Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2004, 415 ff.
- Hirsch, Günter/Montag, Frank - Beihilfen- und Vergaberecht, München
2011 (*Bearbeiter*, in: Beihilfen- u. VergabeR)
- Holling, Heinz/Gediga, Günther - Statistik - Testverfahren,
Bachelorstudium Psychologie Göttingen 2016 (zitiert:
Holling/Gediga, Stat. Tests)
- Holoubek, Michael - Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber,,
Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
(VVDStRL) 60 2001, 573 ff.
- Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich - Bürgerliches
Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil, 4. Auflage Baden-
Baden 2020 (*Bearbeiter*, in: EGBGB)
- IDW - Kurzportrait, 02.02.2019 <https://www.idw.de/idw/ueber-uns/Kurzportrait> zugegriffen am 19.3.2022.
- Immenga, Ulrich *et al.* - Wettbewerbsrecht Gesamtwerk - Band 1, 6.
Auflage München 2018 (*Bearbeiter*, in: WettbewerbsR)
- Jaeger, Thomas - Bestand und Betrieb öffentlicher Kreditinstitute als
Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Juristische
Blätter (JBl) 127 2005, 419 ff.
- Janssen, Jürgen/Laatz, Wilfried - Statistische Datenanalyse mit SPSS, Eine
anwendungsorientierte Einführung in das Basissystem und das Modul

- Exakte Tests, 9. Auflage Berlin, Heidelberg 2017 (zitiert: *Janssen/Laatz, Datenanalyse SPSS*)
- Jennert, Carsten - Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2004, 425 ff.
- Jennert, Carsten - Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge, Berlin 2005 (zitiert: *Jennert, BeihilfenR/DaseinsV*)
- Judge, George G./Hill, Rufus Carter/Griffiths, William E./Lütkepohl, Helmut/Lee, Tsoung-Chao - Introduction to the theory and practice of econometrics, 2. Auflage New York 1988 (zitiert: *Judge, et al., practice of econometrics*)
- Kahl, Arno - Neue Bedeutung der "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" durch den Vertrag von Amsterdam, *Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl)* 13 1999, 189 ff.
- Keßler, Jürgen/Dahlke, Ann - Der soziale Wohnungsbau in Deutschland im Lichte des europäischen Beihilferechts, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2007, 105 ff.
- Koenig, Christian - Die EU-Ausschreibungsdoktrin - Ein teurer Wettbewerb für die Infrastrukturnutzer?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2005, 417 ff.
- Koenig, Christian - Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge - das Altmark Trans-Urt. in der Praxis, *Betriebsberater (BB)* 2003, 2185 ff.
- Koenig, Christian./Kiefer, Susanne - Public Funding of Infrastructure Projects under EC-State Aid Law, *EStAL (EStAL)* 4 2005, 415 ff.

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas - Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2

EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission,
Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2004, 122 ff.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Ritter, Nicolai - EG-Beihilfenrecht,

Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht Frankfurt am Main 2001
(zitiert: *Koenig, et al.*, EG-BeihilfenR)

Koenig, Christian/Sander, Claude - Die verbrauchervermittelte

Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-
Beihilfenrechts, Europarecht (EuR) 2000, 743 ff.

KOM - Arten von EU-Rechtsvorschriften,

09.10.2020https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_de zugegriffen am 18.12.2021.

KOM - Beschwerdeformular, 12.12.2021[https://ec.europa.eu/competition-](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/forms_state_aid_complaint_de.doc)

[policy/system/files/2021-04/forms_state_aid_complaint_de.doc](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/forms_state_aid_complaint_de.doc)
zugegriffen am 12.1.2022.

KOM - Das Primärrecht der Europäischen Union, 13.03.2020[https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE)

[lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE)
[content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114530&from=DE)
zugegriffen am 18.12.2021.

KOM - General Block Exemption Regulation (GBER) Frequently Asked
Questions,

2016[https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_g](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf)
[uide_gber_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf) zugegriffen am 10.11.2020.

