

Christian Koenig/Andreas Haratsch^{*)}

Der Anwendungsbereich der EG-Transparenzrichtlinie im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH

Die Transparenzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft ist eines der wichtigsten Instrumente der Kommission, um ihr eine effektive Beihilfen- und Missbrauchskontrolle im Hinblick auf Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 und 2 EG zu ermöglichen. Die Richtlinie sieht Transparenzpflichten vor, die sich auf die Offenlegung der Finanzströme zwischen öffentlicher Hand und öffentlichen Unternehmen beziehen sowie auf die Einführung einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung zur Kontrolle von Quersubventionierungen in allen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden oder die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Im Folgenden wird der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie beleuchtet, wobei insbesondere untersucht wird, inwieweit Rechtsprechungsänderungen des Europäischen Gerichtshofs im Bereich des materiellen Beihilfenrechts Auswirkungen auf die Weite des Anwendungsbereichs der Transparenzrichtlinie haben können.

Inhaltsübersicht

- I. Die Ratio der EG-Transparenzrichtlinie
- II. Transparenz nach Art. 1 Abs. 1 TranspRL
 1. Öffentliche Hand
 2. Öffentliche Unternehmen
 3. Finanzielle Beziehungen
 4. Bereichsausnahmen nach Art. 4 Abs. 1 TranspRL

^{*)} Universitätsprofessor Dr. iur., LL.M. (LSE) Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Privatdozent Dr. iur. Andreas Haratsch ist dort wissenschaftlicher Referent sowie Privatdozent an der Universität Potsdam.

III. Transparenz nach Art. 1 Abs. 2 TranspRL

1. Privilegierte Unternehmen
 - 1.1 Unternehmen mit ausschließlichen Rechten
 - 1.2 Unternehmen mit besonderen Rechten
2. Unternehmen mit Sonderaufgaben
 - 2.1 Betrauung mit Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
 - 2.2 Staatliche Beihilfen in jedweder Form
3. Unternehmen mit verschiedenen Geschäftsbereichen
4. Keine speziellen Transparenzvorschriften nach Art. 3a Abs. 2 TranspRL
5. Bereichsausnahmen nach Art. 4 Abs. 2 TranspRL

IV. Fazit: Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Transparenzrichtlinie de lege ferenda

I. Die Ratio der EG-Transparenzrichtlinie

Die Transparenzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft (TranspRL)¹⁾ verfolgt zum einen das Ziel, der Kommission eine effektive Kontrolle über staatliche Beihilfen an Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 und 2 EG zu ermöglichen.²⁾ Zum anderen soll die Richtlinie auch die Missbrauchsaufsicht der Kommission nach Art. 86 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 82 EG effektivieren. Sie soll helfen, beihilfen- oder missbrauchsrelevante Quersubventionierungen aufzudecken.³⁾ Um ihrer Kontrollaufgabe nachkommen zu können, bedarf die Kommission der hierfür erforderlichen Informationen. Dies bedingt die Herstellung von Transparenz.⁴⁾ Die Transparenzrichtlinie verlangt daher gemäß Art. 1 Abs. 1 die Offenlegung der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen. Art. 1 Abs. 2 TranspRL schreibt vor, Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte nach Art. 86 Abs. 1 EG gewährt werden oder die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 86 Abs. 2 EG betraut sind und die für diese Dienstleistungen einen staatlichen Ausgleich erhalten, die Pflicht zu einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung aufzuerlegen.

1) RL 80/723/EWG der Kommission v. 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI EG 1980 L 195/35; geändert durch RL 85/413/EWG der Kommission v. 24.7.1985, ABI EG 1985 L 229/20; geändert durch RL 93/84/EWG der Kommission v. 30.9.1993, ABI EG 1993 L 254/16; zuletzt geändert durch RL 2000/52/EG der Kommission v. 26.7.2000, ABI EG 2000 L 193/75; abgedruckt in: Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 240.

2) Vgl. 3. und 5. Erwägungsgrund der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG, ABI EG 1980 L 195/35, sowie 2. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie 2000/52/EG, ABI EG 2000 L 193/75; Koenigs, WuW 2000, 867; Page, ELR 5 (1980), 492, 500.

3) 2. Erwägungsgrund der RL 2000/52/EG, ABI EG 2000 L 193/75; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Stand: August 2003, Art. 86 EGV Rz. 80; Britz, DVBl 2000, 1641, 1642; Seidel, ZUM 2001, 13, 16; Koenigs, WuW 2000, 867; Schmittmann/Kneißl, AfP 2003, 245; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, § 35 Rz. 21, § 43 Rz. 39.

4) Vgl. 5. Erwägungsgrund der RL 2000/52/EG, ABI EG 2000 L 193/75.

II. Transparenz nach Art. 1 Abs. 1 TranspRL

1. Öffentliche Hand

Offenzulegen sind gemäß Art. 1 Abs. 1 TranspRL die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen. Eine Legaldefinition des Begriffs der „öffentlichen Hand“ findet sich in Art. 2 Abs. 1 lit. a TranspRL. Unter diesen Begriff sind danach „alle Bereiche der öffentlichen Hand“ zu subsumieren, „inklusive Staat sowie regionale, lokale und alle anderen Gebietskörperschaften“. Auch wenn diese Definition expressis verbis nur „Gebietskörperschaften“ nennt, sind zum staatlichen Bereich, der mit der Transparenzrichtlinie einer Kontrolle unterworfen werden soll, aber auch alle sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts zu zählen. Der öffentlichen Hand zurechenbar sind auch alle von juristischen Personen des öffentlichen Rechts tatsächlich oder rechtlich beherrschten Einrichtungen (Verbände, Fonds etc.), die nicht selbst Unternehmen sind, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsform, Ausgestaltung und Rechtspersönlichkeit.

2. Öffentliche Unternehmen

Die Pflicht zur Offenlegung der finanziellen Beziehungen gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 TranspRL im Hinblick auf öffentliche Unternehmen: Anders als der EAG-Vertrag (Art. 196 lit. b)⁵⁾ enthält der EG-Vertrag keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs. Rechtsprechung⁶⁾ und Schrifttum⁷⁾ gehen aber im Wettbewerbsrecht des EG-Vertrags von einem einheitlichen Begriff des Unternehmens aus, der auch für Art. 86 EG sowie die auf seiner Grundlage erlassene Transparenzrichtlinie gilt.⁸⁾ Dabei ist ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde zu legen.⁹⁾ Ein Unternehmen ist danach „jede eine wirtschaftliche Tätig-

5) 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.“

6) Seit EuGH – Rs C-41/90, Slg. 1991, I-1979 = ZIP 1991, 1614 Rz. 21 – Höfner u. Elser, dazu EWIR 1991, 1083 (Schroeder), ständige Rechtsprechung.

7) v. Burchard, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV Rz. 13; Emmerich, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: Mai 2004, H.II Rz. 98; Jung, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 86 EGV Rz. 11; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, C., Art. 37, 90 EGV Rz. 1; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 14; a.A. Schindler, CMLR 1970, 57, 59 ff.

8) Emmerich, in: Dausen (Fußn. 7), H.II Rz. 98; Jung, in: Calliess/Ruffert (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 11; Mestmäcker, RabelsZ 52 (1988), 526, 536; ders., in: Immenga/Mestmäcker (Fußn. 7), C., Art. 37, 90 EGV Rz. 1 m.w.N.; Mestmäcker/Schweitzer (Fußn. 3), § 33 Rz. 42; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 14.

9) Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 15; Hochbaum/Klotz, in: v.d. Groeben/Schwarze, EG/EGV, 6. Aufl., 2003, Art. 86 EG Rz. 6.

keit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“,¹⁰⁾ die nicht ausschließlich Verbraucher bzw. Arbeitnehmer¹¹⁾ ist. Entscheidende Auslegungsmaßgabe ist, dass durch die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung eine Einheit als Anbieter oder Nachfrager auf einem relevanten Markt agiert, die den tatsächlichen oder möglichen Wettbewerb verzerren kann.

Eine Definition des Begriffs des „öffentlichen Unternehmens“ findet sich in Art. 2 Abs. 1 lit. b TranspRL. Ein öffentliches Unternehmen ist danach „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand auf Grund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“. Nach § 2 Abs. 2 TranspRL wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt (lit. a), über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt (lit. b) oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann (lit. c).

3. Finanzielle Beziehungen

Vorgeschrieben ist die Offenlegung der finanziellen Beziehungen. Erfasst wird gemäß Art. 1 Abs. 1 TranspRL die unmittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand für öffentliche Unternehmen (lit. a), die Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand über öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute (lit. b) sowie die tatsächliche Verwendung der öffentlichen Mittel (lit. c). Art. 3 TranspRL differenziert diese Verpflichtung weiter aus. Nach der dort enthaltenen, nicht abschließenden Aufzählung werden von der in Art. 1 Abs. 1 TranspRL vorgeschriebenen Transparenz insbesondere betroffen:

- der Ausgleich von Betriebsverlusten,
- Kapitaleinlagen oder -ausstattungen,
- nicht rückzahlbare Zuschüsse oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen,
- die Gewährung von finanziellen Vergünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder Nichteinziehung von Schuldforderungen,

10) EuGH Slg. 1991, I-1979 = ZIP 1991, 1614 Rz. 21 – Höfner u. Elser. Zur ständigen Rechtsprechung vgl. EuGH – verb. Rs C-159 u. C-160/91, Slg. 1993, I-637 Rz. 17 – Poucet et Pistre; EuGH – Rs C-244/94, Slg. 1995, I-4013 Rz. 14 – Fédération française des sociétés d'assurance u. a.; EuGH – Rs C-55/96, Slg. 1997, I-7119 Rz. 21 – Job Centre; EuGH – Rs C-67/96, Slg. 1999, I-5751 = ZIP 2000, 34 Rz. 77 – Albany International BV, dazu EWIR 2000, 483 (Röhling); EuGH – verb. Rs C-180 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451 Rz. 74 – Pavlov; vgl. auch Hochbaum, ZöGU 1985, 481, 483.

11) EuGH – Rs C-22/98, Slg. 1999, I-5665 Rz. 26 – Becu.

- der Verzicht auf eine normale Verzinsung der eingesetzten öffentlichen Mittel sowie
- der Ausgleich von durch die öffentliche Hand auferlegten Belastungen.

Die Transparenzrichtlinie knüpft hinsichtlich dieser Transparenzpflichten des Art. 1 Abs. 1 TranspRL zwar materiell an Tatbestände an, die unter den Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG subsumiert werden können. Sie stellt jedoch – anders als in Art. 2 Abs. 1 lit. d TranspRL – weder in Art. 1 Abs. 1 noch in Art. 3 TranspRL formell auf den Beihilfenbegriff ab.¹²⁾ Ein etwaiger Wandel in der Auslegung des Beihilfenbegriffs durch eine Änderung der EuGH-Rechtsprechung lässt daher den materiellen Anwendungsbereich der Pflicht zur Offenlegung der finanziellen Beziehungen unberührt. Eine veränderte Rechtsprechung des EuGH zum Beihilfenbegriff wirkt sich erst nach erfolgter Offenlegung aus, wenn die Kommission anhand der vorgelegten Daten und Fakten ihrerseits eine Subsumtion unter den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenbegriff vornimmt, um zu überprüfen, ob die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und dem betreffenden öffentlichen Unternehmen beihilfenrelevante Tatbestände im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen.

4. Bereichsausnahmen nach Art. 4 Abs. 1 TranspRL

Art. 4 Abs. 1 TranspRL besneidet den Anwendungsbereich der Transparenzpflichten nach Art. 1 Abs. 1 TranspRL. Die Richtlinie findet nach Art. 4 Abs. 1 lit. a keine Anwendung auf die finanziellen Beziehungen der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen, welche die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten merklich zu beeinträchtigen. Mit dem Erfordernis einer „merklichen“ Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels knüpft die Richtlinie an das Spürbarkeitskriterium an, dessen Geltung im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 EG umstritten ist.¹³⁾ Die Spürbarkeit einer Handelsbeeinträchtigung ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die staatliche Mittelzufuhr an ein öffentliches Unternehmen unterhalb bestimmter, von der Kommission festgelegter Schwellenwerte liegt (so genannte De-minimis-Beihilfen).¹⁴⁾ Aber auch darüber hinaus sind solche staatlichen Finanzaufwendungen an öffentliche Unternehmen vom Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie auszunehmen, die zwar oberhalb der De-minimis-Schwellen liegen, gleichwohl aber nur unbedeutende Auswirkungen auf den

12) Vgl. Hochbaum, ZögU 1985, 481, 485.

13) Dort für ein Spürbarkeitserfordernis etwa Koenig/Kühling/Ritter (Fußn. 1), S. 88 f.; Keßler, DÖV 1977, 619, 620 ff.; Mederer, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 87 EG Rz. 45; dagegen Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403, 434.

14) Zu den De-minimis-Beihilfen vgl. VO (EG) Nr. 69/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl EG 2001 L 10/30; Koenig/Kühling/Ritter (Fußn. 1), S. 87 f.

innergemeinschaftlichen Handel haben und daher dem gemeinschaftlichen Interesse nicht zuwiderlaufen.

Weiterhin sind die Zentralbanken von der Transparenzpflicht nach Art. 1 Abs. 1 TranspRL ausgenommen (Art. 4 Abs. 1 lit. b TranspRL), die öffentlichen Kreditanstalten hinsichtlich der Anlage öffentlicher Mittel seitens der öffentlichen Hand zu normalen Marktbedingungen (Art. 4 Abs. 1 lit. c TranspRL) sowie öffentliche Unternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von weniger als insgesamt 40 Mio. € (öffentliche Kreditanstalten mit einer Bilanzsumme von weniger als 800 Mio. €) in den beiden Rechnungsjahren, die der Bereitstellung oder der Verwendung der staatlichen Mittel vorangehen (Art. 4 Abs. 1 lit. d TranspRL).¹⁵⁾ Die Bereichsausnahme in lit. d hat die Kommission vor dem Hintergrund erlassen, dass die Auferlegung eines übermäßigen Verwaltungsaufwandes dort vermieden werden soll, wo die potenziellen nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb gering einzuschätzen sind.¹⁶⁾

III. Transparenz nach Art. 1 Abs. 2 TranspRL

1. Privilegierte Unternehmen

Die Pflicht zu einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung trifft nach Art. 2 Abs. 1 lit. d Alt. 1 TranspRL jedes Unternehmen, dem besondere oder ausschließliche Rechte nach Art. 86 Abs. 1 EG gewährt werden. Obwohl Art. 86 Abs. 1 EG, auf den die Transparenzrichtlinie ausdrücklich Bezug nimmt, „öffentliche Unternehmen“ erfasst, knüpfen die Transparenzpflichten nach Art. 1 Abs. 2 TranspRL nicht an den Begriff des öffentlichen Unternehmens an.¹⁷⁾ Art. 2 Abs. 1 lit. d Alt. 1 TranspRL erwähnt die öffentlichen Unternehmen nicht. Zwar hatte die Transparenzrichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung allein öffentliche Unternehmen erfasst.¹⁸⁾ Die Richtlinie 2000/52/EG vom 26. Juli 2000, die die Transparenzrichtlinie um den bis dahin nicht enthaltenen Regelungskomplex der getrennten Buchführung erweiterte, nahm zugleich eine ausdrückliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie vor. Während die Transparenzpflichten gemäß Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 TranspRL nach wie vor ausschließlich öffentliche Unternehmen treffen, sind die Transparenzpflichten nach Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3a TranspRL nicht auf öffentliche Unternehmen bezogen, sondern auf Unternehmen mit Sonderrechten sowie Unternehmen mit Sonderaufgaben. Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs *ratione personae* findet ihre Bestätigung

15) Dazu Hochbaum, ZögU 1985, 481, 487.

