

# „Totgesagte Vorschriften leben länger“: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (London), Bonn und  
Dr. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel), Bonn

ZHR 166 (2002) 656–684

*Der Beitrag zeigt auf, dass die vor einem Jahrzehnt bereits für obsolet erklärte Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG keinesfalls tot ist. Vielbeachtete Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission, die der Ausnahmeklausel besonders für den Bereich der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen zentrale Bedeutung beimessen, haben in den letzten Jahren nicht nur zu einer Neubelebung der Norm in der Anwendungspraxis geführt, sondern auch die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung um Reichweite und Auslegung neu entfacht. Der Aufsatz nimmt die rasant gewachsene Bedeutung der Bestimmung zum Anlass, die vielfältigen Rechtsprobleme der Ausnahmeklausel dogmatisch anhand ihrer Tatbestandsmerkmale zu untersuchen. Dabei wird dargelegt, inwieweit die umstrittene Ferring-Rechtsprechung zu Kompensationen für Gemeinwohldienste und der hoch umstrittene Unternehmensbegriff die künftige Relevanz der Ausnahmeklausel bestimmen. Ferner plädieren die Autoren für eine strengere Prüfung des Betrauungsakts und des Verhinderungsmaßstabs als in der gegenwärtigen Entscheidungspraxis. Sie entwickeln schließlich einen praxisnahen Lösungsweg zur Bestimmung der Höhe der kompensationsfähigen Nettomehrkosten im Fall des Ausgleichs von Gemeinwohldiensten.*

## Inhalt

I. „Totgesagte Vorschriften leben länger“	657
II. Der Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG insbesondere im EG-Beihilfenrecht	658
III. Struktur der Ausnahmenvorschrift	662
IV. Unternehmen mit Sonderaufgaben als Begünstigte der Ausnahme	663
1. Der Unternehmensbegriff des Art. 86 Abs. 2 EG	663
2. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen	669
a) Dienstleistung	669
b) Allgemeines wirtschaftliches Interesse	669
c) Betrauung	672
3. Unternehmen mit dem Charakter eines Finanzmonopols	674
V. Die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung	674
1. Der Verhinderungsmaßstab	675
2. Ausgleich nur der Nettomehrkosten und Verhältnismäßigkeit der Handelsbeeinträchtigung	680
VI. Resümee	682

## I. „Totgesagte Vorschriften leben länger“

Vor einem Jahrzehnt kam von *Wilmowsky* in dieser Zeitschrift zu dem Ergebnis, der Rechtsprechung des EuGH und der Verwaltungspraxis der EG-Kommission sei zu entnehmen, dass Art. 90 Abs. 2 EWGV, der heutige Art. 86 Abs. 2 EG, obsolet sei. Weder rechtlich noch tatsächlich seien Fälle vorstellbar, in denen die Gemeinschaftsorgane Durchbrechungen der Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auf der Grundlage dieser Bestimmung zulassen würden<sup>1</sup>. Diese Feststellung hat sich in der Rückschau nicht bewahrheitet. Im Gegenteil und getreu dem Grundsatz „Totgesagte leben länger“ ist die Bedeutung der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum<sup>2</sup> in den vergangenen Jahren geradezu rasant gewachsen. Diese Entwicklung war wesentlich in der Notwendigkeit begründet, eine Norm für die Abwägung zwischen den wirtschafts- und sozialpolitischen Zielsetzungen der Mitgliedstaaten einerseits und dem Gemeinschaftsinteresse an der Sicherung unverfälschten Wettbewerbs und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes andererseits zu erlangen<sup>3</sup>. In der Rechtsprechung zeichnete sich seit den 1990er Jahren der Trend zu einer zunehmend gelockerten Anwendung der Ausnahmeklausel ab. Insbesondere im Rahmen der zuweilen von Vertretern der verschiedenen Interessengruppen vehement geführten Diskussion um die Leistungen der Daseinsvorsorge ist Art. 86 Abs. 2 EG in das Blickfeld des öffentlichen Interesses gerückt, worauf auch eine wenig förderliche „Politisierung“ dieser Norm zurückzuführen ist. In ihrer Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000 versteht die EG-Kommission Art. 86 Abs. 2 EG als die zentrale Konfliktbewältigungsvorschrift, um die Gemeinschaftsziele wie Wettbewerb und Binnenmarktfreiheiten mit der Erfüllung des staatlichen Auftrags zur Gewährleistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Einklang zu bringen<sup>4</sup>. Nicht zuletzt

<sup>1</sup> *von Wilmowsky*, ZHR 155 (1991), 545.

<sup>2</sup> Dabei ist eine umfangreiche Auseinandersetzung nicht nur in zahlreichen Aufsätzen, sondern auch in einer Vielzahl von Monografien festzustellen, vgl. neben den Nachweisen in den folgenden Fußnoten nur die Dissertationen von *Rumpff*, Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union? Art. 86 Abs. 2 (ex-Art. 90 Abs. 2) EGV im System des EGV, 2000 und *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, 2001 sowie die Aufsätze von *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041 ff. und *Storr*, DÖV 2002, 357 ff.

<sup>3</sup> *Ehricke*, EuZW 1993, 211, 215; siehe in diese Richtung auch die Formulierung des EuGH seit der Rs. C-202/88, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1991, I-1223 Rdn. 11 f.; später exemplarisch EuGH, *Albany International BV*, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Rdn. 103.

<sup>4</sup> Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG 2001 C 17/4, Ziff. 19.

das vielbeachtete jüngere Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ferring*<sup>5</sup> sowie die sich hierauf beziehenden Ausführungen der Generalanwälte Léger<sup>6</sup> und Jacobs<sup>7</sup> in den Schlussanträgen der Rechtssachen *Altmark Trans* bzw. *GEMO SA* stellen aktuelle Rechtsstreitigkeiten dar, die für die künftige Reichweite der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG von großer Bedeutung sind.

Nachdem im Folgenden zunächst der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG unter Berücksichtigung der *Ferring*-Rechtsprechung näher umschrieben wird (II.), soll anschließend die Struktur der Vorschrift erläutert werden (III.), bevor auf die Unternehmen als die Begünstigten der Ausnahmeklausel eingegangen wird (IV.). Schließlich werden die beiden Voraussetzungen geprüft, die vorliegen müssen, um eine Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG zu rechtfertigen (V.).

## II. Der Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG insbesondere im EG-Beihilfenrecht

Art. 86 Abs. 2 EG normiert für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, sowie für Finanzmonopole eine Ausnahme von dem Grundsatz der umfänglichen Geltung der Vertrags- und besonders der Wettbewerbsregeln. Als eigentlich sachgebietsübergreifende Ausnahmebestimmung<sup>8</sup> entfaltet Art. 86 Abs. 2 EG seine größte Wirkung im EG-Beihilfenrecht. Insoweit ist der Anwendungsbereich der Vorschrift allerdings zuletzt entscheidend in Frage gestellt worden. Ausgangspunkt hierfür waren in jüngerer Zeit auftretende Streitigkeiten über die Reichweite des Beihilfenverbots nach Art. 87 Abs. 1 EG. Ob insoweit die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG einschlägig wird, hängt maßgeblich davon ab, inwiefern der Ausgleich für bestimmte Gemeinwohldienste bereits den EG-Beihilfentatbestand des Art. 87 EG entfallen lassen kann, weil und soweit schon das Vorliegen einer Begünstigung zu verneinen ist. Nimmt man dies in weitem Umfang an, verliert die Ausnahmeklausel in einem wesentlichen Bereich ihres bisherigen Anwendungsgebietes ihre Bedeutung.

5 EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067.

6 Schlussanträge in der Rs. C-280/00 *Altmark Trans* v. 19. 3. 2002, Rdn. 79ff. (noch nicht in Slg.), abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

7 Schlussanträge in der Rs. C-126/01 *GEMO SA* v. 30. 4. 2002, Rdn. 87ff. (noch nicht in Slg.), abrufbar im WWW unter der URL <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

8 Als solche kommt Art. 86 Abs. 2 EG erst zum Zuge, nachdem die im Vertrag vorgesehenen sachgebietspezifischen Ausnahmebestimmungen ausgeschöpft worden sind. Das gilt insbesondere mit Blick auf Art. 30, Art. 45 und Art. 46 EG (ggf. i.V.m. Art. 55 EG), Art. 81 Abs. 3 EG und Art. 87 Abs. 2 und 3 EG. Greifen diese Ausnahmeklauseln, ist ein Abweichen von den Vertragsbestimmungen von vornherein nicht erforderlich.

Die Rechtsprechung zu diesem Fragenkomplex erhielt durch das jüngste Urteil des EuGH im Fall *Ferring*<sup>9</sup> eine entscheidende Wendung. Die Rechtsache betraf eine vom französischen Gesetzgeber eingeführte Abgabe auf den Verkauf von Arzneimitteln. Dieser Abgabepflicht unterliegen allerdings nur die Pharmahersteller, nicht dagegen die Großhändler. Letzteren ist dafür die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung aufgegeben, ständig ein dem Bedarf eines bestimmten geografischen Gebietes entsprechendes Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel innerhalb dieses Gebietes zu gewährleisten. Für den Gerichtshof stellte sich die Frage, ob finanzielle Vorteile wie die Befreiung von der Abgabepflicht, die ein Mitgliedstaat gewährt, um die Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen, die er bestimmten Unternehmen auferlegt hat, staatliche Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG darstellen. Der EuGH entschied, dass eine Begünstigung der Unternehmen ausscheide, wenn der Betrag der von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile nicht den der Kosten übersteige, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergäben<sup>10</sup>. Sind demnach die staatlichen Zuwendungen geringer als die mit der Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbundenen Kosten oder entsprechen sie diesen, liegt nach dieser Rechtsprechung schon keine Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG vor. Einer Rechtfertigung der staatlichen Zuwendung am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EG bedürfte es in diesen Fällen nicht mehr.

Folgt man dem Ansatz der Rechtsprechung, so dürften von Art. 86 Abs. 2 EG allenfalls diejenigen Fördermaßnahmen erfasst bleiben, in denen eine objektive Bewertung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung überhaupt nicht möglich oder mit erheblichen Schwierigkeiten bzw. Bewertungsunsicherheiten verbunden ist<sup>11</sup>. Der Ansatz des EuGH erscheint indes fragwürdig. Generalanwalt Jacobs hat in der Rechtssache *GEMO SA* die wesentlichen Einwände zusammengefasst<sup>12</sup>. Er weist zu Recht darauf hin, dass Art. 86 Abs. 2 EG durch die *Ferring*-Rechtsprechung des EuGH im Bereich der staatlichen Beihilfen sehr weitgehend seiner Wirksamkeit beraubt wird, obwohl die Bestimmung als der maßgebliche Prüfstein konzipiert ist, um das Interesse

9 EuGH (Fn. 5) Slg. 2001, I-9067.

10 EuGH (Fn. 5), Slg. 2001, I-9067 Rdn. 29.

11 Vgl. so im Ergebnis auch die Rundfunkentscheidungen der Kommission: Pressemitteilung IP/99/132 der Kommission; Entscheidung der Kommission v. 24. 2. 1999, Beihilfe NN 70/98, *Kinderkanal und Phoenix*, Ziff. 6.3., nicht veröffentlicht; Entscheidung der Kommission v. 14. 12. 1999, Beihilfe NN 88/98, *BBC News 24*, abrufbar im Internet unter der URL [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/nn088-98.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn088-98.pdf).