KOM - Globale Einigung über die Besteuerung von Unternehmen: Häufig
gestellte Fragen,

2021[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_21_](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_21_3564)
[3564](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_21_3564) zugegriffen am 28.3.2022.

KOM - Member States reports on the application of the SGEI decision,
https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/legislation/sgei_en
zugegriffen am 17.12.2021.

KOM - Onlineportal KOM,
12.11.2021 http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html zugegriffen am 12.1.2022.

KOM - Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt deutsche
Rahmenregelung zur Übernahme eines Teils der ungedeckten
Fixkosten der von der COVID-19-Pandemie betroffenen
Unternehmen,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2180

KOM - Staatliche Beihilfen: Kommission skizziert Zukunft des Befristeten
Rahmens zur Stützung der wirtschaftlichen Erholung in der
Coronakrise,
2021 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_609
2 zugegriffen am 29.3.2022.

KOM - Überblick über Finanzierungsprogramme,
02.02.2022 https://ec.europa.eu/info/overview-funding-programmes_de zugegriffen am 19.3.2022.

Krajewski, Markus - Grundstrukturen des Rechts öffentlicher
Dienstleistungen, Berlin, Heidelberg 2011 (zitiert: *Krajewski*,
Krajewski 2011)

Kreße, Bernhard - Gemeinwirtschaftliche Dienste im europäischen
Beihilferecht, Kölner Schriften zum Europarecht 43 Köln 2006
(zitiert: *Kreße*, Gemeinw. Dienste)

Kruse, Eberhard - Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen
Beihilferechts - Beihilferechtliche Erwägungen im Anschluss an die
gegenwärtig geführte Diskussion zu den Landesbanken, Neue
Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2000, 721 ff.

- Kube, Hanno - Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts - zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen, *Europarecht (EuR)* 2004, 230 ff.
- Kühling, Jürgen/Wachinger, Lorenz - Das Altmark Trans-Urt. des EuGH - Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2003, 1202 ff.
- Lambertz, Karl-Heinz/Hornung, Matthieu - State Aid Rules on Services of General Economic Interest: For the Committee of the Region., *European State Aid Law Quarterly (EStAL)* 11 2019, 329 ff.
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef - Europäisches Kartellrecht, 13. Auflage Köln 2018 (*Bearbeiter*, in: EuroKartellR)
- Le Boedec, Kevin - Sensitivity and specificity of normality tests and consequences on reference interval accuracy at small sample size: a computer-simulation study, *Veterinary Clinical Pathology (Vet Clin Pathol)* 45 2016, 648 ff.
- Lecheler, Helmut/Gundel, Jörg - Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt –Zur Bedeutung der EuGH-Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft, *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 1998, 92 ff.
- Leibenath, Christoph - Anmerkung zu Chronopost, *EuZW (EuZW)* 2003, 509 ff.
- Leibenath, Christoph - Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, *Europarecht (EuR)* 2003, 1037 ff.
- Linder, Christian - Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, Primärrechtliche Grundzüge eines Rechts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, *Europäische*

- Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaft 4044 Frankfurt am Main 2004 (zitiert: *Linder*, Daseinsvorsorge)
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl Matthias/Riesenkampff, Alexander - Kartellrecht, 4. Auflage 2020 (*Bearbeiter*, in: KartellR)
- Lübbig, Thomas/Martin-Ehlers, Andrés - Beihilfenrecht der EU, Das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union München 2003 (zitiert: *Lübbig/Martin-Ehlers*, EU Beihilfenrecht)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike - Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage München 2014 (zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*, EU WettbewerbsR)
- Mortensen, Frands - Altmark, Article 86(2) and Public Service Broadcasting, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 7 2008, 239 ff.
- Müller-Benedict, Volker - Statistik in den Sozialwissenschaften, Eine leicht verständliche, anwendungsorientierte Einführung in das sozialwissenschaftlich notwendige statistische Wissen, 4. Auflage SpringerLink Bücher Wiesbaden 2007 (zitiert: *Müller-Benedict*, Statistik)
- Müller-Graff - Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 152 1988, 403 ff.
- Nehl, Hanns Peter - 2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 13 2014, 235 ff.