16) Vgl. 10. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie 2000/52/EG, ABl EG 2000 L 193/75.

17) Bartosch, ZIP 1999, 1787, 1788 f.; Britz, DVBl 2000, 1641, 1649; Bolsenkötter/Poullie, ZögU 2001, 204, 208.

18) Vgl. RL 80/723/EWG v. 25.6.1980, ABl EG 1980 L 195/35.

auch darin, dass durch Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie 2000/52/EG der Titel der Transparenzrichtlinie geändert wurde. Lautete der Titel bis dato „Richtlinie ... über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen“, wurde nunmehr der Zusatz „sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen“ aufgenommen. Hierin kommt die Loslösung von der exklusiven Bezugnahme auf öffentliche Unternehmen zum Ausdruck. Im 12. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/52/EG heißt es ausdrücklich, dass sie „auf öffentliche und auf private Unternehmen anwendbar“ ist.

1.1 Unternehmen mit ausschließlichen Rechten

Die Kommission definiert den Begriff des „ausschließlichen Rechts“ in Art. 2 Abs. 1 lit. f TranspRL als Recht, das ein Mitgliedstaat einem Unternehmen durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften gewährt, wenn der Mitgliedstaat die Leistung eines Dienstes oder einer Tätigkeit in einem bestimmten Gebiet einem einzigen Unternehmen vorbehält.¹⁹⁾ Diese sekundärrechtliche Begriffsdefinition geht konform mit dem primärrechtlichen Begriff des „ausschließlichen Rechts“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG.²⁰⁾ Maßgeblich ist dabei, dass das privilegierte Unternehmen nicht mit anderen um Marktanteile konkurriert. Das schließt nicht aus, dass ein (Ausschreibungs-)Wettbewerb um die Privilegierung selbst und demnach ein Wettbewerb um den betreffenden Markt, d.h. um die Erlangung des ausschließlichen Rechts, stattgefunden hat.

1.2 Unternehmen mit besonderen Rechten

Besondere Rechte sind gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. g TranspRL solche Rechte, die ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Zahl von Unternehmen in einem bestimmten Gebiet gewährt, wenn der Staat

- die Zahl dieser Unternehmen auf zwei oder mehrere Unternehmen begrenzt, ohne sich dabei an objektive, angemessene und nichtdiskriminierende Kriterien zu halten, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder
- mehrere konkurrierende Unternehmen nach anderen als solchen Kriterien bestimmt, um eine Leistung zu erbringen oder eine Tätigkeit zu betreiben, oder

19) Vgl. auch EuGH GA Léger, Schlussanträge v. 21.10.1999 – Rs C-209/98, Slg. 2000, I-3743, 3747 Rz. 53 ff. – Sydhavnens Sten & Grus; v. Burchard, in: Schwarze (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 24; Hochbaum/Klotz, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 86 EG Rz. 23; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 28.

20) Zum primärrechtlichen Begriffsverständnis vgl. EuGH GA Léger, Slg. 2000, I-3743, 3747 Rz. 53 ff. – Sydhavnens Sten & Grus; v. Burchard, in: Schwarze (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 24; Hochbaum/Klotz, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 86 EG Rz. 23; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 28 f.

- einem oder mehreren Unternehmen nach anderen als solchen Kriterien durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften besondere Vorteile einräumt, die die Fähigkeit anderer Unternehmen, die gleiche Tätigkeiten in demselben Gebiet unter wesentlich gleichen Bedingungen zu leisten, wesentlich beeinträchtigen.²¹⁾

Im Gegensatz zum ausschließlichen Recht wird durch die Einräumung eines besonderen Rechts der Wettbewerb im Markt jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.²²⁾

Fraglich ist, ob es sich bei Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, deren Finanzierung staatlicherseits durch hoheitliche Ausgleichsregelungen gewährleistet wird, um Unternehmen handelt, die mit besonderen Rechten im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG ausgestattet sind. Legte man der Beurteilung dieser Fälle eine rein formale Betrachtungsweise zugrunde, die isoliert auf die Rechtsgewährung abstellt, müsste es sich um eine Privilegierung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. g TranspRL handeln. Das Recht, eine Dienstleistung gegen eine hoheitlich garantierte hinreichende Kompensation zu erbringen, wird den übrigen Unternehmen vorenthalten. Eine solche rein formale Betrachtungsweise ließe allerdings unberücksichtigt, dass die Einräumung des besonderen Rechts untrennbar mit der Auferlegung einer besonderen Pflicht verknüpft ist.

Wendet man sich hingegen einer funktionalen Betrachtungsweise zu, kann die Verknüpfung von Vorteilsgewährung und Pflichtenstellung berücksichtigt werden. Die staatlich zugesicherte Finanzierung stellt den Ausgleich dar, der die aus der besonderen Pflichtenstellung resultierenden Nachteile kompensieren soll und keinesfalls über das hierfür erforderliche Maß hinausgehen darf. Es liegt daher keine Privilegierung im Sinne einer materiellen Besserstellung gegenüber den anderen Wettbewerbern vor. Ob eine Besserstellung vorliegt, lässt sich wettbewerbsrechtlich sinnvoll nur anhand materieller Kriterien beurteilen. Auch der EuGH bevorzugt in seiner Altmark Trans-Entscheidung²³⁾ die Anlegung materieller und funktionaler Kriterien bei der Beurteilung wettbewerbsrelevanter Vorgänge: Bei einer rein formalen Betrachtungsweise, die isoliert auf die Tatsache der staatlichen Mittelzuwendung abstellt, hätte man im Fall Altmark Trans zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass es sich bei der fraglichen staatlichen Begünstigung um eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG handelte. Der EuGH entscheidet sich jedoch ausdrücklich gegen eine isolierte, rein

21) Vgl. auch schon RL 94/46/EG, ABJ EG 1994 L 268/15, und die Entscheidung der Kommission 97/181/EG, ABJ EG 1997 L 76/19 Rz. 10 – GSM-Mobilfunknetzbetreiber.

22) Hochbaum/Klotz, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 86 EG Rz. 24; Jung, in: Calliess/Ruffert (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 16.

23) EuGH – Rs C-280/00, Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 – Altmark Trans GmbH, dazu EWiR 2003, 921 (Lücke).

formale Sicht und zieht eine ökonomisch funktionale Betrachtungsweise vor. Er verneint das Vorliegen des Beihilfentatbestandes bei staatlichen Zuwendungen, die – überprüft an den vier materiellen Altmark Trans-Kriterien – eine angemessene Kompensation für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen darstellen. Entscheidend ist gerade nicht allein der formale Akt der staatlichen Mittelzuwendung, sondern eine materielle Betrachtung des Vorgangs. Es wäre ein Wertungswiderspruch innerhalb des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, würde man im Rahmen von Art. 86 Abs. 1 EG – anders als bei Art. 87 Abs. 1 EG – eine rein formale Betrachtungsweise bevorzugen.

