

Professor Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Bonn*

Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das Altmark Trans-Urteil in der Praxis

„Nettomehrkosten minus Monopolschlag“?

Der finanzielle Ausgleich von unternehmerisch erbrachten Daseinsvorsorgediensten durch staatliche Mittel eröffnet wettbewerbsverzerrende Quersubventionsmöglichkeiten innerhalb der geförderten Unternehmen und ihrer Verbände. Dem begegnen die Pflichten (insbesondere der getrennten Buchführung) nach der bekannten EG-Transparenzrichtlinie und dem zu ihrer Umsetzung ergangenen deutschen Transparenzrichtlinien-Gesetz. Die dort (im Folgenden nicht weiter behandelten) Schutzmechanismen gegen wettbewerbsverzerrende Quersubventionen erfahren nun durch die neuen beihilfenrechtlichen Kostenausgleichsmaßstäbe im Altmark Trans-Urteil des EuGH vom 24. 7. 2003 eine wichtige Vorfeldunterstützung durch einen Kostenausgleichsfilter: Ausgleichsfähig sind von vornherein nur noch die Nettomehrkosten eines „durchschnittlichen, gut geführten“ Daseinsvorsorge-Dienstleisters. Der Beitrag skizziert hierzu praxisgerechte Kompensationsmaßstäbe.

I. Kurzzusammenfassung der allgemeinen EG-beihilfenrechtlichen Direktiven des Altmark Trans-Urteils für die Daseinsvorsorge (erste und zweite Ausgleichsvoraussetzung)

Der EuGH hat im Altmark Trans-Urteil vom 24. 7. 2003¹ grundsätzlich an dem Diktum vom Ausschluss des Beihilfentatbestandes bei Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge nach seinem viel kritisierten² Ferring-Urteil³ festgehalten:

„Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag [jetzt Art. 87 Abs. 1 EG] fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“⁴

Gleichwohl hat der Gerichtshof die Voraussetzungen, unter denen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist, qualifiziert und so die mit Ferring verbundenen Missbrauchsrisiken und damit auch wettbewerbsverzerrende Quersubventionspotenziale erheblich reduziert. Das Altmark Trans-Urteil ist zwar in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangen, in dem das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH insbesondere verkehrssektorspezifische, aber auch auf den allgemeinen Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG bezogene gemeinschaftsrechtliche Auslegungsfragen betreffend einen Ausgangsstreitfall zum ÖPNV vorlegte; in dem Verwaltungsgerichtsverfahren wurde u. a. um die öffentliche Zuschussgewährung an einen Linienbusbetrieb trotz Eigenwirtschaftlichkeit i. S. v. § 8 Abs. 4 Personenbeförderungsgesetz gestritten. Einhelligkeit herrscht indes darüber, dass das Altmark Trans-Urteil die beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe für alle Bereiche der Daseinsvorsorge aufzeigt.

Der Gerichtshof stellt nun vier Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, um einen finanziellen Ausgleich von unternehmerisch erbrachten Daseinsvorsorgediensten durch öffentliche Mittel nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren⁵:

„Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...]

Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. [...]

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. [...]

Wenn viertens 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 desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das [...] 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.“

Die erste (Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen) und die zweite (vorherige Aufstellung objektiver Parameter der Ausgleichsberechnung) Altmark Trans-Ausgleichsvoraussetzung sollen hier nicht vertieft werden. Nur so viel: Bei der Betrauung mit Dienstleistungen „von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ enthalten sich die Gemeinschaftsgerichte bislang einer griffigen Definition. Dass 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 aufweisen

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. XII.

1 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Urteil v. 24. 7. 2003, EWS 2003, 426 ff. mit Besprechungsaufsatz Böck/Theobald, EWS 2003, 409 ff. = NJW 2003, 2515, Rn. 86 f.

2 Vgl. nur die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rs. C-126/01 GEMO SA v. 30. 4. 2002. Kritisch Gundel, RIW 2002, 222 (222 ff.); die Rechtsprechung hingegen befürwortend Bartosch, NVwZ 2002, 174, 174 f.