- Nettesheim, Martin - Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2002, 253 ff.
- Niemeyer, Hans-Jörg - Recent Developments in EC State Aid Law, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 1993, 273 ff.
- Otter, Jan Philipp - EU - Beihilferecht (Grundlagen), Stuttgart 2016 (zitiert: *Otter, EU BeihilfeR*)
- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich - Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, München, Tübingen 2017 (*Bearbeiter, in: Pechstein et al. 2017*)
- Pielow, Johann-Christian - Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, *Juristische Schulung (JuS)* 2006, 692 ff.
- Pünder, Hermann - Das Kartellvergaberecht als Sanktions- und Rechtsschutzinstrument bei Verstößen gegen das kommunale Wirtschaftsrecht?, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)* 2003, 530 ff.
- Rapp-Jung, Barbara - State Financing of Public Services – The Commission's New Approach, *EStAL (EStAL)* 2 2004, 205 ff.
- Razali, N. M./Wah, Y. B. - Power Comparisons of Shapiro-Wilk, Kolmogorov-Smirnov, Lilliefors and Anderson-Darling Tests, *Journal of Statistical Modeling and Analytics (JoSMA)* 2011, 21 ff.
- Reus, Andreas/Mühlhausen, Peter/Stöhr, Andreas - Haushalts- und Beihilferecht der EU: Verfahren, Ausführung, Kontrolle, 2017 (zitiert: *Reus, et al., Haushalts- und BeihilfeR*)
- Sachs, Lothar/Hedderich, Jürgen - Angewandte Statistik, Methodensammlung mit R, Springer eBook Collection Berlin, Heidelberg 2006 (zitiert: *Sachs/Hedderich, Angewandte Statistik*)

- Säcker, Franz Jürgen - Beihilfenrecht, 2. Auflage München 2018
(*Bearbeiter*, in: BeihilfenR)
- Schneiderhan, Volker - Daseinsvorsorge und Vergaberecht, Schriften zum öffentlichen Recht 1217 Berlin 2012 (zitiert: *Schneiderhan*, DaseinsV und VergabeR)
- Schnelle, Ulrich - Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 2 2003, 411 ff.
- Schröter, Helmuth *et al.* - Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage Baden-Baden 2014 (*Bearbeiter*, in: EuroWettbewerbsR)
- Schwabe, Winfried/Finkel, Bastian - Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, Materielles Recht & Klausurenlehre, 9. Auflage Achso! / Schwabe; Braunschneider ; 6 Stuttgart u.a. 2017 (zitiert: *Schwabe/Finkel*, Allg. VerwR)
- Schwarze, Jürgen - Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, 334 ff.
- Schweitzer, Heike - Daseinsvorsorge, "service public", Universaldienst, Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, Law and economics of international telecommunications 46 Baden-Baden 2002 (zitiert: *Schweitzer*, DaseinsV)
- Schwendinger, Gerd - Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung, Audiovisuelle Daseinsvorsorge und Pluralismussicherung im Lichte von EG- Beihilferecht und Dienstleistungsfreiheit Baden-Baden 2007 (zitiert: *Schwendinger*, öff. Rundfunk)

- Sinnaeve, Adinda - Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, 69 ff.
- Sinnaeve, Adinda. - State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 2 2003, 351 ff.
- Sinnaeve, Adinda/Slot, Piet Jan - The new Regulation on state aid procedures, Common Market Law Review (CMLR) 36 1999, 1153 ff.
- Soltész, Ulrich - Die „Belastung des Staatshaushalts“ als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i. S. des Art. 92 I EGV, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, 747 ff.
- Soltész, Ulrich - Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilferecht im Jahre 2010, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 11 2011, 541 ff.
- Streinz, Rudolf - Europarecht, 11. AuflageSchwerpunktbereich 2019 (zitiert: *Streinz*, EuropaR)
- Streinz, Rudolf/Ohler, Christoph/Burgi, Martin - EUV/EGV, München 2003 (*Bearbeiter*, in: EUV/EGV)
- Tettinger, Peter - Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, Recht der Energiewirtschaft (RdE) 1999, 45 ff.
- The Heritage Foundation. - Index of Economic Freedom, <https://www.heritage.org/index/ranking?version=505>
- The World Bank - GDP (current US\$), <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> zugegriffen am 17.12.2021.