Bei zutreffender funktionaler Betrachtung handelt es sich mithin bei Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind und die hierfür eine staatlich zugesicherte Kompensation erhalten, nicht um privilegierte Unternehmen, sofern die hoheitlich zugesicherte Kompensation nicht über das hinausgeht, 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.

2. Unternehmen mit Sonderaufgaben

Neben den Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden, erfasst die in der Transparenzrichtlinie niedergelegte Pflicht zur getrennten Buchführung über die 2. Alternative von Art. 2 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 3a TranspRL auch Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 2 EG, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind und die für diese Dienstleistungen staatliche Beihilfen erhalten. Bei einem solchermaßen betrauten Unternehmen kann es sich zwar zugleich um ein Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten handeln, notwendig ist dies allerdings nicht.²⁴⁾

2.1 Betrauung mit Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Der Begriff der „Dienstleistung“ ist weit gefasst. Er geht deutlich über die in Art. 50 Abs. 1 EG verwandte Dienstleistungskonzeption hinaus, die anders als Art. 86 Abs. 2 EG Warenleistungen ausdrücklich ausnimmt.²⁵⁾ Erfasst ist jegli-

24) Vgl. EuGH – Rs 52/76, Slg. 1977, 163 Rz. 20, 22 – Benedetti/Munari; s. auch Grill, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl., 2003, Art. 86 EGV Rz. 22.

25) Hochbaum/Klotz, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 86 EG Rz. 58 f. m.w.N.; Jung, in: Calliess/Ruffert (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 36; Emmerich, in: Dausen (Fußn. 7), H.II Rz. 148; Mestmäcker/Schweitzer (Fußn. 3), § 34 Rz. 17; v. Wilmsowsky, ZHR 155 (1991), 545, 550.

ches marktbezogene Tätigwerden von Unternehmen. Diesen weiten Dienstleistungsbegriff legt auch die Kommission zugrunde.²⁶⁾

Der Begriff des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ ist gleichfalls weit zu verstehen.²⁷⁾ Die Gemeinschaftsgerichte enthalten sich bislang einer umfassenden Definition. 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 (so genannte Universaldienste).²⁸⁾ 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“.²⁹⁾

Zwar handelt es sich beim Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse um einen autonomen Begriff der Gemeinschaftsrechtsordnung.³⁰⁾ Den Mitgliedstaaten kommt aber bei seiner Definition ein weiter Spielraum zu. Die Mitgliedstaaten verfügen über eine Einschätzungsprärogative.³¹⁾ Die Kontrolle der Kommission und der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit beschränkt sich darauf, zu untersuchen, ob eine missbräuchliche Anwendung im Einzelfall festzustellen ist.³²⁾ Dies entspricht einer systematischen Auslegung des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG im Lichte des Art. 16 EG, der die Bedeutung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorhebt.

26) Siehe die Definition des Begriffs der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in der Daseinsvorsorgemitteilung v. 20.9.2000, KOM (2000) 580 endg., Anhang II (im Folgenden: Daseinsvorsorgemitteilung 2000).

27) Siehe bereits EuGH GA de Lamothe, Schlussanträge v. 7.7.1971 – Rs 10/71, Slg. 1971, 723, 732, 739 – Hafen von Mertert.

28) EuGH – Rs C-320/91, Slg. 1993, I-2533 Rz. 15 – Corbeau, dazu EWIR 1993, 683 (Schroeder); EuGH – Rs C-475/99, Slg. 2001, I-8089 Rz. 55 – Ambulanz Glöckner; EuG – verb. Rs T-528, 542, 543 u. 546/93, Slg. 1996, II-649 Rz. 116 – Métropole Télévision; EuG – Rs T-106/95, Slg. 1997, II-229 Rz. 67 – FFSA u.a./Kommission.

29) Mitteilung der Kommission über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl EG 1996 C 281/3; ebenso Daseinsvorsorgemitteilung 2000, KOM (2000) 580, Anhang II, sowie Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 12.5.2004, KOM (2004) 374 endg., Anhang 1.

30) Vgl. dazu EuGH – Rs 41/83, Slg. 1985, 873 Rz. 30 – Italien/Kommission; EuG – Rs T-260/94, Slg. 1997, II-997 Rz. 135 – Air Inter/Kommission; Jung, in: Calliess/Ruffert (Fußn. 7), Art. 86 EGV Rz. 37; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 3), Art. 86 EGV Rz. 32; Schindler, CMLR 1970, 57, 70 f.

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

32) Siehe dazu implizit EuGH Slg. 1999 Rz. 107 = ZIP 2000, 34 – Albany International BV; s. ferner bereits EuGH – Rs C-202/88, Slg. 1991, I-1223 Rz. 12 – Frankreich/Kommission, dazu EWIR 1991, 465 (Schroeder); EuGH – Rs C-157/94, Slg. 1997, I-5699 Rz. 38 ff. – Kommission/Niederlande; explizit Kommission, Daseinsvorsorgemitteilung 2000, KOM (2000) 580 Rz. 22, und EuGH GA Léger, Schlussanträge v. 10.7.2001 – Rs C-309/99, Slg. 2002, I-1577, 1582 Rz. 162 – Wouters.

Ein Unternehmen muss mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „betraut“ sein. Die Kommission führt diesbezüglich aus, dass „der öffentliche Auftrag einem ... Unternehmen im Wege einer förmlichen Rechtshandlung übertragen werden“ muss.³³⁾ Auch der EuGH hat im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG bestimmte Anforderungen an den Akt der Betrauung gestellt. Danach kann das bloße Tätigwerden eines Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit nicht als hinreichend angesehen werden, selbst wenn das Unternehmen von öffentlichen Instanzen bei seiner Tätigkeit überwacht wird.³⁴⁾ Vielmehr bedarf es aus Gründen der Transparenz eines Hoheitsaktes³⁵⁾ des Mitgliedstaates oder seiner gliedstaatlichen Gebietskörperschaften oder sonstigen hoheitlichen Einrichtungen,³⁶⁾ der bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen festlegt. Der Akt der öffentlichen Gewalt muss dabei an ein bestimmtes Unternehmen gerichtet sein.³⁷⁾

2.2 Staatliche Beihilfen in jedweder Form

Betroffen von der Pflicht zur getrennten Buchführung gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. d Alt. 2 TranspRL sind zum einen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte nach Art. 86 Abs. 1 EG gewährt werden, sowie zum anderen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 86 Abs. 2 EG betraut sind und die für diese Dienstleistungen „staatliche Beihilfen in jedweder Form einschließlich Geld- und Ausgleichsleistungen“ erhalten. Hinsichtlich der im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG privilegierten Unternehmen ist ein etwaiger Wandel in der Auslegung des Beihilfenbegriffs des Art. 87 Abs. 1 EG unbeachtlich, da hier tatbestandsmäßig nicht an die Gewährung einer Beihilfe, sondern an die Gewährung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts angeknüpft wird. Bedeutung erlangt die Rechtsprechung des EuGH zum Beihilfenbegriff jedoch für Unternehmen, die mit der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen betraut sind und die dafür einen staatlichen Ausgleich erhalten. Die Transparenzrichtlinie knüpft insoweit ausdrücklich daran an, dass die Gewährung einer „staatlichen Beihilfe“ vorliegt. Maßgeblich für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Transparenz-

33) Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk v. 15.11.2001 (Rundfunkbeihilfenmitteilung), ABl EG 2001 C 320/5, Nr. 40.