12 Schlussanträge (Fn. 7) v. 30. 4. 2002, Ziff. 116; vgl. ähnlich auch die Entscheidung der Kommission v. 19. 6. 2001, *Deutsche Post AG*, ABL.EG.2002 L 247/27 Ziff. 70. Neben den im Text ausgeführten Argumenten verweist Jacobs auf die zweistufige Prüfung des Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. den übrigen Wettbewerbsregeln sowie den Vorschriften für den freien Warenverkehr, was für eine parallele zweistufige Prüfung auch im Beihilfenrecht spreche.

der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln mit der Erfüllung eines staatlichen Auftrags von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Einklang zu bringen<sup>13</sup>. Zumindest bedenklich ist ferner, dass die Ausgleichszahlungen für die Verpflichtung zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen der (Präventiv-)Kontrolle durch die Kommission gem. Art. 88 Abs. 3 EG entzogen werden. Zwar hat die Kommission nach wie vor die Möglichkeit, diese Ausgleichszahlungen ex post von Amts wegen auf die Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln und insbesondere auf etwaige Überkompensationen hin zu untersuchen, doch ist eine solche Kontrolle naturgemäß weniger effektiv und nicht im gleichen Maße in der Lage, eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und einen Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten wie eine generelle präventive Kontrolle. In systematischer Hinsicht ist mit *Jacobs* zudem auf Art. 73 EG zu verweisen, der eine Ausnahmebestimmung für den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Pflichten für den Verkehrssektor eigens normiert, also nicht bereits von einem beihilfenrechtlichen Tatbestandsausschluss ausgeht<sup>14</sup>.

Allerdings führt *Jacobs* auch Gründe für die von ihm als „Ausgleichsansatz“ bezeichnete Näherungsweise des EuGH im Urteil *Ferring* an<sup>15</sup>. Nicht zu überzeugen vermag dabei der Hinweis auf die Eilbedürftigkeit mancher Betrauungsakte, die eine vorherige Notifizierung unmöglich mache. Die Praxis zu der Genehmigung der besonders eilbedürftigen Rettungsbeihilfen zeigt<sup>16</sup>, dass dies jedenfalls kein Spezifikum der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellt, sondern vorrangig eine Frage der Organisation der Genehmigungsstrukturen ist. Das weitere Argument, es müsse ein wirtschaftlicher Vorteil für die Bejahung des EG-Beihilfentatbestands vorliegen, hilft insoweit nicht weiter. Denn es ist genau die Frage, ob in Fällen, in denen eine Gemeinwohlverpflichtung auferlegt und kompensiert wird, eine Begünstigung vorliegt. Diese Frage lässt sich dogmatisch noch präziser verorten. Es ist nämlich zu entscheiden, ob die Erbringung von Gemeinwohldiensten eine kompensationsfähige Gegenleistung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit des Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses darstellt und die Begünstigung jeglicher Unternehmen verhindern kann. Unter diesem Blickwinkel zeigt sich auch die Schwäche eines dritten von *Jacobs* angeführten Einwandes. Er weist darauf hin, dass der Staat auch in anderen Bereichen Leistungen einkaufe und diese vergüte, etwa Waren wie Computer oder Dienstleistungen wie die Raumpflege, ohne dass man auf den Gedanken einer etwaigen Begünstigung des Verkäufers käme, solange ein angemessenes

13 Vgl. Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000; EuGH (Fn. 3), Slg. 1991, I-1223 Rdn. 12; (Fn. 3), Slg. 1999, I-5751 Rdn. 103.

14 Dies setzt allerdings die berechnete Vermutung voraus, dass Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 73 EG einen identischen Beihilfenbegriff zugrunde legen.

15 Schlussanträge (Fn. 7) v. 30. 4. 2002, Ziff. 116.

16 Dazu *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 126 ff., insbesondere S. 130 mit Fn. 515.

Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis vorliegt. Dieser Vergleich hinkt jedoch insofern, als im einen Fall eine marktübliche (Computer etc.) und im anderen Fall eine marktunübliche Leistung (Gemeinwohldienste) eingekauft wird. Ob auch die Kompensation marktunüblicher Leistungen den Begünstigungstatbestand entfallen lässt, ist wiederum eine Frage, die lediglich das Ergebnis einer Auslegung sein kann. Die Systematik der Ausnahmen zumindest des Art. 87 Abs. 3 EG spricht eher dagegen, Gemeinwohlleistungen als kompensationsfähig einzuordnen. So erbringen etwa Unternehmen im Kulturbereich auch Gemeinwohldienste. Dies gilt beispielsweise für ein Theater, das aufgrund von staatlichen Förderzahlungen kulturelle Dienstleistungen zu verbilligten Preisen anbieten kann. Gleichwohl sieht Art. 87 Abs. 3 lit. d EG eine eigene Ausnahmeklausel für die Kulturförderung vor. Soll diese nur für Überkompensationen greifen? Welche Rechtfertigung könnte es für eine derartige Überkompensation geben? Und käme dann noch eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht?<sup>17</sup>

Die Kritik an beiden Ansätzen führt Generalanwalt *Jacobs* jedenfalls zu einer vermittelnden Lösung. Er schlägt vor, dass in Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist, schon keine Beihilfe i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EG vorliegen soll. Dies gelte insbesondere für Verträge über die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die nach der Durchführung eines objektiven, transparenten und nicht-diskriminierenden Ausschreibungsverfahrens abgeschlossen worden sind. In Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen nicht unmittelbar erkennbar oder die Gemeinwohlverpflichtung nicht klar definiert ist, sollen hingegen die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG Anwendung finden und Art. 86 Abs. 2 EG der entscheidende Prüfstein bleiben. Dieser Ansatz, der einen Ausschluss des Beihilfentatbestands nur im Fall einer klar erkennbaren Aufgabenübertragung und eines eindeutigen Ausschlusses von Überkompensationen annimmt, hat den Vorteil einer hohen Praktikabilität, so dass er für das Vorgehen von Kommission und EuGH durchaus zu erwägen ist. Zudem könnte eine teleologische Auslegung des Begünstigungstatbestands<sup>18</sup> in diesem Fall für die Bejahung der Kompensationsfähigkeit der Gegenleistung sprechen, weil eine Begünstigung im Vergleich zu sonstigen Unternehmen weitgehend vermieden wird. Denn die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens begründet grundsätzlich einen diskriminie-

17 Dies ist zu verneinen, wie unten im Anschluss an die *Ferring*-Rechtsprechung des EuGH dargelegt wird, siehe V. 2.

18 Eine solche normative Betrachtung führt etwa dazu, dass regionalökonomische Begünstigungseffekte nicht als kompensationsfähig anzusehen sind; siehe dazu bereits den Hinweis bei *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 16), S. 46 f.

rungsfreien Markt um die Erbringung der Gemeinwohldienste und wird dadurch dem Einkauf marktüblicher Gegenstände durch den Staat vergleichbar.

Aber auch insoweit bleiben Zweifel. Denn auch bei Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens können Begünstigungen bestimmter Unternehmen nicht vollständig ausgeschlossen werden. Dies wird etwa deutlich am Beispiel der Ausschreibung des bestmöglichen Baus und Betriebs einer Hafeninfrasturktur zu einer vorgesehenen bestimmten Fördersumme. Hier mag das den Zuschlag erhaltende Unternehmen gemäß den obigen Ausführungen gegenüber den übrigen Teilnehmern an der Ausschreibung nicht begünstigt sein. Existieren allerdings konkurrierende Betreiber von nahe gelegenen Hafeninfrasturkturen, die Infrastrukturleistungen auf demselben räumlich und sachlich relevanten Markt anbieten, werden diese trotz der Ausschreibung wegen der Kompensationsmaßnahmen für den Konkurrenten benachteiligt. Es wird sich daher noch erweisen müssen, inwieweit die Erbringung von Gemeinwohldiensten als kompensationsfähige Gegenleistung zu einem Ausschluss des EG-Beihilfentatbestands führt und ob nicht eine teleologische Auslegung des Begünstigungstatbestands im Lichte des Wettbewerbsschutzes insoweit bestimmte Schranken einziehen muss<sup>19</sup>. Der Vorschlag von *Jacobs* ist trotz der dargelegten Einwände gegenwärtig jedenfalls als praktikable Antwort auf diese schwierige Wertungsfrage einzustufen. Ob der Gerichtshof am *Ferring*-Ansatz festhalten wird, scheint indes nicht nur wegen der Schlussanträge von *Jacobs* zweifelhaft. So geht Generalanwalt *Léger* sogar noch einen Schritt weiter und plädiert in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Altmark Trans* für eine völlige Abkehr von dieser Rechtsprechung<sup>20</sup>. Er möchte Kompensationszahlungen für Gemeinwohldienste grundsätzlich als Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ansehen und ausschließlich im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG prüfen. Von der diesbezüglich zu erwartenden weiteren Rechtsprechung wird jedenfalls die verbleibende Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG im Beihilfenbereich maßgeblich abhängen.

### III. Struktur der Ausnahmenvorschrift

Art. 86 Abs. 2 EG benennt als Begünstigte Unternehmen, die mit der Erfüllung von Sonderaufgaben befasst sind. Von großer Bedeutung sind dabei die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden sind. Insoweit bedarf es zunächst der Feststellung, ob

19 Die Entwicklung weiterer Konzepte kann insoweit nicht im Rahmen dieses Aufsatzes erfolgen; siehe zu den bei Infrastrukturprojekten zu beachtenden Marktebenen *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881, 888 f.

20 Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* (Fn. 6) v. 19. 3. 2002, Rdn. 79 ff.; kritisch auch *Gundel*, RIW 2002, 222 ff.; die Rechtsprechung hingegen befürwortend *Bartosch*, NVwZ 2002, 174 f.; *ders.* in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 163, 176 ff.

eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt. Dies stellt in der Regel nur eine geringe Hürde dar. Einer strengeren Prüfung unterliegt hingegen, ob ein Betrauungsakt vorliegt. Als weniger bedeutsame Alternative kommen Unternehmen mit dem Charakter eines Finanzmonopols als Adressaten der Ausnahmebestimmung in Betracht. Für beide unternehmerischen Sonderaufgaben gibt die Struktur der Vorschrift eine Zweischrittprüfung der Voraussetzungen vor, bei deren Vorliegen eine Ausnahme gerechtfertigt werden kann. Zunächst muss die Anwendung der Vertragsbestimmungen die Aufgabenerfüllung verhindern. Erst danach erfolgt die Prüfung, ob das Abweichen vom Vertrag zu einer unverhältnismäßigen Handelsbeeinträchtigung führt.

### IV. Unternehmen mit Sonderaufgaben als Begünstigte der Ausnahme

#### 1. Der Unternehmensbegriff des Art. 86 Abs. 2 EG

Bevor sich die Frage nach Ausnahmen von Wettbewerbs- und sonstigen Vertragsregeln stellt, muss geprüft werden, ob das konkrete Verhalten überhaupt den genannten Bestimmungen unterliegt. Dies ist prinzipiell nur bei einer wirtschaftlichen Betätigung der Fall. Entsprechend greift auch die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG nur im Fall eines wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Tätigwerdens. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um öffentliche oder private Unternehmen handelt. Der EG-Vertrag enthält im Unterschied zum mittlerweile außer Kraft getretenen EGKS-Vertrag (Art. 80)<sup>21</sup> und zum EAG-Vertrag (Art. 196 lit. b)<sup>22</sup> keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs. Rechtsprechung<sup>23</sup> und Schrifttum<sup>24</sup> gehen von einem einheitlichen Unternehmensbegriff im EG-Wettbewerbsrecht aus, der zudem

21 Dort heißt es: „Unternehmen [...] sind diejenigen Unternehmen, die [...] eine Produktionstätigkeit auf dem Gebiet von Kohle und Stahl ausüben; was die Art. 65 und 66 sowie die zu ihrer Anwendung erforderlichen Auskünfte und die ihretwegen erhobenen Klagen anbelangt, so sind Unternehmen [...] ferner diejenigen Unternehmen und Organisationen, die gewerbsmäßig eine Vertriebstätigkeit ausüben mit Ausnahme des Verkaufs an Haushaltungen oder an Kleingewerbetreibende“.