- Thiemeyer, Theo - Zur Theorie der Gemeinwirtschaft in der
Wirtschaftswissenschaft, Gewerkschaftliche Monatshefte
(Gewerkschaftliche Monatshefte) 03 1972, 129 ff.
- UBA - Erneuerbare-Energien-Gesetz,
10.09.2021<https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/erneuerbare-energien-gesetz#erfolg>
zugegriffen am 7.1.2022.
- Vajda, Christopher/Stuart, Paul - Effects of the Standstill Obligation in
National Courts – all said after CELF? An English Perspective,
European State Aid Law Quarterly (EStAL) 9 2010, 629 ff.
- Vestager, Margrethe - Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt Befristeten
Rahmen an, damit die Mitgliedstaaten die Wirtschaft infolge des
COVID-19-Ausbruchs wirksamer unterstützen können,
19.03.2020https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_496
zugegriffen am 29.3.2022.
- Vesterdorf, Peter - New developments in European state aid law, EStALI
(EStALI) 2004, 11 ff.
- Wende, Susanne - Die einheitliche Auslegung von Beihilfen- und
Vergaberecht als Teilgebiete des europäischen Wettbewerbsrechts,
Veröffentlichungen des Instituts für deutsches und europäisches
Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht der Freien
Universität Berlin 26 Frankfurt am Main u.a. 2011 (zitiert: *Wende*,
WettbewerbsR)
- Werner, Michael Jürgen/Köster, Thomas - Anmerkung zu EuGH R.s
280/00, Altmark Trans GmbH, Europäische Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht (EuZW) 2003, 503 ff.
- Wernsmann, Rainer/Loscher, Tobias - Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichem Interesse im EU-Beihilfenrecht, Neue Zeitschrift für
Verwaltungsrecht (NVwZ) 2014, 976 ff.

Wiedemann, Gerhard - Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage München
2016 (*Bearbeiter*, in: KartellR)

Yazici, Berna/Yolacan, Senay - A comparison of various tests of normality,
Journal of Statistical Computation and Simulation (JSCS) 77 2007,
175 ff.