34) EuGH – Rs 172/80, Slg. 1981, 2021 = ZIP 1981, 837 Rz. 7 – Züchner/Bayerische Vereinsbank; EuGH – Rs 7/82, Slg. 1983, 483 Rz. 29 ff. – GVL.

35) EuGH – Rs 127/73, Slg. 1974, 313 Rz. 19, 22 – BRT II; EuGH Slg. 1981, 2021 = ZIP 1981, 837 Rz. 7 – Züchner/Bayerische Vereinsbank; vgl. auch *Hain*, MMR 2001, 219, 223.

36) Siehe dazu *Koenig/Kühling*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV Rz. 52; *Hochbaum/Klotz*, in: v.d. Groeben/Schwarze (Fußn. 9), Art. 86 EG Rz. 63 mit Fußn. 187.

37) EuGH Slg. 1983, 483 Rz. 31 – GVL.

richtlinie *ratione materiae* ist daher das ihr zugrunde liegende Beihilfenverständnis des Art. 2 Abs. 1 lit. d TranspRL.

2.2.1 Das „hergebrachte“ Verständnis des Beihilfenbegriffs

Dabei könnte davon auszugehen sein, dass der Transparenzrichtlinie der Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG zugrunde liegt. Dies hat der EuGH bereits im Jahre 1987 nahe gelegt, wenn er ausführt, dass die Transparenzrichtlinie „im Wesentlichen darauf abzielt, die wirkungsvolle Anwendung der die staatlichen Beihilfen betreffenden Art. 92 und 93 EGV (jetzt Art. 87 und 88 EG) auf die öffentlichen Unternehmen zu fördern“.³⁸⁾ In die gleiche Richtung weist auch der zweite Erwägungsgrund der Transparenzänderungsrichtlinie 2000/52/EG. Dort ist von staatlichen Beihilfen die Rede, die im Sinne von Art. 87 EG mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind oder nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden können.³⁹⁾ Auch der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. d Alt. 2 TranspRL selbst verdeutlicht, dass die Transparenzrichtlinie grundsätzlich vom Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG ausgeht und dabei Ausgleichsleistungen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste unter diesen Begriff subsumiert wissen will. Ansonsten wäre es nicht verständlich, wenn die Transparenzrichtlinie dort von staatlichen Beihilfen „einschließlich ... Ausgleichsleistungen“ spricht. Auch die in Art. 2 Abs. 1 lit. d Alt. 2 TranspRL vorgenommene Verknüpfung von Dienstleistung und Gegenleistung für die Dienstleistungserbringung kann nur so verstanden werden, dass eine angemessene Vergütung für erbrachte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – nach der Vorstellung der Richtlinienggeberin – eine tatbestandliche Beihilfe darstellt.⁴⁰⁾ Im dritten Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie 2000/52/EG geht es – an den Beihilfenbegriff anknüpfend – unter anderem um Zahlungen oder andere Formen des Ausgleichs an Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Diese Verknüpfung ist gleichfalls nur sinnvoll, wenn es sich bei diesen Zahlungen tatbestandlich um Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG handelt.⁴¹⁾

Daraus folgt, dass die ursprüngliche Transparenzrichtlinie aus dem Jahr 1980 sowie alle späteren Änderungen bis zur letzten im Juli 2000 auf dem Verständ-

38) EuGH – Rs 118/85, Slg. 1987, 2599 Rz. 6 – Kommission/Italien, dazu EWIR 1988, 265 (*Schroeder*).

39) *Trzaskalik*, Transparenzpflichten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2000, S. 10.

40) So zutreffend *Trzaskalik* (Fußn. 39), S. 10.

41) Dieses Verständnis legt auch der vergleichende Blick in die Rundfunkbeihilfenmitteilung der Kommission nahe. Die Kommission führt dort zunächst aus, dass Rundfunkgebühren „im Normalfall“ den Beihilfentatbestand erfüllen (Rundfunkbeihilfenmitteilung, Ziffer 17), um später daran anknüpfend die Bedeutung des Instruments der Transparenzrichtlinie zur Aufdeckung und Beurteilung staatlicher Zuwendungen zu erläutern (ebenda, Ziffer 49 ff.).

nis der Kommission basieren, dass eine Ausgleichsleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt, jedoch über die Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sein kann.⁴²⁾ Die Kommission folgt damit der – nun von den Urteilen Ferring und Altmark Trans des EuGH überholten – Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz.⁴³⁾

2.2.2 Loslösung vom primärrechtlichen Verständnis des Beihilfenbegriffs?

Zumindest bis zum Ferring-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2001⁴⁴⁾ war bei der interpretatorischen Bestimmung der Reichweite des Beihilfenbegriffs des Art. 87 Abs. 1 EG umstritten, ob ein angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis bereits den Beihilfentatbestand entfallen lässt oder ob auf die Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG im Sinne einer Rechtfertigung zurückgegriffen werden muss, wenn ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist und dafür eine staatliche Ausgleichsleistung erhält. Im Fall Ferring hat der EuGH eindeutig entschieden, dass in den Fällen einer angemessenen Kompensation für die Erbringung allgemeiner wirtschaftlicher Dienstleistungen unter strengen Voraussetzungen die Beihilfentatbestandsmäßigkeit derartiger Zuwendungen zu verneinen ist. Der EuGH hat damit an sein – bis dahin singular gebliebenes – Urteil in der Rechtssache Procureur de la République/ADBHU aus dem Jahr 1985⁴⁵⁾ angeknüpft. Darin hatte der EuGH entschieden, dass Zuschüsse an Unternehmen, die mit der Sammlung oder Beseitigung von Altölen betraut sind, keine Beihilfen im Sinne von Art. 87 ff. EG-Vertrag (damals Art. 92 ff. EGV) darstellen, sondern lediglich die Gegenleistung für die erbrachte Dienstleistung sind.⁴⁶⁾

Der EuGH hat an seinem Ferring-Diktum im Altmark Trans-Urteil vom 24. Juli 2003 grundsätzlich festgehalten⁴⁷⁾ und die Voraussetzungen, unter denen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist, qualifiziert. Im Altmark Trans-Urteil heißt es ausdrücklich:⁴⁸⁾ „Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 92 Abs. 1 EGV (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.“

Diese Ausführungen werden weiter präzisiert, indem vier qualifizierte Voraussetzungen aufgestellt werden, die kumulativ erfüllt sein müssen, um einen derartigen Ausgleich im konkreten Fall nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren:⁴⁹⁾

„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 derer 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.“

Der Beihilfenbegriff wird mit dieser EuGH-Rechtsprechung gegenüber dem Beihilfenbegriff des EuG deutlich enger gefasst. Zu fragen ist, ob diese Rechtsprechung des EuGH auf die Auslegung des bislang gleichfalls weit gefassten Beihilfenbegriffs der Transparenzrichtlinie zu übertragen ist. Gegen eine solche – die EuGH-Rechtsprechung berücksichtigende – Auslegung könnte sprechen, dass der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie, der sich ursprünglich

42) So auch *Trzaskalik* (Fußn. 39), S. 10 f.; *Hain*, MMR 2001, 219, 221; *Eberle*, in: Festschrift Winfried Brohm, 2002, S. 51, 58, 66.