22 Die Bestimmung lautet: „Unternehmen: jedes Unternehmen oder jede Einrichtung, die ihre Tätigkeit ganz oder teilweise in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet ausübt, das in dem entsprechenden Kapitel dieses Vertrags bezeichnet ist; die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Stellung der Unternehmen und Einrichtungen spielt dabei keine Rolle“.

23 Seit EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elsnér*, Slg. 1991, I-1979 Rdn. 21 st. Rspr.

24 *von Burchard* in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EG Rdn. 13; *Hochbaum* in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, 5. Aufl. 1999, Art. 90 EG Rdn. 6; *Jung* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EG Rdn. 11; *Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997 C., Art. 37, 90 Rdn. 1; *Pernice* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, Kommentar, 1999, Art. 90 EGV Rdn. 14; a. A. *Schindler*, CMLRev 1970, 57, 59 ff.

auch mit dem Unternehmensbegriff des Art. 86 EG übereinstimmt<sup>25</sup>. Es ist ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde zu legen: Ein Unternehmen ist demnach „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>26</sup>, die nicht ausschließlich Verbraucher bzw. Arbeitnehmer<sup>27</sup> ist. Der Unternehmensbegriff besteht demzufolge wesentlich aus den Bestandteilen „wirtschaftliche Tätigkeit“ und „Einheit“, deren Auslegung maßgeblich unter dem Blickwinkel zu erfolgen hat, ob durch die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung eine Einheit auf dem Markt agiert, die in der Lage ist, tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb zu verzerren.

Das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist funktional und damit weit zu verstehen<sup>28</sup> und erfasst jedes auf das Angebot bzw. auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtete, also marktbezogene Verhalten<sup>29</sup>. Ein solches liegt jedenfalls dann vor, wenn Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt angeboten werden<sup>30</sup>, wobei der Begriff des Entgelts wiederum weit zu verstehen ist. Dieser setzt insbesondere kein synallagmatisches Austauschverhältnis voraus. Eine unternehmerische Betätigung liegt sogar dann noch vor, wenn sie mit der Befugnis zum Tätigwerden in einer Handlungsform des öffentlichen Rechts verknüpft ist, solange sich diese – beispielsweise rechtsetzende – Tätigkeit auf die Festsetzung von Tarifen und Bedingungen für Dienstleistungen beschränkt<sup>31</sup>. Schließlich stellt auch die Absicht der Gewinnerzielung kein konstitutives Element für eine wirtschaftliche Tätigkeit dar<sup>32</sup>.

In der Ausübung von Hoheitsgewalt ist hingegen keine wirtschaftliche Tätigkeit zu sehen<sup>33</sup>. Der Begriff der Ausübung von Hoheitsgewalt ist nach ge-

25 Jung (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 11; *Mestmäcker*, *RabelsZ* 52 (1988), 526, 536; *ders.* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 1 m. w. N.; *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 14.

26 EuGH (Fn. 23), Rdn. 21; zur st. Rspr. vgl. EuGH, verb. Rs. C-159 und C-160/91, *Poucet et Pistre*, Slg. 1993, I-637 Rdn. 17; Rs. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance u. a.*, Slg. 1995, I-4013 Rdn. 14; Rs. C-55/96, *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119 Rdn. 21; (Fn. 3), Slg. 1999, I-5751 Rdn. 77; Rs. C-180 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 Rdn. 74; Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8089 Rdn. 19; Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577 Rdn. 46.

27 EuGH, Rs. C-22/98, *Becu*, Slg. 1999, I-5665 Rdn. 26.

28 Vgl. EuGH, Rs. C-364/92, *Eurocontrol*, Slg. 1994, I-43 Rdn. 22 ff.

29 *Mestmäcker* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 3; vgl. *Stockenhuber*, *Europäisches Kartellrecht*, 1999, S. 6; so sind etwa Rechtsanwälte als Dienstleistungsanbieter Unternehmen i. S. d. Art. 86 Abs. 1 EG, siehe EuGH (Fn. 26), Slg. 2002, I-1577 Rdn. 48 f.

30 EuGH (Fn. 26), Slg. 2000, I-6451 Rdn. 75, 108; (Fn. 26), Slg. 2001, I-8089 Rdn. 19; (Fn. 26), Slg. 2002, I-1577 Rdn. 47; vgl. auch schon EuGH, Rs. 118/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2599 Rdn. 7; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 14 mit Fn. 54.

31 EuGH, Rs. 41/83, *Italien/Kommission*, Slg. 1985, 873 Rdn. 19 f.

32 EuGH (Rdn. 26), Slg. 1995, I-4013 Rdn. 21; vgl. auch *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 16; *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 11; *Mestmäcker* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 3.

33 EuGH (Fn. 28), Slg. 1994, I-43 Rdn. 27 ff.; EuGH, Rs. C-343/95, *Diego Calí & Figli*, Slg. 1997, I-1547 Rdn. 22 ff.; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 14; *Mestmäcker*

meinschaftsautonomen Kriterien zu konkretisieren und eng auszulegen. Er umfasst jedenfalls die Ausübung von Zwangsbefugnissen. Aus diesem Grunde verneinte der EuGH auch die Unternehmenseigenschaft im Fall *Eurocontrol*<sup>34</sup>. Der Gerichtshof entschied, dass die Einziehung von Gebühren durch Eurocontrol nicht von dessen hoheitlichen Befugnissen bei der Kontrolle und Überwachung des Luftraums getrennt werden könne<sup>35</sup>. Zu diesem Zweck verfüge Eurocontrol – jedenfalls im Fluginformationsgebiet der Benelux-Länder und des nördlichen Teils Deutschlands – über Zwangsbefugnisse gegenüber den Luftfahrzeugführern<sup>36</sup>. Diese Rechtsprechung hat der EuGH im Fall *Diego Calí & Figli* für die Überwachung des Meeresbereiches zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung<sup>37</sup> und im Fall *Banchemo* im Hinblick auf die Kontrolle über die Eröffnung und regionale Verteilung von Tabakläden bestätigt<sup>38</sup>.

Welche Aufgaben zur Ausübung von Hoheitsgewalt gehören, ist allerdings noch nicht abschließend geklärt. Allein auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat kann es jedenfalls nicht ankommen<sup>39</sup>. Teilweise wird vorgeschlagen, statt dessen auf die Eigenart der Tätigkeit als öffentliches Gut<sup>40</sup> abzustellen oder darauf, dass die betreffende Einheit im – durch die öffentliche Aufgabenzuweisung gebundenen – Gesetzesvollzug handelt<sup>41</sup>. Im Bemühen um eine autonome gemeinschaftsrechtliche Begriffsbestimmung wird ferner eine Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung zu den Ausnahmestimmungen der Art. 39 Abs. 4 und Art. 45 EG vertreten<sup>42</sup>. Hierdurch werden allerdings lediglich Befugnisse im Kernbereich der Ausübung des hoheitlichen Gewaltmonopols erfasst. Der Strafvollzugsdienst oder die Gewährleistung der inneren Sicherheit durch die Polizei sowie der äußeren Sicherheit durch das Militär stellen demnach unzweifelhaft keine

(Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 8 ff.; *Roth/Ackermann* in: *Glassen* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Art. 81 EG Rdn. 43.

34 EuGH (Fn. 28), Slg. 1994, I-43 Rdn. 18 ff.

35 EuGH (Fn. 28), Slg. 1994, I-43 Rdn. 28 und 30.

36 EuGH (Fn. 28), Slg. 1994, I-43 Rdn. 24; (Fn. 33), Slg. 1997, I-1547 Rdn. 23; zu Einzelheiten der Kompetenzen *Randelzhofer* in: *Maunz/Dürig u. a.* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Losebl., Stand: Dezember 1992, Art. 24 Rdn. 181.

37 EuGH (Fn. 33), Slg. 1997, I-1547 Rdn. 23; die Argumentation im Hinblick auf das Bestehen von hoheitlichen Befugnissen ist dabei allerdings knapp, vgl. auch den Hinweis in Fn. 46.

38 EuGH, Rs. C-387/93, *Banchemo*, Slg. 1995, I-4663 Rdn. 49.

39 EuGH (Fn. 23), Slg. 1991, I-1979 Rdn. 22.

40 *Fesenmair*, *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996, S. 48 ff., auch unter Hinweis auf parallele Ergebnisse zu einem Ansatz, der auf eine Auslegung am Maßstab der Art. 39 Abs. 4 und Art. 45 EG abstellt, dazu sogleich bei Fn. 42.

41 In diese Richtung *Mestmäcker* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 8.

42 *Ehlermann*, *ECLR* 1993, 61, 66; zustimmend *Heinemann*, *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996, S. 76 f.; *Mestmäcker* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 8; ablehnend *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 275 ff.

unternehmerischen Betätigungen dar. Ferner schließen auch die Besonderheiten einer Schulpflicht und der damit verbundenen Wahrnehmung von hoheitlichen Befugnissen die Qualifizierung der schulischen Primärausbildung<sup>43</sup> als unternehmerische Betätigung aus. Die erwähnten Ansatzpunkte zur Begriffseingrenzung lassen jedoch weiter unklar, inwieweit die Wahrnehmung regulatorischer Tätigkeiten aus dem Unternehmensbegriff auszuklammern ist. Grundsätzlich legen Regulierungsinstanzen lediglich einen Rahmen für die wirtschaftliche Tätigkeit fest und werden insoweit nicht selbst unternehmerisch tätig. Dies muss dann auch hinsichtlich der Genehmigungstätigkeit gelten<sup>44</sup>. Soweit allerdings derartige Einheiten auf dem von ihnen regulierten Markt oder einem anderen Markt tätig sind, sind sie als Unternehmen zu qualifizieren<sup>45</sup>.

Einschränkend ist weiterhin klarzustellen, dass diese Grenzziehung lediglich eine mitgliedstaatliche Befugnis begründet, bestimmte Bereiche aus der unternehmerischen Sphäre auszuklammern. Der Ausschluss aus dem Unternehmenstatbestand greift hingegen nicht, soweit der Mitgliedstaat das betreffende Segment freiwillig für die unternehmerische Betätigung öffnet<sup>46</sup>. In diesem Fall entstehen zumindest potenzielle Wettbewerbsverhältnisse und es liegt eine wirtschaftliche Betätigung vor. Angesichts der zunehmenden Privatisierung von Sektoren, die durch Elemente hoheitlicher Gewaltausübung geprägt sind, tritt dieser Aspekt verstärkt in den Vordergrund. Anschaulich wird dies am Beispiel der Erbringung von Justizvollzugsdiensten: Möchte der Staat private Unternehmen in den Betrieb von Justizvollzugsanstalten einschalten, so transferiert er hiermit einzelne Tätigkeiten aus dem „unternehmensfreien“ Bereich staatlicher Gewaltausübung in den Bereich wirtschaftlicher, d.h. unternehmerischer Betätigung. Dies gilt unabhängig davon, dass hoheitliche Eingrenzen fortbestehen. Eine mitgliedstaatliche Öffnung gegenüber der unternehmerischen Leistungserbringung ist darüber hinaus beispielsweise im Schulbereich denkbar.

Im Sozialversicherungssektor weist die Rechtsprechung des EuGH zur Konturierung des Unternehmensbegriffs noch keine klare Linie auf. Im Fall *Poucet* lehnte der EuGH in Bezug auf eine Sozialkasse die Unternehmenseigenschaft ab, obwohl diese Tätigkeit auch von einem Privaten erbracht werden kann<sup>47</sup>. Zur Begründung stellte er kumulativ auf die soziale Zweckset-

43 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-263/86, *Humbel*, Slg. 1988, I-5365 Rdn. 18 ff., allerdings zum Begriff der entgeltlichen Dienstleistung i. S. d. Art. 59 EG a. F.

