

Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission

Von Professor Dr. Christian Koenig*, LL.M. (LSE), und Privatdozent Dr. Andreas Haratsch**, Bonn

Mit dem Altmark Trans-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. Juli 2003 schien die Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 EG im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge weitgehend marginalisiert. Im Fall einer angemessenen Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen ein Unternehmen betraut ist, verneint der Gerichtshof das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG, sofern kumulativ die vier vom Gerichtshof im Altmark Trans-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Es schien so, als würden die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG (insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) in der

Tatbestandslösung der Altmark Trans-Voraussetzungen aufgehen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission im Beihilfenverfahren gegen die italienische öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt RAI vom 15. Oktober 2003 zeigt jedoch auf, dass dies nicht der Fall ist.

* Der Verfasser ist Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Privatdozent an der Universität Potsdam.

Art. 86 Abs. 2 EG kommt nach wie vor eigenständige Bedeutung neben den Altmark Trans-Kriterien zu.

I. Der Altmark Trans-Maßstab

Im Altmark Trans-Urteil führt der EuGH aus, dass eine staatliche Maßnahme nicht den Beihilfentatbestand erfüllt, 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 werden¹. Der EuGH stellt vier qualifizierte Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, um einen derartigen Ausgleich im konkreten Fall nicht als staatliche Beihilfe einzustufen²:

1. Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein.

2. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden.

3. Der Ausgleich darf 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.

4. Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, 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.

II. Die RAI-Entscheidung der Kommission

Die Kommission prüft in ihrer RAI-Entscheidung konsequent die Altmark Trans-Voraussetzungen. Anhand der vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Kriterien untersucht sie, ob die Finanzierung der RAI in dem für die Entscheidung erheblichen Zeitraum den Tatbestand der Beihilfe erfüllt³. Da hier jedoch weder die Parameter für die Ausgleichsberechnung vorab festgelegt waren (2. Altmark Trans-Kriterium) noch die kompensationsfähigen Kosten auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines gut geführten Medienunternehmens berechnet worden waren (4. Altmark Trans-Kriterium), stuft die Kommissi-

on die zu Gunsten der RAI getroffenen staatlichen Maßnahmen als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ein⁴.

Da Art. 86 Abs. 2 EG nach Auffassung der Kommission weder obsolet geworden ist noch in den Altmark Trans-Voraussetzungen aufgeht, schließt sich folgerichtig die Rechtfertigungsprüfung am Maßstab dieser Bestimmung an. Die Kommission arbeitet dabei drei Rechtfertigungsvoraussetzungen heraus⁵:

1. Die zu erbringende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss vom Mitgliedstaat klar definiert sein (Definition).

2. Das Unternehmen muss mit der Erbringung der Dienstleistung durch eine öffentliche Stelle betraut sein (Betrauung).

3. Die staatliche Beihilfe darf nicht über die Nettomehrkosten der allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistung hinausgehen, wobei andere Einkünfte, die unmittelbar oder mittelbar aus der Erbringung der öffentlichen Dienstleistung entstehen, zu berücksichtigen sind (Verhältnismäßigkeit).

Dabei scheint die Prüfung der ersten beiden Rechtfertigungsvoraussetzungen (Definition und Betrauung) der Prüfung des ersten Altmark Trans-Kriteriums zu entsprechen⁶. Auch das Altmark Trans-Urteil verlangt, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen klar definiert sind und ein entsprechender Betrauungsakt vorliegt⁷. Allerdings schärft und erweitert die Kommission ihren Prüfungsmaßstab im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG, indem sie ausdrücklich verlangt, dass die tatsächliche Erbringung der allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Einklang mit dem Betrauungsakt durch eine unabhängige Stelle (»appropriate authority or appointed body«) überwacht wird⁸. Ein solches Monitoring-Verfahren fordert die Altmark Trans-Entscheidung nicht ein.

Die dritte Rechtfertigungsvoraussetzung im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG, die Verhältnismäßigkeitsprüfung, entspricht dem dritten Altmark Trans-Kriterium des EuGH⁹. Die staatliche Beihilfe darf danach nicht über die Nettomehrkosten des allgemeinwirtschaftlichen Dienstes hinausgehen, wobei andere Einkünfte, die unmittelbar oder mittelbar aus der Erbringung der

1 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, Urt. v. 24.7.2003, NJW 2003, 2515, Rn. 87; vgl. zu diesem Urteil eingehend *Koenig/Haratsch*, ZUM 2003, 804 ff.

2 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 89 - 93, 95.

3 Staatliche Beihilfe – Italien C 62/1999 (ex NN 140/1998), Entscheidung der Kommission vom 15.10.2003 betreffend die Maßnahmen Italiens zu Gunsten von RAI S.p.A., C (2003) 3528 endg., Tz. 95 ff.