43) Vgl. EuG – Rs T-106/95, Slg. 1997, II-229 Rz. 172, 199 – FFSA; bestätigt durch EuGH – Rs C-174/97 P, Slg. 1998, I-1303 – FFSA; EuG – Rs T-46/97, Slg. 2000, II-2125 Rz. 84 – SIC.

44) EuGH – Rs C-53/00, Slg. 2001, I-9067 – Ferring.

45) EuGH – Rs 240/83, Slg. 1985, 531 – Procureur de la République/ADBHU.

46) EuGH Slg. 1985, 531 Rz. 18 – Procureur de la République/ADBHU.

47) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 86 f. – Altmark Trans GmbH.

48) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 87 – Altmark Trans GmbH.

49) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 89 – 93, 95 – Altmark Trans GmbH; s. auch EuGH, Urt. v. 27.11.2003 – verb. Rs C-34/01 bis C-38/01, EWS 2004, 26 Rz. 32 ff. – Enirisorse SpA; EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs C-345/02, Rz. 33 – Pearle BV u.a.; EuG, Urt. v. 16.9.2004 – Rs T-274/01, Rz. 129 – Valmont Nederland BV/Kommission.

auch auf die Überprüfung von Ausgleichsleistungen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste erstreckt hatte, beschnitten würde und eine Verkürzung des Anwendungsbereichs ohne den erkennbaren Willen der Kommission als Richtliniengeberin erfolgen würde.

Eine interpretatorische Verselbstständigung des Beihilfenbegriffs der Transparenzrichtlinie, eine Loslösung aus der Auslegungsakzessorietät zur Rechtsprechung des EuGH könnte diese von der Kommission unvorhergesehene mittelbare Folge der Ferring- und Altmark Trans-Rechtsprechung auffangen und die Prüfungskompetenz der Kommission in ihrem ursprünglich intendierten Umfang erhalten. Zweifel an der Notwendigkeit einer anwendungsbereichserhaltenden Richtlinienauslegung ergeben sich allerdings daraus, dass der Transparenzrichtlinie auch bei einer Auslegungsakzessorietät zur EuGH-Rechtsprechung immer noch ein beträchtlicher Anwendungsbereich verbleibt. Die Transparenzrichtlinie wird nicht obsolet, selbst wenn Sachverhalte, die bislang vom Europäischen Gericht erster Instanz unter den Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EG subsumiert werden konnten und damit von der Transparenzrichtlinie erfasst wurden, nach der neuen Rechtsprechung des EuGH nicht mehr dem Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EG und damit nicht der Transparenzrichtlinie unterfallen. Die Richtlinie bleibt anwendbar auf Beihilfen an Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte nach Art. 86 Abs. 1 EG eingeräumt worden sind. Sie erfasst auch die Fälle, in denen eine Überkompensation von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen stattfindet, mit deren Erbringung ein Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut ist oder ein anderes der vier Altmark Trans-Kriterien nicht erfüllt ist. In diesen Fällen liegt auch nach der Altmark Trans-Rechtsprechung eine tatbestandliche Beihilfe vor.⁵⁰⁾ Die Transparenzrichtlinie behält auch nach der Rechtsprechung des EuGH einen erheblichen Anwendungsbereich.

Zudem muss der sekundärrechtliche Beihilfenbegriff der primärrechtlichen Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG folgen, wie sie der EuGH in den Urteilen *Procureur de la République/ADBHU*, *Ferring* und *Altmark Trans* vorgenommen hat. Das primäre Gemeinschaftsrecht in der Auslegung, die es durch den Europäischen Gerichtshof findet, steht im Rang über dem Sekundärrecht und bildet den Prüfungsmaßstab für dessen Rechtmäßigkeit.⁵¹⁾ Aus diesem Vorrang des Primärrechts folgt auch das Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts.⁵²⁾

50) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 94 – Altmark Trans GmbH.

51) *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, 4. Aufl., 2003, Rz. 248; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fußn. 7), Art. 249 EGV Rz. 9.

52) EuGH – verb. Rs 201 u. 202/85, Slg. 1986, 3477 Rz. 21 – Klensch; EuGH – Rs C-314/89, Slg. 1991, I-1647 Rz. 17 – Rauh; EuGH – Rs C-98/91, Slg. 1994, I-223 Rz. 9 – Herbrink.

Darüber hinaus bestehen Bedenken an einer vom primärrechtlichen Beihilfenbegriff losgelösten Auslegung der Transparenzrichtlinie, die sich auf die Bestimmung des Art. 253 EG gründen. Art. 253 EG schreibt vor, dass Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zu begründen sind. Diese Begründungspflicht dient der Selbstkontrolle des erlassenden Organs, ermöglicht dem Betroffenen die rechtliche und tatsächliche Überprüfung der Maßnahme und dient damit dem effektiven Rechtsschutz.⁵³⁾ Die Begründung eines Rechtsakts muss klar und schlüssig sein und die Darstellung der Gründe enthalten, die das Organ zum Erlass des Rechtsakts veranlasst haben.⁵⁴⁾ Das Fehlen einer Begründung oder einer Bezugnahme macht den Rechtsakt fehlerhaft und kann als Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift Grund für eine Nichtigkeitsklage (Art. 230 EG) gegen den Rechtsakt vor dem Europäischen Gerichtshof sein.⁵⁵⁾ Gegen diese rechtsstaatlichen Anforderungen würde eine vom Primärrecht nach Art. 87 Abs. 1 EG abweichende Auslegung des Beihilfenbegriffs der Transparenzrichtlinie verstoßen. Das Unterschreiben eines vom primärrechtlichen Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG verschiedenen Beihilfenbegriffs im Rahmen der Transparenzrichtlinie scheidet daran, dass ein solches Begriffsverständnis nicht von den Erwägungsgründen der Transparenzrichtlinie gedeckt ist. Die der Transparenzrichtlinie und ihren Änderungsrichtlinien beigefügten Begründungserwägungen stützen eine Auslegung, wonach der Beihilfenbegriff der Richtlinie mit dem Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG übereinstimmen soll. Für eine interpretatorische Verselbstständigung des Beihilfenbegriffs der Richtlinie und eine Loslösung von Art. 87 Abs. 1 EG verbleibt somit kein Raum.

Festzuhalten ist daher, dass der Transparenzrichtlinie der Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG zugrunde liegt, und zwar in der Ausprägung, die er durch die Rechtsprechung des EuGH insbesondere in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark Trans* gefunden hat. Erst wenn die Kommission anhand der vier Altmark Trans-Kriterien im Rahmen ihres Beihilfenkontrollregimes festgestellt hat, dass eine Überkompensation beim Ausgleich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und damit eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, ist der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie gemäß Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. d TransPRL eröffnet. Erst dann kann die Pflicht zu einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung greifen.

53) EuGH – Rs C-278/95 P, Slg. 1997, I-2507 Rz. 17 – Siemens; EuG – Rs T-105/95, Slg. 1997, II-313 Rz. 66 – WWF UK; EuG – Rs T-124/96, Slg. 1998, II-231 Rz. 53 – Interporc; vgl. dazu *Koenig/Haratsch* (Fußn. 51), Rz. 300.

54) EuGH – Rs C-41/93, Slg. 1994, I-1829 Rz. 34 – Frankreich/Kommission, dazu EWiR 1994, 1095 (*Schroeder/Federle*); EuGH – Rs C-84/94, Slg. 1996, I-5755 Rz. 74 – Vereinigtes Königreich/Rat.

55) EuGH – Rs 248/84, Slg. 1987, 4013 Rz. 22 – Deutschland/Kommission.