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

4 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 87.

5 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 89-93, 95.

Kompensation der öffentlichen Beihilfen, häufigen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge

missen bei der Anwendung Universalien (Art. 86 Abs. 2 EG) bildet, keine Hürde für die Anwendung des Grundsatzes der Daseinsvorsorge, die traditionell von Wettbewerbsbeziehungen zwischen Geschäftsbereichen und damit auch von Quersubventionen gelebt hat. Zwar handelt es sich beim Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse um einen autonomen Begriff der Gemeinschaftsrechtsordnung.⁷ Den Mitgliedstaaten kommt aber ein weiter Spielraum bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses der Leistungserbringung zu. Die Mitgliedstaaten verfügen danach über eine Einschätzungsprärogative.⁸ Die Kontrolle der Europäischen Kommission und des EuGH beschränkt sich darauf, zu untersuchen, ob eine missbräuchliche Anwendung im Einzelfall festzustellen ist.⁹ Dies entspricht einer systematischen Auslegung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG im Lichte des Art. 16 EG, der die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorhebt. Um eine weitgehende Redundanz von Art. 86 Abs. 2 EG nach der *Ferring*- und *Altmark Trans*-Rechtsprechung des EuGH zu vermeiden, sind die Maßstäbe dieser Bestimmung nunmehr in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG hineinzuzeichnen. Im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG hat die Kommission ausgeführt, dass „der öffentliche Auftrag einem [...] Unternehmen im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden“ muss.¹⁰ So hat der EuGH bestimmte Anforderungen an den Akt der Betrauung nach Art. 86 Abs. 2 EG gestellt und ausgeführt, dass das bloße Tätigwerden eines Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit nicht als hinreichend angesehen werden kann, selbst wenn das Unternehmen von öffentlichen Instanzen bei seiner Tätigkeit überwacht wird.¹¹ Vielmehr bedarf es eines Hoheitsaktes¹² des Mitgliedstaates oder seiner gliedstaatlichen Gebietskörperschaften und sonstigen hoheitlichen Einrichtungen,¹³ der bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen festlegt. Der Akt der öffentlichen Gewalt muss dabei an ein bestimmtes Unternehmen gerichtet sein.¹⁴ Weiterhin verlangt der EuGH eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.¹⁵ Denn nur bei einer klaren Umschreibung des Auftrags, der zu erfüllen ist, kann später beurteilt werden, ob die Mittelzufuhr als angemessene Kompensation hierfür anzusehen ist.

Während die erste Voraussetzung im Wesentlichen lediglich den *acquis communautaire* zu Art. 86 Abs. 2 EG zusammenfasst, filtert die zweite *Altmark Trans*-Ausgleichsvoraussetzung, nämlich die vorherige Aufstellung objektiver Parameter der Ausgleichsberechnung, die kompensationsfähigen Kosten auf ein transparentes Maß. Der EuGH verneint das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nur, sofern die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor methodisch objektiv und transparent aufgestellt worden sind, um zu verhindern, dass eine etwa (im Nachhinein) aus politischen Händeln hervorgegangene Überkompensation einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das geförderte Dienstleistungsunternehmen gegenüber konkurrierenden Unternehmen marktwidrig begünstigt. Das Verfahren der Ausgleichsbestimmung muss von einer unabhängigen Instanz nachvollziehbar durchgeführt werden und die angewandte betriebswirtschaftliche Methodik, insbesondere die Kostenrechnung, offen nachvollziehbar sein.