44 Dies zeigt das Urteil EuGH (Fn. 38), Slg. 1995, I-4663 Rdn. 49.

45 Dazu GA *Jacobs* in den Schlussanträgen zur Rs. C-475/99, (Fn. 26), Nr. 79; siehe zu den Grenzen einer solchen Doppelfunktion aber EuGH, Rs. C-18/88, *GB-Inno-BM SA*, Slg. 1991, I-5941 Rdn. 25 f.

46 Das entspricht der Paralleljudikatur zu Art. 45 EG (i.V.m. Art. 55 EG); siehe EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998, I-6717 Rdn. 33 ff.; bedenklich daher EuGH (Fn. 33), Slg. 1997, I-1547, der auf diesen Aspekt nicht eingeht.

47 EuGH (Fn. 26), Slg. 1993, I-637 Rdn. 18 f.; kritisch dazu *Fesenmair* (Fn. 40), S. 62 f.

zung, die fehlende Gewinnerzielungsabsicht, den zugrunde liegenden Solidaritätsgrundsatz und die hoheitliche Determinierung des Verhaltens ab<sup>48</sup>. Diese Kriterien wandte der EuGH in der Folgezeit streng an mit der Konsequenz, dass er deren Vorliegen mit Blick auf private Zusatzrentenversicherungssysteme verneinte und daher eine Unternehmenseigenschaft der jeweiligen Anbieter annahm. So bewirkt eine durch freiwillige Mitgliedschaft begrenzte Geltung des Solidaritätsgrundsatzes nicht den Ausschluss des wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit<sup>49</sup>, des Weiteren begründen die für obligatorische Sozialversicherungssysteme untypische Anwendung des Kapitalisierungsprinzips, die Einkommensunabhängigkeit der Beiträge oder die beitrags- und ertragsorientierte Festsetzung der Leistungen die Unternehmenseigenschaft solcher Versicherungssysteme.

Diese strikte Eingrenzung der *Poucet*-Rechtsprechung ist im Ergebnis zu begrüßen, da bereits dem Ausgangspunkt im *Poucet*-Urteil nicht gefolgt werden kann. Keines der im *Poucet*-Urteil vom Gerichtshof genannten Kriterien (soziale Zwecksetzung, fehlende Gewinnerzielungsabsicht, Solidaritätsgedanke, hoheitliche Verhaltensdeterminierung) ist geeignet, für sich genommen den funktional unternehmerischen Charakter der Versicherungstätigkeit in Frage zu stellen. Aber auch die Kumulation der Merkmale vermag dies nicht zu tun. Mehr als eine überzeugende dogmatische Orientierung lässt die Rechtsprechung des EuGH hier politisches Taktieren vermuten. Im Bereich der Versicherungstätigkeit ist vielmehr lediglich ein Kriterium erheblich, nämlich das Prinzip der Umlagenfinanzierung. Nur der Staat mit seiner Zwangsgewalt ist in der Lage, die Kontinuität dieses Finanzierungsmodells zu garantieren, und kann hierdurch entsprechende Versicherungsleistungen in staatlicher, nichtunternehmerischer Form erbringen, wie etwa die umlagenfinanzierte Rentenversicherung. Nur insoweit und deswegen scheidet ein unternehmerisches Tätigwerden aus. Die übrigen Besonderheiten sozialer Versicherungssysteme führen hingegen nicht zum Ausschluss der Unternehmenseigenschaft. Dies gilt besonders für den Solidaritätsgrundsatz. Denkbar ist durchaus, dass der Mitgliedstaat durch gesetzliche Bestimmungen entsprechende allgemeinverbindliche Versicherungsbedingungen normiert, ohne dass deshalb das unternehmerische Handeln entfällt. Der Charakter des Wirtschaftens wie auch die potenziell wettbewerbsfähige Leistungserbringung bleiben davon nämlich unberührt. Etwaigen Besonderheiten kann im Übrigen bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ sowie im Rahmen der Anwendung des von Art. 86 Abs. 2 EG vorgegebenen Verhinderungsmaßstabes hinreichend Rechnung getragen werden<sup>50</sup>. Dies macht auch die jüngste Rechtsprechung zur flächendeckenden Versorgung

48 EuGH (Fn. 26), Slg. 1993, I-637 Rdn. 8 ff.

49 EuGH (Fn. 26), Slg. 1995, I-4013 Rdn. 17, 19.

50 Siehe dazu u. IV. 2. a) sowie u. V. 1.; so auch *Engelmann*, Kostendämpfung im Gesundheitswesen und EG-Wettbewerbsrecht, 2002 (im Erscheinen), S. 69 ff.

mit Notfalltransportdiensten zu einheitlichen Benutzungsentgelten bei gleicher Qualität deutlich<sup>51</sup>. Ein pauschales Ausklammern derartiger Tätigkeiten aus dem Unternehmensbegriff schließt dagegen eine differenzierte Berücksichtigung möglicher Wettbewerbselemente bei einer angemessenen Beachtung der gebotenen Ausnahmen von den Wettbewerbsvorschriften von vornherein aus.

Ferner ist auch die alleinige wirtschaftliche Betätigung auf dem Beschaffungsmarkt als unternehmerisches Handeln zu qualifizieren<sup>52</sup>. Dies folgt zwingend aus der beim funktionalen Unternehmensbegriff maßgeblichen Frage, ob die betreffende Einheit in der Lage ist, Wettbewerbsverzerrungen durch ihr Angebots- oder Nachfrageverhalten auszulösen. Im Gesundheitswesen hat daher beispielsweise die Beschaffungstätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen (in Deutschland) Unternehmensqualität, selbst wenn man die Tätigkeit auf dem Angebotsmarkt als nichtunternehmerisches Handeln qualifizieren sollte<sup>53</sup>. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass es einer strikten Trennung der (vermeintlich) nichtunternehmerischen Tätigkeit von anderen Tätigkeiten der handelnden Einheit bedarf, die gegebenenfalls als unternehmerisch zu qualifizieren sind. Der funktionale Unternehmensbegriff verlangt eine differenzierte Behandlung der jeweiligen Tätigkeiten der Handlungseinheit und ist insoweit zugleich als „relativer Unternehmensbegriff“ zu begreifen<sup>54</sup>.

Ohne Bedeutung für die Qualifikation als Unternehmen ist schließlich, welche Organisationsform der handelnden Einheit durch das nationale Recht zugewiesen worden ist<sup>55</sup>. Insbesondere ist eine eigene Rechtspersönlichkeit oder die Ausgliederung aus der öffentlichen Verwaltung in Bezug auf die handelnde Einheit nicht erforderlich<sup>56</sup>. Der Staat selbst kann funktional als Unternehmen qualifiziert werden, weshalb auch kein Mindestmaß an organisatorischer Verselbstständigung notwendig ist, um von einem vom Staat getrennten Unternehmen auszugehen<sup>57</sup>.

51 EuGH (Fn. 26), Slg. 2001, I-8089.

52 Die Unternehmenseigenschaft verneinend *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 20, der lediglich das Vorliegen eines Eigenkonsums annimmt und daher allein das Vergaberecht für einschlägig hält; wie hier dagegen *von Burchard* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 18.

53 Ausführlicher hierzu *Engelmann* (Fn. 50), S. 69 ff. und 79 ff.

54 Dazu *Roth/Ackermann* in: *Glassen* (Fn. 33), Rdn. 13.

55 EuGH (Fn. 23), Slg. 1991, I-1979 Rdn. 21; *Fesenmair* (Fn. 40), S. 31; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 6 mit Fn. 25.

56 EuGH, Rs. C-69/91, *Decoster*, Slg. 1993, I-5335 Rdn. 15; im Zusammenhang mit dem Unternehmensbegriff in der Transparenzrichtlinie zu dieser Frage bereits EuGH (Fn. 30), Slg. 1987, 2599 Rdn. 8, 10; vgl. auch *Mestmäcker* (Fn. 24), C., Art. 37, 90 Rdn. 2.

57 A. A. *Mestmäcker*, *RabelsZ* 52 (1988), 526, 539 f.; *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 14, die insoweit eine direkte Anwendbarkeit von Art. 81 und 82 EG annehmen.

## 2. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen

### a) Dienstleistung

Die Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG privilegiert zunächst die unternehmerische Erfüllung derjenigen Sonderaufgaben, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen. Der Begriff der Dienstleistung wird dabei weit gefasst und geht deutlich über die Dienstleistungskonzeption des Art. 50 Abs. 1 EG hinaus, die im Gegensatz zu Art. 86 Abs. 2 EG Warenleistungen – in Abgrenzung zu Art. 28 EG – ausdrücklich ausklammert<sup>58</sup>. Im Ergebnis umfasst der Begriff jegliches marktbezogene Tätigwerden von Unternehmen. In diesem weiten Sinne wird er auch von der Europäischen Kommission verstanden<sup>59</sup>.

### b) Allgemeines wirtschaftliches Interesse

Der Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ist ebenfalls weit zu verstehen<sup>60</sup>. An einer generellen Definition durch die Gemeinschaftsgerichte fehlt es bislang. Jedenfalls weisen nach der Rechtsprechung Dienstleistungen „[...] zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs“ ein allgemeines wirtschaftliches Interesse auf (sog. Universaldienste)<sup>61</sup>. Die Kommission definiert die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, „die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“<sup>62</sup>. Das Merkmal der Allgemeinheit fehlt, wenn die Dienstleistung lediglich Privat- oder Partikularinteressen<sup>63</sup> dient. Ein besonderes Interesse der Gemeinschaft ist hingegen nicht erforderlich, vielmehr genügt das Interesse einer Gemeinde oder der Bevölkerung eines Teils eines Mitgliedstaates<sup>64</sup>.

58 *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 52 f. m. w. N.; *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 36; *von Wilmsowsky*, *ZHR* 155 (1991), 545, 550.

59 Siehe die Definition des Begriffs der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in der Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Anhang II.

60 Siehe bereits die Schlussanträge des Generalanwalts *de Lamothe* in der Rs. 10/71, *Hafen von Mertert*, Slg. 1971, 723/732, 739.

61 EuGH, Rs. C-320/91, *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533 Rdn. 15; Slg. 2001, I-8089; EuG, verb. Rs. T-528/93, T-542/93 und T-546/93, *Métropole télévision SA*, Slg. 1996, II-649 Rdn. 116.

62 Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Anhang II.

63 EuGH, Rs. 127/73, *BRT II*, Slg. 1974, 313 Rdn. 23; dazu auch *Bartosch* in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 71, 106.

64 *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 54.

Die Feststellung, das Erfordernis des wirtschaftlichen Charakters des Interesses führe dazu, dass karitative, fürsorgerische, soziale oder kulturelle Dienstleistungen erbringende Unternehmen nicht unter die Ausnahmeschrift des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG fallen, ist missverständlich<sup>65</sup>. Nach der Systematik des EG-Wettbewerbsrechts und der Binnenmarktfreiheiten fallen ohnehin lediglich wirtschaftsbezogene Tätigkeiten in deren Anwendungsbe- reich, so dass sich von vornherein nur für solche Tätigkeiten die Frage nach einer Befreiung von den Vertragsregeln stellt<sup>66</sup>. Da insbesondere die Unter-nehmensdefinition ein marktbezogenes Handeln voraussetzt, ist im Fall des mangelnden wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit bereits die Unterneh- mensqualität zu verneinen mit der Folge, dass keine Konflikte zumindest mit den Wettbewerbsregeln und wirtschaftsbezogenen Regeln des EG-Vertrages denkbar sind. Jedoch weisen nur sehr wenige Tätigkeiten keinen wirtschaftli- chen Charakter auf. Im Gegenteil ist regelmäßig auch bei karitativer, fürsorge- rischer, sozialer und kultureller Zweckerfüllung eine unternehmerische Betä- tigung und damit auch die Eröffnung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG anzunehmen. Denn bei Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG geht es stets um die Befreiung einer wirt- schaftlichen Betätigung von den Wettbewerbsregeln aufgrund außerökonomi- scher Ziele. Die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung etwa stellt einen außerökonomischen Zweck dar, der allerdings aufgrund der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen unternehmerischen Betätigung in einem wirtschaftlichen Kontext erfolgt und insoweit – auch nach dem Verständnis von EuGH<sup>67</sup> und Kommission<sup>68</sup> – ein allgemeines wirtschaftliches Interesse begründet<sup>69</sup>.