3. Unternehmen mit verschiedenen Geschäftsbereichen

Art. 1 Abs. 2 lit. a TranspRL verlangt eine nach verschiedenen Geschäftsbereichen getrennte Aufstellung der Kosten und Erlöse, während Art. 1 Abs. 2 lit. b TranspRL eine genaue Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden, vorschreibt. Die Pflicht zur getrennten Buchführung soll eine Überprüfung ermöglichen, ob ein Unternehmen Erträge, die es auf Grund seiner Privilegierung erwirtschaftet hat, oder Mittel, die es infolge einer Überkompensation für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zur Verfügung hat, in anderen (wettbewerblichen) Geschäftsbereichen einsetzt (Quersubventionierung) und sich auf diese Weise einen gemeinschaftsrechtswidrigen Wettbewerbsvorteil verschafft.⁵⁶⁾

Zu einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung können nur Unternehmen verpflichtet sein, die tatsächlich in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig sind (Art. 2 Abs. 1 lit. d TranspRL a.E.). Art. 2 Abs. 1 lit. e TranspRL enthält eine Definition des Begriffs der „verschiedenen Geschäftsbereiche“. Verschiedene Geschäftsbereiche im Sinne der Transparenzrichtlinie liegen vor, sofern ein Unternehmen auf der einen Seite Produkte oder Dienstleistungen anbietet, für die es besondere oder ausschließliche Rechte erhalten hat, oder Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt, sowie auf der anderen Seite ein anderes getrenntes Produkt oder eine andere Dienstleistung auf (wettbewerblichen) Märkten anbietet, das nicht dem Anwendungsbereich des Art. 86 EG unterliegt.⁵⁷⁾ Die Verpflichtung, getrennte Bücher zu führen, soll nicht in Unternehmen gelten, deren Tätigkeiten ausschließlich auf die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder auf Sonderrechtsbereiche beschränkt ist und die keine Tätigkeiten außerhalb dieser Bereiche ausüben.

Ist ein Unternehmen in diesem Sinne in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig, besteht die Pflicht, die Konten der dem Anwendungsbereich des Art. 86 EG unterliegenden Geschäftsbereiche und die Konten der Geschäftsbereiche, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 86 EG fallen, getrennt zu führen (Art. 3a Abs. 1 lit. a TranspRL). Eine getrennte Buchführung innerhalb der Bereiche der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) oder innerhalb der Bereiche der besonderen oder ausschließlichen Rechte (Art. 86 Abs. 1 EG) ist ausweislich der Begründungserwägungen der Kommission nur gefordert, wenn dies für die Zuweisung der Kosten und Einnahmen zwischen diesen – innerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 86 EG liegenden –

56) Britz, DVBl 2000, 1641, 1648.

57) Dazu Gärtner, ZBB 1998, 6, 10 f.

Dienstleistungen und Waren und Dienstleistungen außerhalb von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder der besonderen oder ausschließlichen Rechte, d.h. außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 86 EG, erforderlich ist.⁵⁸⁾

4. Keine speziellen Transparenzvorschriften nach Art. 3a Abs. 2 TranspRL

Die Pflicht zu einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung gilt nach Art. 3a Abs. 2 Halbsatz 1 TranspRL nicht für Geschäftsbereiche, die bereits von anderen Spezialvorschriften des Gemeinschaftsrechts erfasst sind. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten und der Unternehmen aus dem EG-Vertrag oder aus solchen Spezialvorschriften bleiben hiervon unberührt. Als Spezialvorschriften im Sinne von Art. 3a Abs. 2 Halbsatz 1 TranspRL gelten nur von der Gemeinschaft sektorspezifisch erlassene Bestimmungen, welche bestimmte Unternehmen bereits anderweitig verpflichtet, getrennte Bücher zu führen.⁵⁹⁾ Hierzu zählen etwa Art. 14 der Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste,⁶⁰⁾ Art. 8 der Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang,⁶¹⁾ Art. 19 der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt⁶²⁾ sowie Art. 17 der Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt.⁶³⁾ Zu beachten ist dabei freilich, dass die Vorrangregelung nicht für Unternehmen, sondern nur für die jeweiligen Geschäftsbereiche gilt. Die Buchführung von Geschäftsbereichen eines Unternehmens, für die keine speziellen Regelungen bestehen, hat daher den Vorgaben der Transparenzrichtlinie zu folgen.⁶⁴⁾

5. Bereichsausnahmen nach Art. 4 Abs. 2 TranspRL

Art. 4 Abs. 2 TranspRL nimmt eine Reihe von Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Transparenzgebots nach Art. 1 Abs. 2 TranspRL aus. Erstens

58) 7. Erwägungsgrund der RL 2000/52/EG, ABl EG 2000 L 193/75.

59) Vgl. 9. Erwägungsgrund der RL 2000/52/EG, ABl EG 2000 L 193/75; Hain, MMR 2001, 219, 220.

60) RL 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste, ABl EG 1998 L 15/14; zuletzt geändert ABl EU 2003 L 284/1.

61) RL 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang, ABl EG 1999 L 199/32; geändert ABl EG 1998 L 268/37.

62) RL 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl EU 2003 L 176/37.

63) RL 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl EU 2003 L 176/57; ber. ABl EU 2004 L 16/74. Vgl. dazu Britz, DVBl 2000, 1641, 1649; Bolsenkötter/Poullie, ZögU 2001, 204, 220, 222.

64) Bolsenkötter/Poullie, ZögU 2001, 204, 211.

werden wiederum Unternehmen nicht erfasst, welche Dienstleistungen erbringen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht merklich zu beeinträchtigen geeignet sind (Art. 4 Abs. 2 lit. a TranspRL).⁶⁵⁾ Zum Zweiten gilt die Forderung nach einer nach Geschäftsbereichen getrennten Buchführung nicht für Unternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von weniger als 40 Mio. € in den beiden Rechnungsjahren, die einem Jahr vorangehen, in dem sie ein von einem Mitgliedstaat gewährtes besonderes oder ausschließliches Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG hatten oder mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 EG betraut waren; bei öffentlichen Kreditanstalten entspricht diese Grenze einer Bilanzsumme von 800 Mio. € (Art. 4 Abs. 2 lit. b TranspRL).⁶⁶⁾

Drittens sind Unternehmen ausgenommen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut wurden, sofern die ihnen gewährten staatlichen Beihilfen in jeglicher Form einschließlich Zuschüssen, Unterstützung oder Ausgleichsleistungen für einen angemessenen Zeitraum im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens vorab festgesetzt wurden (Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL). Dieser Bestimmung liegt erkennbar die (mittlerweile überholte) Auffassung der Kommission zugrunde, dass es sich bei Ausgleichsleistungen für die Erbringung allgemeiner wirtschaftlicher Dienstleistungen tatbestandlich um Beihilfen handelt. Erfolgt die Bestimmung der Höhe der Ausgleichsleistung in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren, ist davon auszugehen, dass die – nach Vorstellung der Kommission – gewährte Beihilfe nicht über das hinausgeht, was zur Erfüllung der allgemeiner wirtschaftlichen Verpflichtung erforderlich ist, und die Begünstigung daher gemäß Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt ist. Im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung dürfte diese Ausnahmebestimmung nunmehr weit gehend leer laufen, da es sich bei Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse tatbestandlich nicht um Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sowie im Sinne der Transparenzrichtlinie handelt.