II. Der Kostenausgleichsfilter aufgrund der dritten und vierten *Altmark Trans*-Ausgleichsvoraussetzung

1. Beschränkung des Ausgleichs auf die Nettomehrkosten

Richtig aktiv wird der Kostenausgleichsfilter nach dem *Altmark Trans*-Urteil im Rahmen der dritten und vierten Ausgleichsvoraussetzung. Zunächst darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu de-

cken. Dieser Nettomehrkostentest gewährleistet, dass in den Fällen, in denen schon kein Wettbewerb in der Form des Wettbewerbs um den Markt im Wege eines Ausschreibungsverfahrens stattfindet, zumindest Überkompensationen verhindert werden, die Quelle anschließender wettbewerbsverzerrender Quersubventionierungen sein können. Diese dritte *Altmark Trans*-Anforderung der Nettomehrkosten-Deckelung ist bereits im Anschluss an das Urteil *Ferring* hervorgehoben worden.¹⁶ Der Nettomehrkostentest besteht aus den folgenden Ausgleichsvoraussetzungen:

Erstens sind im Rahmen des Nettomehrkostenausgleichs überhaupt nur die Kosten berücksichtigungsfähig, die durch die Erbringung der Daseinsvorsorgedienste selbst und die Art ihres Angebots entstehen. Dabei kommt es auf die quantitative oder qualitative Verbesserung der Dienstleistung selbst an. Zweitens hat die Berechnung der Nettomehrkosten nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen, wie sie auch im Anhang IV Teil A der Telekommunikations-Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG niedergelegt ist.¹⁷ Demnach sind die Nettomehrkosten der Universaldienstverpflichtungen als Differenz zwischen den Nettokosten eines betrauten Unternehmens für den Betrieb unter Einhaltung der Universaldienstverpflichtungen und den Nettokosten für den Betrieb ohne Universaldienstverpflichtungen zu ermitteln. Damit werden nur die Nettomehrkosten für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht, die ohne eine Ausgleichszahlung an den öffentlich Betrauten gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem 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.¹⁸ 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 etwa auf die Grenzkosten für die letzte zusätzliche Produktionseinheit, die ohne eine mit dem Betrauungsakt verbundene

6 EuGH, Rs. C-320/91, *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533 Rn. 15; EuGH, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8089 Rn. 55; EuG, Rs. T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93, *Métropole Télévision*, Slg. 1996, II-649 Rn. 116; EuG, Rs. T-106/95, *FFSA u. a./Kommission*, Slg. 1997, II-229 Rn. 67.

7 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-41/83, *Italien/Kommission*, Slg. 1985, 873 Rn. 30; EuG, Rs. T-260/94, *Air Inter/Kommission*, Slg. 1997, II-997 Rn. 135.; Jung, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, 2. Aufl. 2002, Art. 86 EGV Rn. 37; *Pernice*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Stand: Februar 2002, Art. 90 EGV Rn. 35; *Schindler*, *CMLR* 1970, 57 (70 f.).

8 *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, 92 (93), sprechen sogar von der „Definitionshoheit“ der Mitgliedstaaten, was allerdings zu weit geht.

9 S. dazu implizit EuGH, Rs. C-67/96, *Albany International BV*, Slg. 1999 Rn. 107; s. ferner bereits EuGH, Rs. C-202/88, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1991, I-1223 Rn. 12; Rs. C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699 Rn. 38 ff.; explizit Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20. 9. 2000, ABIEG 2001 C 17/4, Rn. 22 und GA Léger, *SchLA* vom 10. 7. 2001, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577, Rn. 162.

10 Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk v. 15. 11. 2001, ABIEG 2001 C 320/5, Ziff. 40.

11 EuGH, Rs. 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, Slg. 1981, 2021 Rn. 7; Rs. 7/82, *GVL*, Slg. 1983, 483 Rn. 29 ff.

12 EuGH, Rs. 127/73, *BRT II*, Slg. 1974, 313 Rn. 19/22; EuGH, Rs. 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, Slg. 1981, 2021 Rn. 7.

13 S. dazu *Hochbaum*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. Aufl. 1997, Art. 90 EGV Rn. 57 mit Fn. 258.

14 EuGH, Rs. 7/82, *GVL*, Slg. 1983, 483 Rn. 31.

15 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 89.