Anhang

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total SGEI government expenditure					93.483.000.000,00 €	93.553.000.000,00 €		
SGEI Decision (Preisstellungsbeschlüsse)					91.827.000.000,00 €	92.907.000.000,00 €		
SGEI Framework (Rahmen)					855.000.000,00 €	686.000.000,00 €		
Hospitals/healthcare	74.500.000.000,00 €	76.900.000.000,00 €	75.200.000.000,00 €	76.600.000.000,00 €	77.567.000.000,00 €	78.395.000.000,00 €		
Social services					5.362.870.000,00 €	5.395.700.000,00 €		
Childcare	1.380.000.000,00 €			5.354.800.000,00 €				
access to and reintegration into the labour market	29.786.108,00 €	32.091.909,00 €	5.328.900.000,00 €	6.352.000.000,00 €	6.556.800.000,00 €	6.568.960.000,00 €		
social housing	6.000.000.000,00 €	6.600.000.000,00 €	6.222.000.000,00 €					
SGEI compensation <= 15 Mio.								
young people and community life			56.362.000,00 €	56.362.000,00 €	59.472.000,00 €	13.240.000,00 €		
standardisation (French Standardisation Organisation – AFNOR)			9.700.000,00 €	8.900.000,00 €	8.175.000,00 €	8.165.000,00 €		
local and regional authorities (other SGEIs)					170.000.000,00 €	172.000.000,00 €		
SGEI compensation >= 15 Mio.								
postal services			563.200.000,00 €	535.000.000,00 €	107.420.000,00 €	110.820.000,00 €		
culture				105.000.000,00 €		340.000.000,00 €		
financial services								
Metrollogy, LNE					23.000.000,00 €	23.000.000,00 €		
Summe DAWI - Beihilfen nicht preisbereinigt	81.972.925.108,00 €	83.595.250.909,00 €	87.402.562.000,00 €	89.235.062.000,00 €	92.482.000.000,00 €	93.553.000.000,00 €	90.263.260.000,00 €	93.391.460.000,00 €
BIP real nicht preisbereinigt	2.088.804.000.000,00 €	2.117.189.000.000,00 €	2.149.765.000.000,00 €	2.198.432.000.000,00 €	2.234.129.000.000,00 €	2.297.742.000.000,00 €	2.360.687.000.000,00 €	2.425.708.000.000,00 €
DAWI - Beihilfen/BIP = Staatsquote	3,924%	3,948%	4,066%	4,059%	4,140%	4,072%	3,824%	3,850%
Veränderung	0	0,612%	2,970%	-0,164%	1,983%	-1,621%	-6,110%	0,692%
Schätzwert								

Bundesland/DAWI-Gesamt (Jahr)	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Nordrhein-Westfalen					254.000.783,33 €	261.575.137,17 €		
Hessen					356.154.781,00 €	406.198.673,00 €		
Rheinland-Pfalz					102.189.177,35 €	102.189.177,35 €		
Niederrhein					31.998.770,00 €	36.857.295,00 €		
Saarland					1.000.000,00 €	1.000.000,00 €		
Schleswig-Holstein					164.408.821,00 €	163.631.527,00 €		
Brandenburg					21.200.000,00 €	18.400.000,00 €		
Hamburg					386.430.000,00 €	446.370.000,00 €		
Baden-Württemberg					820.000.000,00 €	778.000.000,00 €		
Bayern					1.267.794.431,21 €	1.247.739.734,12 €		
Sachsen					435.280.995,26 €	456.262.692,62 €		
Sachsen-Anhalt					109.916.768,97 €	177.370.837,32 €		
Thüringen					17.830.885,52 €	16.988.712,34 €		
Berlin					240.000,00 €	390.000,00 €		
Mecklenburg-Vorpommern					48.220.000,00 €	21.750.000,00 €		
Bremen					976.000,00 €	1.131.000,00 €		
Bayern (Beihilze = Fiktives Budget)					3.874.013.079,64 €	4.110.286.132,92 €		
Gesamt (Beihilze = Rahmen)	1.565.664.282,00 €	2.003.196.730,00 €	3.124.270.000,00 €	3.030.140.000,00 €	3.874.013.079,64 €	4.110.286.132,92 €	3.898.216.715,03 €	4.247.935.836,04 €
BIP Gesamtdeutschland (Mrd €)	2.745.310.000,000,00 €	2.811.350.000,000,00 €	2.927.430.000,000,00 €	3.030.070.000,000,00 €	3.134.100.000,000,00 €	3.246.990.000,000,00 €	3.344.370.000,000,00 €	3.433.210.000,000,00 €
DAWI-Beihilze/BIP = Staatsquote	0,057%	0,071%	0,107%	0,100%	0,124%	0,127%	0,117%	0,124%
Veränderung	0	24,940%	49,788%	-6,288%	23,606%	2,898%	-8,779%	6,096%
Datenteilen BIF nicht greifbar; da Daten zu DAWI Beihilfen ebenso nicht greifbar.								
Wert für HDS wurde nur für beide Jahre zusammen angegeben, daher gemittelt.								