4 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 97.

5 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 99 f.

6 Vgl. Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 102 ff.

7 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 89.

8 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 118.

9 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 92.

öffentlichen Dienstleistung entstehen, zu berücksichtigen sind¹⁰. Allerdings stellt die Kommission in der RAI-Entscheidung mit Blick auf die besondere Situation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine besondere Regel zur Bestimmung der Kosten für die Erbringung der allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistung auf. Sind die Nettomehrkosten einer allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtung sonst als Differenz zwischen den Nettokosten eines betrauten Unternehmens für den Betrieb unter Erfüllung der allgemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten für den Betrieb ohne allgemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu ermitteln¹¹, nähert sich die Kommission hier zu Gunsten der betrauten Unternehmen gleichsam von der anderen Seite: Kompensationsfähig sind im Falle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten alle Kosten abzüglich der Kosten, die nicht anfallen würden, wenn die Aktivitäten unterblieben, die nicht vom öffentlichen Auftrag umfasst sind¹². Beziehen sich Kosten sowohl auf die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als auch auf die Erbringung kommerzieller Dienstleistungen, wird keine anteilige Kostenzuordnung vorgenommen¹³. Vielmehr werden diese Kosten in vollem Umfang als Kosten für die Erbringung allgemeinwirtschaftlicher Dienste anerkannt.

Im Hinblick auf die Anrechnung der anderweitig erzielten Einnahmen, welche die Höhe der zulässigen Kompensation verringern, ist nicht auf die vom betreffenden Unternehmen tatsächlich erzielten Einnahmen abzustellen, sondern auf die Einnahmen, die ein effektiv wirtschaftendes Unternehmen am Markt erzielen würde¹⁴. Auch wenn die Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG die vierte Altmark Trans-Voraussetzung, die ein Benchmarking oder zumindest die Anwendung eines analytischen Kostenmodells zur Berechnung der Ausgleichshöhe verlangt¹⁵, nicht heranzieht, nähert sie sich zumindest für die Ermittlung der in Abzug zu bringenden erzielbaren Einnahmen diesem Maßstab an.

Anders als die Altmark Trans-Kriterien verlangt Art. 86 Abs. 2 EG nach Auffassung der Kommission weder die vorherige Aufstellung objektiver und transparenter Parameter für die Kompensationsberechnung (2. Altmark Trans-Voraussetzung¹⁶) noch die Anwendung eines Benchmarkings oder einer analytischen Kosten-

rechnung zur Ermittlung der Ausgleichshöhe (4. Altmark Trans-Voraussetzung¹⁷). Daher können staatliche Maßnahmen gemäß Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sein, die den insoweit strengeren Altmark Trans-Kriterien im Rahmen des Beihilfentatbestands nicht gerecht werden. Im Gegenzug verschärft die Kommission allerdings die Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 86 Abs. 2 EG, die der 1. Altmark Trans-Voraussetzung entsprechen, indem die Überwachung der Einhaltung der Grenzen des öffentlichen Auftrags durch eine unabhängige Stelle eingefordert wird.

III. Fazit

Die RAI-Entscheidung der Kommission mag auf den ersten Blick überraschen. Sie erweist sich bei genauerem Hinsehen jedoch als konsequente Anwendung des EG-Vertrags und der EuGH-Rechtsprechung. Art. 86 Abs. 2 EG geht keineswegs in der Tatbestandslösung von Ferring¹⁸ und Altmark Trans auf, sondern behält – ungeachtet einiger Parallelen – seine eigenständige Bedeutung. Nach Art. 86 Abs. 2 EG können staatliche Maßnahmen gerechtfertigt sein, die den strengeren Altmark Trans-Kriterien nicht gerecht werden. Dieser Prüfungsansatz der Kommission hat zur Folge, dass die eigenständigen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG die Altmark Trans-Kriterien überspielen können. Es bleibt abzuwarten, in welcher Weise der Gerichtshof auf diese Entscheidungspraxis der Kommission eines Tages reagieren wird.

10 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 120.

11 Vgl. Koenig/Kühling, EWS Heft 3/2003, Die erste Seite und dies., ZHR 2002, 656, 680 ff.

12 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 122.

13 Vgl. Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 122, dort Fn. 60.

14 Entscheidung der Kommission (Fn. 3), Tz. 124 f.

15 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 93; dazu Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 810 ff.

16 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 90.

17 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH (Fn. 1), Rn. 93.

18 Vgl. EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067; so auch bereits EuGH, Rs. 240/83, Procureur de la République/ADBHU, Slg. 1985, S. 531 Rn. 18.