16 S. dazu bereits *Koenig/Kühling*, *EWS* Heft 3/2003, Die erste Seite, und *dies.*, *ZHR* 166 (2002), 656, 680 ff.

17 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABIEG L 108/51-77.

18 *Koenig/Kühling*, *ZHR* 166 (2002), 656, 680 ff.

Ausgleichszahlung nicht mehr angeboten oder hergestellt worden wäre. Drittens sind etwaige zusätzliche Vorteile für den betrauten Dienstleister einschließlich immaterieller Vorteile, etwa infolge eines Branding-Effekts, in Abzug zu bringen.¹⁹ Diese Differenz ergibt den Betrag der kompensationsfähigen Nettomehrkosten.

Das Nettokostenprinzip kommt in der *Altmark Trans*-Entscheidung deutlich zum Ausdruck, wenn der EuGH ausführt, dass nur diejenigen Kosten kompensiert werden dürfen, die bei der Leistungsbereitstellung entstehen, abzüglich der Einnahmen, die dabei erzielt werden.²⁰ Mit Blick auf das Prinzip der objektivierten Kosten, wie es die vierte *Altmark Trans*-Voraussetzung verlangt²¹, zeigt sich jedoch, dass nicht nur eine Differenzhypothese anzulegen ist zwischen den Kosten (abzüglich der Einnahmen), die entstehen, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung erbracht wird, und denjenigen, die entstünden, wenn sie nicht erbracht würde. Vielmehr müssen auch sämtliche sonstigen Vorteile berücksichtigt werden, die durch die Leistungsbereitstellung erlangt werden.²² Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation ist allerdings – auch nach der EuGH-Rechtsprechung – eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigungsfähig. Auch hier entscheidet sich der EuGH für einen objektiven Maßstab, da ein „angemessener Gewinn“ zu berücksichtigen ist²³, nicht jedoch der tatsächliche Gewinn des Unternehmens.

Fraglich ist nur noch, ob der EuGH auch vom Mehrkostenprinzip ausgeht. Während der EuGH in der Rechtssache *Ferring* ausdrücklich auf die „zusätzlichen Kosten“ abstellt, die einem Unternehmen aus der Erfüllung der ihnen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen²⁴, erwähnt er in der maßgeblichen Passage des *Altmark Trans*-Urteils lediglich die „Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“²⁵. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass sich der EuGH in der Rechtssache *Altmark Trans* explizit auf die Grundsätze der *Ferring*-Rechtsprechung bezieht und an anderer Stelle gleichfalls von „zusätzlichen Kosten“ spricht, die ausgeglichen werden können.²⁶ Für einen „derartigen Ausgleich“²⁷, der also an die zusätzlichen Kosten anknüpft, stellt der EuGH anschließend die vier qualifizierten *Altmark Trans*-Voraussetzungen auf. Im Zusammenhang betrachtet, kann die dritte dieser Anforderungen daher nur so verstanden werden, dass der Ausgleich nicht über die „zusätzlichen“ Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinausgehen darf. Auch die *Altmark Trans*-Rechtsprechung geht damit von einem Nettomehrkostenprinzip aus. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Altmark Trans* keine Unterschreitung der im *Ferring*-Urteil aufgestellten Voraussetzungen beabsichtigt, sondern vielmehr dessen Anforderungen, also auch die Beschränkung auf einen Mehrkostenausgleich, qualifiziert.