Mitgliedstaat	Country Code	notifizierte DAWI 2019 (preisunbereinigt) / Mio. €	BIP 2019 (preisunbereinigt) / LCU / Mio. €	GDP per capita (current €) (NV.GDP.PCAP.CN)	Economic Freedom 2019	DAWI/BIP LCU	Wechselkurs EURO/LCU (gemittelt Jahr)	LCU
Belgien	BEL	10.827,18 €	476.203,30 €	41.399,25 €	67,3	2,74%	EUR	
Bulgarien	BGR	58,58 €	61.239,32 €	8.778,90 €	69	0,06%	BGN	1,9538
Dänemark	DNK	138,85 €	312.748,74 €	53.788,45 €	76,7	0,04%	DKK	
Deutschland	DEU	4.247,94 €	3.446.050,00 €	41.508,33 €	73,5	0,13%	EUR	7,466064
Estland	EST	59,13 €	28.112,38 €	21.186,55 €	76,6	0,21%	EUR	
Finnland	FIN	129,57 €	240.556,00 €	43.566,31 €	74,9	0,05%	EUR	
Frankreich	FRA	93.391,46 €	2.425.708,00 €	36.174,44 €	63,8	3,85%	EUR	
Griechenland	GRC	781,20 €	187.456,49 €	17.491,23 €	57,7	0,41%	EUR	
Irland	IRL	752,20 €	347.215,33 €	70.371,41 €	80,5	0,21%	EUR	
Italien	ITA	89,81 €	1.286.747,00 €	29.679,68 €	62,2	0,09%	EUR	
Kroatien	HRV	42,53 €	54.238,16 €	13.341,89 €	61,4	0,07%	HRK	
Lettland	LVA	994,63 €	30.463,32 €	15.917,53 €	70,4	3,26%	EUR	
Litauen	LTU	1.065,40 €	48.797,37 €	17.464,20 €	74,2	2,83%	EUR	
Litauen	LUX	755,90 €	63.516,34 €	102.445,54 €	75,9	1,89%	EUR	
Malta	MLT	4,72 €	13.390,05 €	26.564,28 €	68,6	0,03%	EUR	
Niederlande	NLD	1.769,72 €	810.247,00 €	46.713,67 €	76,8	0,21%	EUR	Wert aus 2018 bis 2019 P.A.
Österreich	AUT	367,13 €	399.575,38 €	44.772,39 €	72	0,09%	EUR	
Polen	POL	83,27 €	530.236,95 €	14.021,34 €	67,8	0,01%	PLN	4,297619
Portugal	PRT	50,57 €	213.301,05 €	20.736,50 €	65,3	0,02%	EUR	
Rumänien	ROU	232,60 €	223.335,24 €	11.532,21 €	68,6	0,10%	RON	4,745347
Schweden	SWE	726,84 €	474.194,60 €	46.132,87 €	75,2	0,15%	SEK	
Slowakei	SVK	200,49 €	93.865,18 €	17.209,87 €	65	0,32%	EUR	10,589081
Slowenien	SVN	62,70 €	48.292,55 €	23.172,24 €	65,5	0,13%	EUR	
Spanische Republik	ESP	1.723,32 €	1.244.772,00 €	24.409,48 €	65,7	0,13%	EUR	
Tschechien	CZE	1.097,52 €	223.941,05 €	20.984,24 €	71,7	0,60%	CZK	35,670151
Ungarn	HUN	146,00 €	146.063,39 €	14.948,44 €	65	0,10%	HUF	325,295745
Vereinigtes Königreich	GBR	43,51 €	2.526.090,36 €	37.780,21 €	78,9	0,02%	GBP	
Zypern	CYP	3,57 €	22.286,88 €	24.885,88 €	68,1	0,01%	EUR	0,877771

Schweden und UK Angaben in DAWI Bericht in LCU. Übrige Mitgliedstaaten in €. PIP in LCU. Bei nicht-Euroländern umrechnung in EURO durch gemittelt WK im Referenzjahr 2019 (https://ec.europa.eu/economy_finance/wki/wki_data)