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist zwar ein autonomer Begriff der Gemeinschaftsrechtsordnung<sup>70</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt den Mitgliedstaaten aber ein weiter Spiel- raum bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses der Leis- tungserbringung zu. Die Kompetenz der Europäischen Kommission und des EuGH beschränkt sich dagegen – außer im wichtigen Bereich der Beihilfen- kontrolle nach Art. 88 Abs. 3 EG – auf eine nachträgliche Missbrauchskon-

65 So aber *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 38; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 56; vgl. auch *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 37.

66 Siehe auch den diesbezüglichen Hinweis in der Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 28.

67 EuGH, Rs. 155/73, *Sacchi*, Slg. 1974, 409 Rdn. 14; ebenso das EuG (Fn. 61) Slg. 1996, II-649 Rdn. 116.

68 Anders noch *Kommission*, Entscheidung v. 2. 6. 1971, *GEMA*, ABl. EG 1971 L 134/ 15 Ziff. III. 2.; aufgegeben in der Entscheidung der Kommission vom 11. 6. 1993, *EBU*, ABl. EG 1993 L 179/23 Ziff. 78, unter ausdrücklichem Hinweis auf das Urteil EuGH (Fn. 67), 409 Rdn. 14.; später insbesondere Entscheidung der Kommission (Fn. 11), *Kinderkanal und Phoenix*, S. 10.

69 So im Ergebnis auch *Mestmäcker* (Fn. 24), D., Art. 37, 90 Rdn. 46.

70 Vgl. dazu EuGH (Fn. 31), Slg. 1985, 873 Rdn. 30; EuG, Rs. T-260/94, *Air Inter/ Kommission*, Slg. 1997, II-997 Rdn. 135.; *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 37.

trolle im Einzelfall<sup>71</sup>. Dies folgt aus einer systematischen Auslegung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG unter maßgeblicher Berücksichtigung des Art. 16 EG, der die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorhebt.

Ausgehend von diesem weiten Ansatz ist das Vorliegen eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses in einer Vielzahl von Fällen anzunehmen. Dabei ist nicht auf die allgemeine Zugehörigkeit zu einer Branche, sondern jeweils auf die Erbringung spezifischer Aufgaben abzustellen, die über die sonstigen regu- latorisch bedingten Pflichten anderer im relevanten Markt tätiger Unter- nehmen hinausgehen<sup>72</sup>. Entsprechend hat der EuGH so unterschiedliche Auf- gaben wie die Abwicklung des Flussverkehrs über einen Hafen<sup>73</sup>, die For- schung und Entwicklung im Bereich landwirtschaftlicher Erzeugnisse<sup>74</sup> oder auch die Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten<sup>75</sup> grundsätz- lich für privilegierungsfähig gehalten<sup>76</sup>. Ferner sind etwa Aufgaben der Ar- beitsvermittlung und -förderung, Aufgaben eines Betriebsrentenfonds sowie Universaldienstverpflichtungen und vergleichbare Aufgaben im Verkehrs-, Telekommunikations-, Post- und Energiebereich als Gegenstand allgemeiner wirtschaftlicher Interessen anerkannt<sup>77</sup>.

In Bezug auf die normale Überweisungstätigkeit der Banken<sup>78</sup> wurde dage- gen das Kriterium der Allgemeinheit verneint. Allerdings ist die flächende- ckende Versorgung durch öffentlich-rechtliche Banken, soweit sie der deut- schen Konzeption entspricht, aufgrund der Erklärung Nr. 37 der Schlussakte

71 Siehe dazu implizit EuGH (Fn. 3), Slg. 1999 Rdn. 107; explizit Daseinsvorsorgemit- teilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 22 und die Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* v. 17. 5. 2001 (Fn. 26), Slg. 2002, I-1577, Nr. 162; so auch die h. M. in der Literatur *Nettesheim*, EWS 2002, 253, 254; *Pielow*, Grundstrukturen öf- fentlicher Versorgung, 2001, S. 80 ff.; *Storr*, DÖV 2002, S. 357, 363; anders tenden- ziell *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, 92, 93, die allein von der „Definitionsheit“ der Mitgliedstaaten sprechen.

72 Dies hebt *von Burchard* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 66, zu Recht hervor; weitgehend daher Generalanwalt *Léger* in den Schlussanträgen (Fn. 26), Slg. 2002, I-1577, der in der bloßen Rechtsberatung durch Rechtsanwälte eine Dienstleistung von allgem- einem wirtschaftlichen Interesse erkennt, ohne auf spezifische Gemeinwohlverpflich- tungen abzustellen. Im Fall eines ausschließlichen Rechts ist auf die potenzielle Be- tätigung eines oder mehrerer weiterer Unternehmen abzustellen.

73 EuGH, Rs. 10/71, *Hafen von Mervert*, Slg. 1971, 723 Rdn. 8/12.

74 EuGH, Rs. 258/78, *Nungesser*, Slg. 1982, 2015 Rdn. 9.

75 EuGH (Fn. 67), Slg. 1974, 409 Rdn. 15.

76 Insoweit enthält allerdings das Protokoll Nr. 9 der Schlussakte von Amsterdam „über den öffentlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten“ keine klare Einordnung; ebenso *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 40.

77 EuGH, Rs. C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, Slg. 1999, I-6121 Rdn. 95 ff.; Rs. 66/86, *Abmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, 838 Rdn. 47 ff.; (Fn. 45), Slg. 1991, I-5941 Rdn. 16; (Fn. 61), Slg. 1993, I-2533 Rdn. 14; Rs. C-159/94, *Kom- mission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815 Rdn. 59.

78 EuGH, Rs. 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, Slg. 1981, 2021 Rdn. 7.



der Amsterdamer Konferenz „zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland“ als allgemeine wirtschaftliche Dienstleistung aufzufassen<sup>79</sup>.

Im Übrigen ist zu unterscheiden zwischen der Erbringung des Dienstleistungsprodukts und den betrieblichen Besonderheiten bei dessen Herstellung. Letztere werden vom Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG nicht erfasst. Die Erfüllung der besonderen Aufgabe ist lediglich in der Erbringung der Dienstleistung und der Art ihres Angebots (z. B. flächendeckende Versorgung), nicht aber in den Besonderheiten der Produktionsgegebenheiten zu sehen. Da insofern keine besondere Dienstleistung erbracht wird, ist die Berücksichtigung von betriebswirtschaftlichen Input-Faktoren wie etwa den Arbeitsbedingungen, dem Lohnniveau oder einer erhöhten Ausbildungsbereitschaft ausgeschlossen<sup>80</sup>. Ebenso wenig kann eine umweltrechtliche, technische oder soziale Regulierung des Herstellungsprozesses eine Dienstleistung i. S. v. Art. 86 Abs. 2 EG darstellen. Vielmehr kommt es auf die quantitative oder qualitative Verbesserung der Dienstleistung selbst an, das heißt auf den in der Dienstleistung selbst internalisierten Mehrwert und nicht auf einen durch Regulierung außerhalb des Gutes evozierten sonstigen Nutzen.

### c) Betrauung

Der EuGH hat zunächst strenge Anforderungen an den Akt der Betrauung gestellt. So urteilte er, das bloße Tätigwerden eines Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit könne nicht als hinreichend angesehen werden, selbst wenn das Unternehmen von öffentlichen Instanzen bei seiner Tätigkeit überwacht werde<sup>81</sup>. Es bedürfe vielmehr eines staatlichen Hoheitsaktes, der an ein bestimmtes Unternehmen gerichtet sei und konkrete Gemeinwohlverpflichtungen festlege<sup>82</sup>. Das Erteilen einer Erlaubnis, bestimmte Tätigkeiten ausüben zu dürfen, genüge hingegen nicht, da eine Erlaubnis mit ihrer Kontroll- und Verteilungsfunktion allein der Reglementierung privater Initiativen diene und dabei bestimmte Handlungsmöglichkeiten eröffne, ohne zugleich Verpflichtungen aufzuerlegen<sup>83</sup>.

79 Ebenso *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 40; zur Bindungswirkung derartiger gemeinsamer Erklärungen *Geiger*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 3. Aufl. 2000, Art. 311 EG Rdn. 4; ferner *Koenig*, WM 1997, S. 1279 f.

80 So auch in der Tendenz EuGH, Rs. C-251/97, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1999, I-6639 Rdn. 40 ff.; a. A. *Fehling*, Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen für öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge und private Konkurrenten, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 195, 203 f.

81 EuGH (Fn. 78), Slg. 1981, 2021 Rdn. 7; Rs. 7/82, *GVL*, Slg. 1983, 483 Rdn. 29 ff.

82 EuGH (Fn. 78), Slg. 1981, 2021 Rdn. 7.

83 EuGH (Fn. 81), Slg. 1983, 483 Rdn. 31 f.; *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 39; vgl. auch *von Wilmsky*, ZHR 155 (1991), 545, 550.

Diese strengen Anforderungen hat der EuGH allerdings in jüngerer Zeit aufgeweicht. So betont er neuerdings, dass der Betrauungsakt nicht in einer Rechtsvorschrift niedergelegt sein muss<sup>84</sup>. Vielmehr kann eine öffentlich-rechtliche Konzession ausreichen, insbesondere wenn diese erteilt wird, um die dem Unternehmen durch Gesetz auferlegten Verpflichtungen zu konkretisieren<sup>85</sup>. Die Kommission hat darüber hinaus festgestellt, dass auch Verträge für eine Betrauung genügen können<sup>86</sup>. Ferner hat der EuGH implizit anerkannt, dass im Akt der Gründung eines Betriebsrentenfonds und der Festschreibung der Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds bereits eine Betrauung gesehen werden kann<sup>87</sup>.

Diese Aufweichungstendenzen gehen allerdings zu weit. Ziel des Tatbestandsmerkmals der Betrauung ist es, die Sonderaufgabe klar zu formulieren und durch einen sichtbaren Akt eindeutig auf ein Unternehmen zu übertragen. Gründe der Rechtssicherheit und Transparenz machen dies notwendig, zumal eine klare Zuweisung für eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme durch die Kommission erforderlich ist<sup>88</sup>. Aus diesem Grunde ist auch eine präzise Benennung der konkreten Aufgaben sowie eine Zuordnung der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Privilegierungsmaßnahmen in dem betreffenden Hoheitsakt einzufordern<sup>89</sup>. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf die französische Rechtspraxis, nach der – angelehnt an das traditionelle Verständnis einer Delegation von *Services publics* – bestimmten Unternehmen in einem Übertragungsakt präzise definierte Aufgaben einschließlich der einzelnen Modalitäten ihrer Aus- und Durchführung auferlegt werden<sup>90</sup>. Durch ein solches strengeres Verständnis des Betrauungsaktes würde dem Kriterium der Betrauung wieder eine deutlich stärkere Kontrollfunktion im Rahmen der Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG zukommen.

In der Praxis der Kommission sind auch durchaus dem entsprechende strengere Anforderungen erkennbar. In der Rundfunkbeihilfen-Mitteilung ist die Kommission sogar so weit gegangen, zur Überwachung der Einhaltung der

84 EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 66.

85 EuGH, Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477 Rdn. 47; EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 66.

86 Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 22.