2. Objektiver Kostenvergleich (Benchmarking) mit einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ unter (ggf. zu simulierenden) Wettbewerbsbedingungen

Sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut wird, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, verlangt der EuGH als vierte Kompensationsvoraussetzung im *Altmark Trans*-Urteil, dass die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.²⁸

Diese vierte Voraussetzung stellt eine eindeutige Entscheidung zu Gunsten eines objektivierten Kostenmaßstabs dar. Das Urteil *Ferring* hatte noch offen gelassen, ob nicht die subjektiven (tatsächlichen) Kosten des die Aufgabe erfüllenden Unternehmens ersetzt werden dürfen.²⁹ Nunmehr stellt der EuGH ersichtlich auf einen

objektiven Maßstab ab, nämlich den eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Denn auch bei sonstigen Austauschgeschäften der öffentlichen Hand mit Privaten („market economy-Test“) können nicht die dem Leistung erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten, sondern nur die marktüblichen Preise, die sich an den Kosten durchschnittlich gut geführter Unternehmen orientieren, geltend gemacht werden.³⁰ Allerdings stellt der EuGH nicht auf ein Idealunternehmen ab (also nicht auf die Kosten einer effizienten Leistungserbringung), sondern verlangt einen Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen.³¹ Erforderlich ist jedenfalls eine Benchmarking-Analyse.

Es liegt zunächst nahe, grundsätzlich die Vergleichspreise aus solchen Märkten heranzuziehen, auf denen ein Wettbewerb um den Markt stattfindet. Regelmäßig wird nur ein auf den Wettbewerb um den bzw. im Markt eingerichtetes Unternehmen mit Blick auf die anreizökonomisch konditionierten Wettbewerbsfunktionen (insbesondere die Innovationsfunktion) „gut geführt“ sein. Die Orientierung an im Wettbewerb stehenden (und daher „gut geführten“) Unternehmen wird sich tendenziell den in einer Ausschreibung ermittelten Kosten unter den Bedingungen des Beschaffungswettbewerbs zwischen den (bietenden) Dienstleistungsunternehmen angleichen. Damit wird ein erheblicher Kostendruck durch einen Beschaffungswettbewerb in der Daseinsvorsorge ausgeübt. Findet ein (etwa durch Ausschreibung induzierter) Wettbewerb um den Markt nicht statt, was der EuGH ausweislich der vierten *Altmark Trans*-Voraussetzung auch nicht beanstandet, so verlangt der Gerichtshof doch mit der „Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ zumindest ein Benchmarking unter *simulierten* Wettbewerbsbedingungen.

III. Skizze eines analytischen Kostenausgleichsmodells auf der Grundlage einer Wettbewerbssimulation: „Nettomehrkosten minus Monopolabschlag“

Bereits in seiner *Chronopost*-Entscheidung verlangte der EuGH bei einer fehlenden tatsächlichen Vergleichsmöglichkeit im Wettbewerb, die „normalen Marktbedingungen“ anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln³². Dieses vom Gerichtshof nur vage angedeutete Konzept könnte einem – z. B. auch auf (vormaligen) Monopolmärkten der Telekommunikationsinfrastrukturen herangezogenen – analytischen Kostenmodell auf der Grundlage einer Wettbewerbssimulation entspre-

¹⁹ Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 680 ff.

²⁰ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 92, 93.

²¹ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 93.

²² Koenig/Kühling, EWS Heft 3/2003, Die erste Seite, und *dies.*, ZHR 166 (2002), 656, 680 ff.

²³ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 92.

²⁴ EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067 Rn. 29.

²⁵ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 92.

²⁶ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 86 und 87.

²⁷ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 88.

²⁸ EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Urteil v. 24. 7. 2003, NJW 2003, 2515, Rn. 93.

²⁹ Darauf weist *Nettesheim*, EWS 2002, 253, 262 f., zu Recht hin; vgl. auch *Kühling/Wächinger*, NVwZ 2003 (erscheint demnächst).

³⁰ Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 43 ff.

³¹ *Kühling/Wächinger*, NVwZ 2003 (erscheint demnächst), sprechen von einem so genannten „Median-Maßstab“.

³² EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, *Chronopost* u. a., Urteil v. 3. 7. 2003, EuZW 2003, 504 Rn. 38.

Koenig | Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge

chen. Dabei ist zum einen zu betonen, dass der im Folgenden skizzierte Berechnungsansatz in der vierten *Altmark Trans*-Voraussetzung lediglich angelegt ist, und daher rechtsdogmatisch, vor allem aber in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung maßgeblich fortzuentwickeln ist. Zum anderen kann das insbesondere von *Vogelsang* (in Bezug auf die netzwerkökonomischen Besonderheiten von Telekommunikationsinfrastrukturen und auf die diesbezügliche Entgeltregulierung) ausdifferenzierte analytische Kostenmodell³³ nicht ohne weiteres auf die Bandbreite der unterschiedlichsten Bereiche der Daseinsvorsorge verallgemeinert werden. Vielmehr soll hier lediglich der regulatorische Grundansatz fruchtbar gemacht werden, wonach ein objektiverer Kostenansatz der Krux begegnet, dass (noch) keine wettbewerblichen Vergleichskosten und -preise aus Märkten herangezogen werden können, die nicht wettbewerblich geöffnet sind (etwa durch ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren). Die durch mangelnden Wettbewerbsdruck auf der Beschaffungsseite der Unternehmen bedingten Ineffizienzen dürfen nicht auf deren Angebotsseite in Form von überhöhten Preisen auf die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ nachfragenden öffentlichen Körperschaften und damit nachteilig auf die Bürger (Verbraucher) abgewälzt werden. Daher sind für die mangels Wettbewerb um den bzw. im Markt zu vermutenden Ineffizienzen von faktisch noch existenten bzw. ehemaligen Monopolunternehmen angemessene – nach einer in den betreffenden Sektoren anerkannten betriebswirtschaftlichen Methode gutachterlich differenzierte – Abschläge unter der Hypothese einer kosteneffizienten Leistungsbereitstellung abzuziehen³⁴ und eine marktübliche Rendite für das eingesetzte Kapital zu berücksichtigen. Die Ausgleichsberechnungsmethode „Nettomehrkosten minus Monopolschlag“ aktiviert einen wirksamen Kostenausgleichsfilter, der Quersubventionspotentiale aus der Daseinsvorsorge herauszufiltern vermag.

Voraussichtlich werden sich hier insbesondere für spezialisierte Wirtschaftsprüfer neue Tätigkeitsfelder entwickeln. Die analytischen Kostenausgleichsmodelle werden in Zukunft von unabhängigen Sachverständigen für die einzelnen Sektoren der Daseinsvorsorge nach differenzierten betriebswirtschaftlichen Methoden auf der Grundlage einer Wettbewerbssimulation zu entwickeln sein. Hierzu bietet sich eine Nettomehrkostenrechnung und Kostenindexierung nach folgendem Grobraster an:

Nettomehrkostenaufwand (zur Berechnung s.o. II.1.) für die (1) Einführung, die (2) unveränderte Fortführung bzw. die (3) quantitative oder qualitative Erweiterung bestimmter vorab und differenziert zu definierender Daseinsvorsorgedienste:

1. Personalaufwand (einschließlich betrieblicher Altersversorgung) bereinigt
 - um prognostizierte Personalmehrungen und -minderungen (Rationalisierung),
 - Sachaufwendungen und
 - Investitionen
2. unter Einbeziehung einer (1) allgemeinen und (2) einer sektorspezifischen Preissteigerungsrate über vorab zu definierende Leistungszeiträume.
3. Für die mangels Wettbewerb um den bzw. im Markt zu vermutenden Ineffizienzen von faktisch noch existenten bzw. ehemaligen Monopolunternehmen sind angemessene Abschläge unter der Hypothese einer kosteneffizienten Leistungsbereitstellung abzuziehen und eine marktübliche Rendite für das eingesetzte Kapital zu berücksichtigen.