87 EuGH (Fn. 71), Slg. 1999, I-5751 Rdn. 98 ff.

88 Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 22; abweichend zur Zielrichtung dagegen *Burgi*, EuR 1997, 261, 275, der die Funktion des Tatbestandsmerkmals darauf beschränkt, dass eine Zurechnung zu den staatlichen Einheiten erfolgen kann.

89 Derartig strenge Anforderungen werden allerdings in der Rechtsprechung bislang kaum gestellt, vgl. allenfalls implizit das Urteil zum französischen Energieeinfuhrmonopol, EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 60–89; vgl. auch EuG, verb. Rs. T-204/97 und T-270/97, *EPAC*, Slg. 2000, II-2267 Rdn. 126 f.

90 Zum französischen Verständnis einer Delegation von *Services publics*, siehe *Pielow* (Fn. 71), S. 158 ff.

Betrauungspflichten eine spezifische Behörde einzufordern<sup>91</sup>. Fraglich ist insoweit, ob das formale Tatbestandsmerkmal der Betrauung auch verlangt, dass materiell eine tatsächliche Erfüllung der Aufgaben erfolgt<sup>92</sup>.

### 3. Unternehmen mit dem Charakter eines Finanzmonopols

Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols aufweisen, zeichnen sich durch zwei Eigenschaften aus: Ihnen muss zum einen ein ausschließliches Recht (Monopol) zur Wahrnehmung einer besonderen Aufgabe durch einen Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt übertragen worden sein. Zum anderen müssen sie durch die Ausnutzung des Monopols für den Staatshaushalt als besondere Einnahmequelle fungieren<sup>93</sup>. Letzteres wird besonders durch den englischen Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG („revenue producing monopoly“) deutlich. Die meisten Finanzmonopole sind allerdings als Handelsmonopole ausgestaltet und fallen somit in erster Linie unter Art. 31 EG. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist jedoch Art. 86 Abs. 2 EG gleichrangig neben Art. 31 EG anwendbar und wirkt auch insoweit als Ausnahme<sup>94</sup>. Angesichts der gesetzlich eingeräumten besonderen Monopolstellung und der Verpflichtung auf die Erzielung von Gewinnen für den Staatshaushalt ist ein besonderer Betrauungsakt von den Vertragsparteien nicht für erforderlich gehalten worden. In Deutschland gilt einzig noch das Branntweinmonopol als Finanzmonopol i.S.d. Art. 105 und 106 GG<sup>95</sup>. Die Anwendungsrelevanz dieser Tatbestandsalternative ist nach alledem nur noch von geringer Bedeutung, zumal häufig bereits aus Gründen des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts keine neuen Monopole eingeführt werden dürfen<sup>96</sup>.

## V. Die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung

Um die Anwendbarkeit der Vertragsvorschriften auf die mit der Erfüllung von Sonderaufgaben befassten Unternehmen zu durchbrechen, müssen zunächst das Verhinderungserfordernis des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG erfüllt und im Weiteren die Verhältnismäßigkeit nach Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG gewährleistet sein.

91 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenregeln auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rundfunkbeihilfen-Mitteilung), ABl. EG 2001 C 320/5, Ziff. 41 f.

92 Dazu bereits Koenig, EWS Beilage 1/2001, 1, 17.

93 Hochbaum (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 58; Jung (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 42.

94 Siehe die Urteile des EuGH gegen entsprechende Vorbringen der Kommission, EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 49; Rs. C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699 Rdn. 32; Rs. C-158/94, *Kommission/Italien*, Slg. 1997, I-5789 Rdn. 43; ferner Jung (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 43.

95 Siekmann in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 105 GG Rdn. 16.

96 Siehe exemplarisch Siekmann (Fn. 95), Art. 105 Rdn. 18, für Deutschland.

### 1. Der Verhinderungsmaßstab

Der Verhinderungsmaßstab ist der Dreh- und Angelpunkt bei der Bestimmung der Reichweite der Ausnahmeklausel. Die Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmals ist nach wie vor äußerst umstritten.

Der EuGH und die Kommission stellten bis zum Ende der 1980er Jahre hinein äußerst strenge Anforderungen an den Nachweis der Verhinderung, so dass es den beteiligten Unternehmen bzw. Mitgliedstaaten nicht gelang, diese hohe Hürde zu überwinden<sup>97</sup>. Seit Beginn der 1990er Jahre zeichnet sich indes eine Lockerung des Verhinderungsmaßstabs ab. Besonders deutlich wird dies an der Rechtsprechungslinie des EuGH. In seiner *Corbeau*-Entscheidung nahm der EuGH, ausgehend von der Formulierung, dass die Befreiung von den allgemeinen Vertragsvorschriften notwendig sein müsse, um die Dienstleistung überhaupt erbringen zu können<sup>98</sup>, an, dass die Verpflichtung auf eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen zu einheitlichen Tarifen (Universaldienst) die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den nicht rentablen Tätigkeitsbereichen erlaube und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs mit anderen Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertige<sup>99</sup>. Nach Ansicht des EuGH könnten sich andernfalls einzelne Unternehmen nach der Methode des „Rosinenpickens“ auf rentable Bereiche konzentrieren und dort günstiger als das betraute Unternehmen anbieten, da sie nicht auf die Erwirtschaftung von Monopolrenditen zur Quersubventionierung der nicht rentablen Bereiche angewiesen seien. Hingegen trete kein Konflikt ein, wenn der nicht betraute Wettbewerber eine von der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse abtrennbare Dienstleistung anbieten möchte, die das betraute Unternehmen nicht anbietet und die das Erbringen der vom betrauten Unternehmen übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht verhindert<sup>100</sup>. In dieser Konstellation sei ein Abweichen von den Wettbewerbsvorschriften daher ausgeschlossen. Die Befreiung erfolgt insofern marktbezogen<sup>101</sup>, d.h. im Hinblick auf die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung auf einem bestimmten Markt. Grundsätzlich ausgeschlossen ist eine Übertragung der Befreiung auf interdependente (vor- und nachgelagerte, benachbarte) Märkte<sup>102</sup>. In der Rechtssache *Almelo* hat der EuGH für den Fall einer Universaldienstverpflichtung im Energiebereich dem vorliegenden nationalen Gericht die Prüfung überlassen, ob eine derartige Pflicht eine

97 *Von Wilimowsky*, ZHR 155 (1991), 545, 553 f. m. w. N.

98 EuGH (Fn. 61), Slg. 1993, I-2533 Rdn. 14; (Fn. 85), Slg. 1994, I-1477 Rdn. 46; Hochbaum (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 63 mit Fn. 279.

99 EuGH (Fn. 61), Slg. 1993, I-2533 Rdn. 17.

100 EuGH (Fn. 61), Slg. 1993, I-2533 Rdn. 19.

101 So der treffende Hinweis bei *von Burchard* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 73.

102 Zu diesem Konzept Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 ff.

Ausschließlichkeitsregelung in Bezug auf die Energielieferanten zu rechtfertigen vermag<sup>103</sup>.

Auch sprachlich hat der EuGH den Verhinderungsmaßstab in einer Reihe von Urteilen zu einem bloßen „Gefährdungsmaßstab“ abgeschwächt<sup>104</sup>, obgleich es auch spätere Entscheidungen gibt, die wieder sprachlich und inhaltlich auf das strengere Verhinderungskonzept abstellen<sup>105</sup>. Im Übrigen prüft der EuGH, inwieweit die Privilegierung des betrauten Unternehmens erforderlich ist, damit eine solche Einrichtung ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen kann, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren<sup>106</sup> oder annehmbaren<sup>107</sup> Bedingungen. Er hebt darüber hinaus in seiner neueren Rechtsprechung hervor, dass es für die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG nicht erforderlich ist, dass das Überleben des gesamten Unternehmens gefährdet ist<sup>108</sup>.

Eine Akzentverschiebung wird zudem durch eine Neuausrichtung der Darlegungslast erreicht. Die Formulierung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG legt den Unternehmen bzw. den Mitgliedstaaten die Pflicht auf, die Verhinderung der Aufgabenerfüllung im Fall eines vertragskonformen Verhaltens darzulegen und zu beweisen. Hiervon geht zunächst auch der EuGH aus, lehnt es aber im Weiteren ab, dem Mitgliedstaat den positiven Beleg aufzuerlegen, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaube, die Erfüllung dieser Aufgabe unter den Bedingungen der Vertragseinhaltung sicherzustellen. Diese neuere Rechtsprechung kann demnach als Erleichterung der Darlegungslast verstanden werden<sup>109</sup>, obschon der EuGH diese erleichterten Anforderungen auch in jüngeren Urteilen nicht konsequent anwendet. Im Urteil *Dusseldorp* erlegte der EuGH der niederländischen Regierung etwa die Pflicht auf, in einer das vorlegende Gericht überzeugenden Weise darzulegen, dass das Ziel der Kostensenkung bei der Verbrennung gefährlicher Abfälle ein Ausfuhrverbot der betreffenden Stoffe rechtfertigt und

103 EuGH (Fn. 85), Slg. 1994, I-1477 Rdn. 50.

104 Ausgangspunkt sind die Urteile zu den Energieeinfuhrmonopolen EuGH (Fn. 84), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 59; (Fn. 94), Slg. 1997, I-5699 Rdn. 43, 52; (Fn. 94), Slg. 1997, I-5789 Rdn. 54; bestätigt in den Urteilen zu den Betriebsrentenfonds EuGH (Fn. 3), Slg. 1999, I-5751 Rdn. 107; (Fn. 77), Slg. 1999, I-6121 Rdn. 97; verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens' Handelssonderneming BV*, Slg. 1999 Rdn. 107 und zum Non-physical Remailing EuGH, verb. Rs. C-147/97 und 148/97, *Deutsche Post AG*, Slg. 2000, I-825 Rdn. 50.

105 EuGH, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949 Rdn. 42; vgl. auch EuGH, Rs. C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, Slg. 2000, I-3743 Rdn. 73 ff.; ebenso EuG (Fn. 70), Slg. 1997, II-997 Rdn. 138 f.

106 EuGH (Fn. 61), Slg. 1993, I-2533 Rdn. 16.

107 EuGH (Fn. 104), Slg. 2000, I-825 Rdn. 49.

108 EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 59, 95; (Fn. 94), Slg. 1997, I-5699 Rdn. 43, 52.

109 Siehe insbesondere EuGH (Fn. 77), Slg. 1997, I-5815 Rdn. 101; (Fn. 94), Slg. 1997, I-5699 Rdn. 58.

zur Verfolgung dieses Ziels keine anderen Mittel existieren<sup>110</sup>. Offen bleibt damit, ob die in Bezug auf die Darlegungsanforderungen strenge Rechtsprechung des EuG überholt ist. Das EuG hatte im Urteil *Air Inter* nämlich dem Unternehmen die Darlegungslast dafür auferlegt, dass kein anderes, wettbewerbsfreundlicheres System vorhanden ist, das eine vergleichbare Streckenbedienung gewährleistet<sup>111</sup>.

Den aufweichenden Tendenzen der Rechtsprechung kann entgegen der überwiegenden Ansicht im Schrifttum<sup>112</sup> nicht gefolgt werden. Der Ausnahmekarakter der Vorschrift macht es notwendig, strenge Anforderungen an den Verhinderungsmaßstab zu stellen<sup>113</sup>. Erforderlich ist ein konkreter Konflikt zwischen der Aufgabenerfüllung und der Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vertragspflichten<sup>114</sup>. Auch ist der Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG eindeutig: Nach diesem muss die Erfüllung der Aufgabe „verhindert“ werden. Deshalb reicht es nicht aus, wenn die Vertragsvorschriften die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe lediglich erschweren oder behindern<sup>115</sup>. Ein bloßes „Gefährden“ genügt ebenfalls nicht. Entgegen der insoweit zumindest zweideutigen Rechtsprechung<sup>116</sup> und einer verbreiteten Ansicht in der Literatur<sup>117</sup> kommt es auch nicht auf die subjektive, individuelle Zumutbarkeit für ein konkretes Unternehmen an. Ob das konkrete Unternehmen die ihm auferlegten Sonderaufgaben nur unter Verstoß gegen die Vertragsbestimmungen erbringen kann, ist irrelevant. Maßstab ist allein die objektive Möglichkeit der Aufgabenerfüllung bei Einhaltung der Vertragsvorschriften. Wiederum gibt bereits der Wortlaut dieses Ergebnis vor, da er auf die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen Aufgabe und nicht darauf abstellt, dass den *konkreten* Unternehmen die Aufgabenerfüllung unmöglich wird<sup>118</sup>.

110 EuGH, Rs. C-203/96, *Dusseldorp u. a.*, Slg. 1998, I-4075 Rdn. 67; siehe auch die strenge Prüfung in EuGH, Rs. C-340/99, *TNT Traco*, Slg. 2001, I-4109, Rdn. 59 ff.

111 EuG (Fn. 70), Slg. 1997, II-997 Rdn. 140.

112 Insbesondere die vom französischen „Service public“-Gedanken inspirierte Auslegung kommt zu großzügigen Maßstäben, vgl. besonders deutlich *Fehling* (Fn. 80), S. 195, 203; kritisch gegenüber Aufweichungstendenzen auch *Tettinger*, RdE 1999, 45.

113 So auch der Ausgangspunkt der Gemeinschaftsgerichte EuGH (Fn. 63), Slg. 1974, 313 Rdn. 19/22; (Fn. 94), Slg. 1997, I-5699 Rdn. 37; Rs. C-174/97 P, *FFSA u. a./Kommission*, Slg. 1998, I-1303 Rdn. 33; EuG, Rs. T-106/95, *FFSA u. a./Kommission*, Slg. 1997, II-229 Rdn. 173; EuG (Fn. 70), Slg. 1997, II-997 Rdn. 135 und 138.

114 *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 45.

115 *Badura*, ZRG 1997, 291, 302; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 63.

116 Vgl. einerseits die tendenziell subjektive Formulierung und Prüfung in EuGH (Fn. 110), Slg. 1998, I-4075 Rdn. 65; Slg. 2000, I-3743 Rdn. 77 ff. und andererseits die eher objektive Untersuchung in EuGH (Fn. 105), Slg. 1998, I-3949 Rdn. 44 und (Fn. 77), Slg. 1999, I-6121 Rdn. 97 ff.

117 Exemplarisch *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 45.

118 Andernfalls wäre eine modifizierte Formulierung nahe liegender gewesen: „[...] nicht *den Unternehmen* die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe

In teleologischer Hinsicht geht es zudem um die Sicherung der Aufgabenerfüllung und nicht um den Bestandsschutz der mit den Sonderaufgaben befassen Unternehmen. Im anderen Falle wären die Mitgliedstaaten in der Lage, den Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG weitgehend selbst zu bestimmen. Sie könnten etwa die Form der Aufgabenerfüllung derart ausgestalten, dass für die konkreten Unternehmen Vertragsverletzungen (etwa rechtswidrige Beihilfen) zur Aufgabenerfüllung notwendig werden.

Die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Verteilung der Darlegungslast ist daher noch weiter zu ergänzen: Sofern im Hinblick auf die Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat von der Kommission oder einer sonstigen Partei eine alternative Maßnahme angeboten wird, die ebenfalls zur Aufgabenerfüllung geeignet ist, kann nicht von einem Verhindern ausgegangen werden, sofern nicht der Mitgliedstaat darzulegen vermag, dass die alternative Maßnahme keine Aufgabenerfüllung gewährleistet<sup>119</sup>. Dieser Nachweis dürfte nur im Ausnahmefall gelingen. In einigen der vom EuGH nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigten Fälle kommt durchaus eine wettbewerbskonforme Ausgestaltung in Betracht, wenn beispielsweise das die Sonderaufgabe erbringende Unternehmen im Wege der Ausschreibung ermittelt wird. Ein wichtiges Beispiel sind insoweit die Universaldienste in den Versorgungsbereichen. Im Telekommunikationssektor wird, soweit eine Ausschreibung der Universaldiensterbringung vorgesehen ist, auch im Fall des Marktversagens noch auf den Wettbewerb gesetzt. Es wird dann der günstigste Anbieter ermittelt, um den Universaldienst zu möglichst geringen Kosten zu gewährleisten. Der Privilegierung bestimmter Unternehmen im Wege der wettbewerbsrechtlich besonders bedenklichen Erlaubnis zur Quersubventionierung bedarf es insoweit regelmäßig nicht<sup>120</sup>.

Daraus ergibt sich auch eine starke Relativierung der teils hitzig geführten Daseinsvorsorge-Debatte. Der Europäische Rat von Nizza vom 7., 8. und 9. Dezember 2000 hatte – im Übrigen auch auf Drängen von deutscher Seite – seine Besorgnis über die Gefährdung der Gewährleistung der Daseinsvor-

rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht“; Entsprechendes gilt für die übrigen Vertragsfassungen, vgl. nur die französische Vertragsfassung („ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie“) und die englische („does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them“).

119 Ähnlich streng, allerdings am Maßstab der Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG Generalanwalt Léger in den Schlussanträgen vom 10. 7. 2001 (Fn. 26), Slg. 2002, I-1577 Nr. 189 ff.

120 Zurückzuweisen ist insofern die Argumentation des EuGH im *Corbeau*-Urteil (Fn. 61), die allerdings jüngst bestätigt wurde in EuGH, (Fn. 110), Slg. 2001, I-4109, Rdn. 55; dagegen ausgehend vom Beispiel des Universaldienstes in der Telekommunikation ausführlich Kühling, Bereiche öffentlicher Daseinsvorsorge in Deutschland: Die Telekommunikationswirtschaft als Paradebeispiel einer Daseinsvorsorge im Wettbewerb, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 138 ff.

sorgezwecke bei einer strengen Anwendung der Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln und insbesondere der Beihilfenvorschriften zum Ausdruck gebracht<sup>121</sup>. Dem Auftrag des Rates gemäß hat die Kommission dem Europäischen Rat in Laeken einen Bericht über Leistungen der Daseinsvorsorge vorgelegt<sup>122</sup>. Dabei sind unter Leistungen der Daseinsvorsorge (oder gemeinwohlorientierten Leistungen) „marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten“ zu verstehen, „die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“<sup>123</sup>. Der Begriff der Daseinsvorsorge umfasst damit den der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und schließt darüber hinaus die im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG irrelevanten nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten mit ein. In ihrer Daseinsvorsorgemitteilung vom 20. September 2000 hebt die Kommission hervor, dass die Liberalisierung gezeigt habe, dass das Modell einer „Daseinsvorsorge durch Wettbewerb“<sup>124</sup> sehr erfolgreich ist<sup>125</sup>. Erst wenn wettbewerbskonforme Ausgestaltungsmöglichkeiten, wie etwa eine Ausschreibung des Universaldienstes, nicht mehr greifen, besteht ein Konflikt zwischen den Gemeinwohlzwecken und dem Wettbewerbsziel. Nur in diesem Fall kann der Verhinderungsmaßstab erfüllt sein. Die vorsichtige Aufweichung des Verhinderungsmaßstabs durch den EuGH ist letztlich Ausdruck einer zu weit gehenden Zurückhaltung gegenüber der politischen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten<sup>126</sup> und wird der hohen Bedeutung der Einhaltung der übrigen Vertragsbestimmungen und insbesondere der Wettbewerbsregeln nicht gerecht. Der hier vertretene strenge Maßstab wird auch nicht unter dem Einfluss des im Rahmen des Amsterdamer Vertrages in den Vertrag eingefügten Art. 16 EG aufgeweicht.

121 Dies erfolgte unter Billigung einer Erklärung des Rates (Binnenmarkt) v. 28. 9. 2000, siehe den Hinweis im Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken über Leistungen der Daseinsvorsorge v. 17. 10. 2001, KOM(2001) 598 endg., Ziff. 5.

122 Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken (Fn. 121) über Leistungen der Daseinsvorsorge v. 17. 10. 2001, KOM(2001) 598 endg.; zu den geplanten Aktivitäten der Kommission im Beihilfenbereich siehe die Darlegung dieses Zwei-Phasen-Ansatzes der Kommission, Ziff. 27 ff. Um gleichzeitig den politischen Instanzen eine Orientierungshilfe im Entscheidungsprozess an die Hand zu geben, soll außerdem eine systematische Evaluierung der Daseinsvorsorgebereiche stattfinden; siehe dazu *ebd.*, Ziff. 47 ff.; siehe ferner Mitteilung der Kommission über eine Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse v. 18. 6. 2002, KOM (2002) 331 endg.

123 Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Anhang II.

124 Koenig, EuZW 2001, 481; siehe auch Kühling (Fn. 120), S. 138, 140 ff. und Storr, DÖV 2002, 357, 364 ff.

125 Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 38 ff.

126 Gleichermaßen scheint der EuGH in horizontaler Hinsicht Liberalisierungsschritte dem Gemeinschaftsgesetzgeber vorbehalten zu wollen.

## 2. Ausgleich nur der Nettomehrkosten und Verhältnismäßigkeit der Handelsbeeinträchtigung

Erst in einem zweiten Prüfungsschritt – logisch der Bejahung des Verhinderungskriteriums nachfolgend – ist gem. Art. 86 Abs. 2 EG festzustellen, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht entgegen den Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigt wird. Die Beeinträchtigung unterscheidet sich von der Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 EG. Dies ergibt sich aus dem Kontext der Verknüpfung mit dem Begriff des Gemeinschaftsinteresses<sup>127</sup>. Die beiden Begriffe sind aufeinander bezogen auszulegen. Es hat daher eine an den Gemeinschaftsinteressen orientierte, weite Prüfung der Auswirkungen der Vertragsabweichung auf die Entwicklung des Binnenmarktes und des Wettbewerbs zu erfolgen. Das Interesse der Gemeinschaft ist insbesondere den Grundsätzen und Zielen des Vertrages (Art. 2, 3, 4, 12, 23, 28 ff., 32 f., 39, 42, 49, 81 ff. EG) zu entnehmen, wobei die Schaffung der Bedingungen eines einheitlichen Marktes mit unverfälschtem Wettbewerb einen besonders hohen Rang einnimmt<sup>128</sup>. Allerdings ist auch den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren Förderung als Grundsatz in Art. 16 EG niedergelegt ist, als besonderem Gemeinschaftsinteresse bei der Abwägung ein hoher Stellenwert einzuräumen. Hier zeigt sich die zweite Bedeutung des Art. 16 EG, der eben nicht den Verhinderungsmaßstab des Art. 86 Abs. 2 EG aufweicht, sondern bei der Gewährung des mitgliedstaatlichen Spielraums im Rahmen der Bestimmung des Begriffs der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Anwendung findet. Letzteres darf dennoch keinesfalls dazu führen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 86 Abs. 2 EG auf den Kopf gestellt wird.

Im Übrigen hat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen. Diese kann sich im Ergebnis auf die Untersuchung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne beschränken<sup>129</sup>. Denn nach dem hier vertretenen strengen Verständnis des Verhinderungsmaßstabs schließt bereits dessen Prüfung aus, dass Maßnahmen gebilligt werden, die nicht zur Erreichung der Gemeinwohlziele beitragen oder durch mildere, aber gleich effektive Regulierungen ersetzt werden können. Daraus folgt im Hinblick auf eine Beihilfengewährung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG, dass im Fall der Zuwendung eines Ausgleichs der Vorteil nicht über die durch die Erfüllung der Gemeinwohlpflichten bedingten Net-

<sup>127</sup> Ebenso im Ergebnis *Jung* (Fn. 24), Art. 86 EG Rdn. 51; *Hochbaum* (Fn. 24), Art. 90 EG Rdn. 65; *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 55.