Für die einzelnen Bereiche der Daseinsvorsorge wäre nach dem zweiten Schritt dieses Grobrasters (neben der allgemeinen) eine

sektorspezifische Preissteigerungsrate zu indexieren. Deren Berechnung wäre in etwa mit der Vorgehensweise des Statistischen Bundesamtes bei der Aufstellung des Preisindex für die private Lebenshaltung vergleichbar. Auch das Statistische Bundesamt stellt wenn immer möglich die im Wettbewerb generierten Preise in den Index ein. Die für die einzelnen Bereiche der Daseinsvorsorge zu bildenden sektorspezifischen Warenkörbe enthalten dann sowohl Bestandteile, die primär bei den betreffenden Daseinsvorsorgediensten anzutreffen und deshalb mit sektorspezifischen Preissteigerungsraten fortzuschreiben sind, als auch solche, die der allgemeinen Preisentwicklung unterliegen. In die sektorspezifische Preissteigerungsrate werden zusätzlich zur Fortschreibung mit dem Deflator des Bruttoinlandsprodukts primär bei den betreffenden Daseinsvorsorgediensten ermittelte Teuerungsanteile einbezogen.³⁵ Da das Statistische Bundesamt bei der Aufstellung des Preisindex für die private Lebenshaltung auf die Endverbraucherstufe abstellt, nicht aber die im Beschaffungswettbewerb konditionierte Effizienz von „durchschnittlichen, gut geführten“ Dienstleistungsunternehmen berücksichtigt, ist bei faktisch noch existenten bzw. ehemaligen Monopolunternehmen der sektorspezifisch zu ermittelnde Abschlag gerechtfertigt. Dieser Abschlag müsste von betriebswirtschaftlichen Sachverständigen im Wege einer Differenzhypothese (tatsächliche Kosten minus Kosten einer wettbewerbsinduzierten kosteneffizienten Leistungsbereitstellung) bestimmt werden.

IV. Ergebnisse

Der EuGH erzwingt mit seiner *Altmark Trans*-Rechtsprechung – unbeschadet der vergaberechtlichen Anforderungen – zwar kein Ausschreibungsverfahren für die unternehmerische Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Der Gerichtshof setzt aber gleichwohl die Kompensationsanforderungen insoweit analytisch hoch an, als gerade nicht die subjektiv tatsächlichen Kosten, sondern nur die Nettomehrkosten eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ nach der hier skizzierten Methode zugrunde zu legen sind. Dabei sind für die – mangels Wettbewerb um den bzw. im Markt zu vermutenden – Ineffizienzen von faktisch noch existenten bzw. ehemaligen Monopolunternehmen angemessene Abschläge unter der Hypothese einer kosteneffizienten Leistungsbereitstellung abzuziehen und eine marktübliche Rendite für das eingesetzte Kapital zu berücksichtigen. Die skizzierte Berechnungsmethode soll das Fehlen von im Wettbewerb generierten Vergleichsdaten insbesondere auf den Daseinsvorsorgemärkten ausgleichen, die nicht wettbewerblich geöffnet sind (etwa durch ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren). Zugleich aktiviert die Ausgleichsberechnungsmethode „Nettomehrkosten minus Monopolschlag“ einen wirksamen Kostenausgleichsfilter, der Quersubventionspotentiale aus der Daseinsvorsorge herauszufiltern vermag – und zwar unabhängig von der Anwendung des Transparenzrichtlinienregimes. Die für die einzelnen Sektoren der Daseinsvorsorge differenziert zu entwickelnden betriebswirtschaftlichen Methoden eines Wettbewerbsbedingungen simulierenden Benchmarkings werden neue Tätigkeitsfelder, insbesondere für spezialisierte Wirtschaftsprüfer, eröffnen.

33 Grundlegend *Vogelsang*, MMR 1998, 594 ff.; vgl. auch *Stamm*, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001, S. 174 ff.

34 So in Bezug auf den ÖPNV auch *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003 (erscheint demnächst).

35 Nach einem ähnlichen Verfahren geht bereits die Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) im Rahmen des „Indexgestützten Integrierten Prüf- und Berechnungsverfahrens zur Feststellung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ (IVF) muster-gültig vor; vgl. KEF, Feststellung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten auf der Grundlage des IVF, Stand: 21. 2. 2003, Teil 2, Verfahrensheft.