<sup>128</sup> *Pernice* (Fn. 24), Art. 90 EGV Rdn. 58, spricht von vorrangiger Bedeutung; vgl. dazu die weitere Bemerkung im Text.

<sup>129</sup> Weitergehend dagegen Generalanwalt *Léger* in den Schlussanträgen v. 17. 5. 2001 (Fn. 71), Nr. 189ff., der die notwendige, eingrenzende Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung verwirklicht.

tomehrkosten hinausgehen darf<sup>130</sup>. Allerdings hält der EuGH im Urteil *Ferring* in diesem Fall mangels Begünstigung bereits den Beihilfentatbestand für ausgeschlossen<sup>131</sup>. Unabhängig davon, ob im Fall der mangelnden Durchführung eines wettbewerbsbegründenden Ausschreibungsverfahrens die Kompensationsprüfung – wie hier grundsätzlich befürwortet – auf der Ebene des Verhinderungsmaßstabs nach Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG<sup>132</sup> oder für die EG-Beihilfenrechtsprüfung bereits auf der Tatbestandsebene des Art. 87 Abs. 1 EG vorgenommen wird, wie es das *Ferring*-Urteil impliziert, ist folgender Zweischritttest durchzuführen:

1. Die Berechnung der Nettomehrkosten hat zunächst nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen, wie sie auch im Anhang IV Teil A der Telekommunikations-Universaldienstrichtlinie<sup>133</sup> niedergelegt ist. Demnach sind die Nettomehrkosten der Universaldienstverpflichtungen als Differenz zwischen den Nettokosten eines benannten Unternehmens für den Betrieb unter Einhaltung der Universaldienstverpflichtungen und den Nettokosten für den Betrieb ohne Universaldienstverpflichtungen anhand eines effizienten Kostenmaßstabs zu ermitteln<sup>134</sup>. Damit können nur die (objektiven) Nettomehrkosten für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht werden, die ohne eine Ausgleichszahlung an den hoheitlich Betrauten gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem hoheitlich Betrauten angeboten werden. Die mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung muss sich darauf beschränken, das Angebot eines Dienstes von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch das betraute Unternehmen erst zu induzieren. Es kann nach Art. 86 Abs. 2 EG

<sup>130</sup> Siehe zuletzt EuGH, (Fn. 9), Urteil v. 22. 11. 2001, Rdn. 32; EuG (Fn. 113), Slg. 1997, II-229 Rdn. 192; siehe ferner ausführlich Generalanwalt *Alber* in den Schlussanträgen v. 1. 2. 2001 (Fn. 110), Slg. 2001, I-4109 Nr. 101ff.; vgl. auch die Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 26; Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken (Fn. 121) v. 17. 10. 2001, KOM(2001) 598 endg., Ziff. 16ff.

<sup>131</sup> EuGH (Fn. 5), Slg. 2001, I-9067 Rdn. 29; strenger noch die Kommission, die dazu neigt, insoweit eine Bestimmung des Leistungserbringers im Rahmen eines offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens zu verlangen, Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission (Fn. 4) v. 20. 9. 2000, Ziff. 26; so auch *Koenig*, EuZW 2001, 980; siehe zur Diskussion oben bei II.

<sup>132</sup> Siehe den Hinweis in Fn. 129.

<sup>133</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG L 108/51; vgl. auch Entscheidung der Kommission (Fn. 12), Ziff. 70ff.; Entscheidung der Kommission v. 30. 10. 2001, *SNCM*, ABl. EG 2002 L 50/66 Ziff. 87ff.

<sup>134</sup> Dass es auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und nicht die tatsächlich dem benannten Unternehmen ankommt, deutet auch *Nettesheim*, EWS 2002, 253, 262f., an.

nicht darum gehen, die Lasten für einen betrauten Dienst zu kompensieren, der auch ohne eine Betrauung angeboten wird. Die Nettomehrkosten decken demnach nicht unbedingt die gesamten Kosten für das Angebot aller Einheiten eines Dienstes von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Im Fall eines Universaldienstdefizits als Quantitätsdefizit beschränken sich die Nettomehrkosten auf die Grenzkosten für die letzte zusätzliche Produktionseinheit, die ohne eine mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung nicht mehr angeboten oder hergestellt worden wäre. Für Qualitätsdefizite gilt Entsprechendes.

2. In einem zweiten Schritt sind etwaige zusätzliche Vorteile für den betrauten Diensteanbieter einschließlich immaterieller Vorteile in Abzug zu bringen.

Anschaulich wird dies am Beispiel der Universaldienstverpflichtung des § 2 Nr. 2 S. 1 PUDLV<sup>135</sup>: Diese sieht vor, dass im Bereich des Einsammelns von Briefen als Teil der Briefdienstleistungen Briefkästen so vorhanden sein müssen, dass die Kunden in zusammenhängend bebauten Wohngebieten in der Regel nicht mehr als 1000 Meter zurückzulegen haben, um zu einem Briefkasten zu gelangen. Stellt der Anbieter der Briefdienstleistung beispielsweise 140 000 Briefkästen auf, hätte er ohne Universaldienstverpflichtung aber 130 000 Briefkästen aufgestellt, so sind zunächst nur die (objektiven) Mehrkosten für das Aufstellen und den Betrieb dieser 10 000 Briefkästen in Ansatz zu bringen<sup>136</sup>. Abzuziehen sind hiervon sodann in einem zweiten Schritt die Vorteile, wie ein erhöhtes Beförderungsvolumen oder auch der größere Branding-Effekt, die dem Anbieter durch die Mehraufstellung zugute kommen. Diese Differenz ergibt den Betrag der kompensationsfähigen Nettomehrkosten.

## VI. Resümee

Die Untersuchung hat gezeigt, dass Art. 86 Abs. 2 EG eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung des Zurückweichens des EG-Primärrechts und insbesondere der Wettbewerbsregeln im Fall der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse spielt. Die Bestimmung ist angesichts der vermehrten Anwendung durch Kommission und Gemeinschaftsge-

135 Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) v. 15. 12. 1999 (BGBl. I S. 2418), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Postgesetzes v. 30. 1. 2002 (BGBl. I S. 572), das zugleich den Universaldienstmechanismus für die Zeit der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutschen Post AG aussetzt.

136 Die Intelligenz des Universaldienstmechanismus im Postgesetz zeigt sich daran, dass zunächst geprüft wird, ob überhaupt ein Versorgungsdefizit entsteht (§ 13 Abs. 1 S. 1). So führt die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) aus, dass trotz einer bestehenden Verpflichtung zum Betrieb von etwa 35 000 Briefkästen die Deutsche Post AG gegenwärtig freiwillig etwa 140 000 Briefkästen betreibt, vgl. RegTP, Tätigkeitsbericht 2000/2001, 2002, S. 248.

richte seit Beginn der 1990er Jahre keinesfalls obsolet geworden und hat durch die Daseinsvorsorgediskussion in der Literatur eine wahre Renaissance erfahren. Dabei sind der Rechtsprechung allerdings teils bedenkliche Auslegungstendenzen zu entnehmen. Zunächst wird deutlich, dass eine enge Fassung des Unternehmensbegriffs nicht das richtige Mittel ist, berechnete Daseinsvorsorgedienste zu schützen. Die vom EuGH in der *Poucet*-Rechtsprechung entwickelten Kriterien zum Ausschluss einer unternehmerischen Tätigkeit vermögen nicht zu überzeugen. Gegenüber einer großzügigen Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bestehen hingegen keine Bedenken. Gerade vor dem Hintergrund des Art. 16 EG sollte die Definition weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen werden und nur einer Missbrauchskontrolle unterliegen. Allerdings sind nur quantitative oder qualitative Verbesserungen der Dienstleistungen selbst erfasst, d. h. der in der Dienstleistung selbst internalisierte Mehrwert und nicht der durch Regulierung außerhalb des Gutes evozierte sonstige Nutzen, etwa durch die betrieblichen Voraussetzungen der Herstellung (umweltfreundliche Herstellungsverfahren, Arbeitsbedingungen, Lohnniveau etc.). Skepsis ist auch in Bezug auf die Absenkung der Anforderungen an den Betrauungsakt angebracht. Dieser muss zumindest klar erkennen lassen, welche Aufgabe konkret übertragen wird. Besonders bedenklich sind jedoch die erkennbaren Aufweichungstendenzen des EuGH hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des „Verhinderns“. Dem EuGH ist zu entgegnen, dass weder ein bloßes „Gefährden“ der Aufgabenerfüllung genügt, noch auf das konkrete Unternehmen abzustellen ist. Vielmehr ist objektiv zu prüfen, ob keine wettbewerbskompatiblere Erbringung der Dienstleistung möglich ist. So ist beispielsweise eine Exklusivlizenz zur Erbringung der Universaldienstleistungen im Postbereich dann nicht erforderlich, wenn diese Dienste auch im Rahmen eines Universaldienstleistungsmechanismus ausgeschrieben und damit dem Wettbewerb geöffnet werden können.

Angesichts der großzügigeren Rechtsprechung des EuGH wird jedoch das weitere Tatbestandserfordernis der Verhältnismäßigkeit eines Abweichens von den Wettbewerbsregeln von großer Bedeutung sein. Zwar sind angesichts der in Art. 16 EG hervorgehobenen besonderen Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse diese im Rahmen der Abwägung mit den Wettbewerbszielen hoch zu bewerten. Wichtig ist jedoch, dass ein etwaiger Ausgleich zur Kompensation der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben nicht über die mit der betrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht. Allerdings hält der EuGH im Urteil *Ferring* in diesem Fall mangels Begünstigung bereits den Beihilfentatbestand für ausgeschlossen. Folgte man diesem jedenfalls in seiner Undifferenziertheit kritikwürdigen Ansatz, dürften von Art. 86 Abs. 2 EG in Bezug auf das wichtige EG-Beihilfenrecht immerhin noch diejenigen Fälle erfasst bleiben, in denen eine objektive Bewertung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung überhaupt

nicht möglich oder mit erheblichen Schwierigkeiten bzw. Bewertungsunsicherheiten verbunden ist.

Die Voraussetzung, dass nach Art. 86 Abs. 2 EG nur die Nettomehrkosten für das Angebot mit den betrauten Diensten kompensiert werden dürfen, unterliegt im Übrigen dem Folgenden Zweischritttest: Die Berechnung der Nettomehrkosten hat in einem ersten Schritt nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen. Demnach sind die Nettomehrkosten der Universaldienstverpflichtungen als Differenz zwischen den Nettokosten eines benannten Unternehmens für den Betrieb unter Einhaltung der Universaldienstverpflichtungen und den Nettokosten für den Betrieb ohne Universaldienstverpflichtungen zu ermitteln. Danach dürfen nur die (objektiven) Nettomehrkosten für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht werden, die ohne eine Ausgleichszahlung an den hoheitlich Betrauten gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem hoheitlich Betrauten angeboten werden. Im Fall eines Universaldienstdefizits als Quantitätsdefizit beschränken sich die Nettomehrkosten auf die Grenzkosten für die letzte zusätzliche Produktionseinheit, die ohne eine mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung nicht mehr angeboten oder hergestellt worden wäre. Für Qualitätsdefizite gilt Entsprechendes. In einem zweiten Schritt sind etwaige zusätzliche Vorteile für den betrauten Dienstleister einschließlich immaterieller Vorteile in Abzug zu bringen. Findet dieser strenge Test Anwendung, kann der bei Mehrproduktunternehmen stets begründeten Gefahr einer Quersubventionierung aus Universaldienst-Monopolrenditen effektiv begegnet werden.