Umstritten ist im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL, ob die Kommission mit dieser Ausnahmeregelung auf die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens abstellt, das allein diesen Anforderungen genügen soll,⁶⁷⁾ oder ob auch andere Festsetzungsverfahren diesen Vorgaben gerecht werden können.⁶⁸⁾ Zu berücksichtigen ist dabei, dass

65) Vgl. dazu oben II 4.

66) Vgl. dazu oben II 4.

67) So *Hain*, MMR 2001, 219, 224; ebenso, wenngleich kritisch *Bartosch*, EuZW 2000, 333, 336.

68) So *Trzaskalik* (Fußn. 39), S. 13 f.; ebenso mit Blick auf das Verfahren der KEF zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten *Seidel*, ZUM 2001, 13, 17.

die Richtlinie nicht davon spricht, dass die Betrauung eines Unternehmens mit einer allgemeiner wirtschaftlichen Dienstleistung, also die Dienstvergabe, im Rahmen eines solchen offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens erfolgen muss, sondern lediglich die Festsetzung der Höhe der Ausgleichsleistung („Beihilfe“). Bereits dies mag gegen das Erfordernis eines Ausschreibungsverfahrens bei der Auftragsvergabe sprechen und das Tor für andere Modi der Bestimmung der Höhe der Ausgleichsleistung öffnen.⁶⁹⁾ Einen weiteren argumentativen Ansatzpunkt liefert nunmehr das *Altmark Trans-Urteil* des Europäischen Gerichtshofs. Der Europäische Gerichtshof präzisiert darin zwar nicht die Voraussetzungen der Rechtfertigung einer staatlichen Beihilfe nach Art. 86 Abs. 2 EG, sondern die Kriterien zur Beurteilung der Frage, ob eine tatbestandsmäßige Beihilfe überhaupt vorliegt. Da der EuGH damit aber die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG weit gehend in Art. 87 Abs. 1 EG hineinliest,⁷⁰⁾ verwundert es nicht, dass die Kriterien der Kommission im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG und die Kriterien des EuGH im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 EG sich weit gehend entsprechen. Die zweite *Altmark Trans*-Voraussetzung stellt darauf ab, dass die Parameter, anhand derer der Ausgleich für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen sind. Damit soll verhindert werden, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.⁷¹⁾ Die vierte *Altmark Trans*-Voraussetzung verdeutlicht dabei allerdings ausdrücklich, dass der EuGH keineswegs die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens für die Dienstvergabe verlangt. Ein solches ist zwar erwünscht, es reicht aber ohne Durchführung eines solchen Verfahrens aus, wenn die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das den gestellten gemeiner wirtschaftlichen 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.⁷²⁾ Der Europäische Gerichtshof zeigt damit eine Möglichkeit auf, eine Ausgleichsleistung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren festzusetzen, ohne dabei auf ein Ausschreibungsver-

69) So auch *Eberle* (Fußn. 42), S. 51, 64 f.

70) Art. 86 Abs. 2 EG geht jedoch keineswegs in der Tatbestandslösung der *Altmark Trans*-Rechtsprechung 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; vgl. dazu eingehend *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 ff.

71) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 90 – *Altmark Trans GmbH*.

72) EuGH Slg. 2003, I-7747 = ZIP 2003, 1619 Rz. 93 – *Altmark Trans GmbH*.

fahren für die Dienstevergabe zurückgreifen zu müssen. Es ist nicht ersichtlich, warum der vom Gerichtshof eingeschlagene Weg nicht auch im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL gangbar sein sollte. Zu bedenken ist dabei ohnehin, dass die Transparenzpflichten, von denen Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL befreien will, nur die Fälle erfasst, in denen ein Unternehmen eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG erhält. Sind die Altmark Trans-Kriterien erfüllt, fehlt es an einer tatbestandlichen Beihilfe, sodass etwaige strengere Anforderungen gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL zur Befreiung von der Transparenzpflicht schlicht leer liefen.⁷³⁾ Es erscheint daher sinnvoll, die Bereichsausnahme des Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL auf die Altmark Trans-Rechtsprechung interpretatorisch abzustimmen. D.h. Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL ist entsprechend der Altmark Trans-Rechtsprechung, insbesondere im Einklang mit der zweiten und vierten Altmark Trans-Voraussetzung, auszulegen und verlangt nicht zwingend die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens für die Dienstevergabe.

IV. Fazit: Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Transparenzrichtlinie de lege ferenda

Zu fragen bleibt, ob die Kommission die ungewollte, durch die Rechtsprechung des EuGH zum Beihilfenbegriff ausgelöste Beschneidung des Anwendungsbereichs der Transparenzrichtlinie de lege ferenda „beheben“ könnte. Den Ausgangspunkt für diese Überlegungen bildet das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EG. Danach verfügt die Kommission über eine begrenzte Organkompetenz. Sie ist nur befugt, nach Maßgabe der ihr eigens zugewiesenen Befugnisse zu handeln. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Transparenzrichtlinie ist Art. 86 Abs. 3 EG. Danach überwacht die Kommission die Anwendung von Art. 86 EG und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung steht dem Erlass einer Transparenzrichtlinienänderungsrichtlinie mit – an die Rechtsprechung des EuGH angepasstem – Anwendungsbereich auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 3 EG nicht entgegen. Bei einer Änderung der Transparenzrichtlinie kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unter den Voraussetzungen der Altmark Trans-Rechtsprechung den Tatbestand der Beihilfe nicht erfüllen. Zu den Aufgaben der Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EG gehört die Überprüfung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen Ausgleichszuwendungen für mit Gemeinwohlpflichten betraute Unternehmen als Beihilfen oder als marktkonforme Gegenleistungen zu qualifizieren sind. Dazu werden Daten benötigt, welche erst auf Grund der Transparenzpflichten offen zu legen sind.

73) Vgl. Britz, DVBl 2000, 1641, 1649.

Folgerichtig hat die Kommission in einem Maßnahmenpaket, mit dem sie auf die Altmark Trans-Rechtsprechung des EuGH reagiert,⁷⁴⁾ den Entwurf einer auf Art. 86 Abs. 3 EG gestützten Richtlinie zur Änderung der Transparenzrichtlinie vorgelegt.⁷⁵⁾ In den Begründungserwägungen zu dieser Änderungsrichtlinie führt die Kommission aus, dass die Führung getrennter Bücher unabhängig von der rechtlichen Einordnung von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unerlässlich sei, wenn die begünstigten Unternehmen neben der Erbringung von Gemeinwohldiensten auch andere Tätigkeiten ausüben. Allein die getrennte Buchführung erlaube es, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuzurechnenden Kosten auszuweisen und die Vergütung korrekt zu berechnen. Vorgesehen ist daher eine Änderung von Art. 2 Abs. 1 lit. d TranspRL, wobei in der Definition der zu einer getrennten Buchführung verpflichteten Unternehmen nicht mehr wie bislang darauf abgestellt werden soll, dass ein Unternehmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „staatliche Beihilfen in jedweder Form einschließlich Geld- und Ausgleichsleistungen“ erhält. Vielmehr soll maßgeblich sein, dass ein Unternehmen „eine Vergütung in unterschiedlicher Form im Zusammenhang mit dieser Dienstleistung“ erhält.⁷⁶⁾ Es soll mithin eine Abkopplung von dem durch die Altmark Trans-Rechtsprechung des EuGH verengten Beihilfenbegriff stattfinden.⁷⁷⁾ Zudem

74) Das Maßnahmenpaket enthält – neben der Änderungsrichtlinie zur Transparenzrichtlinie – eine Kommissionsmitteilung über den Stand von EuGH-Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur EG-beihilfenrechtlichen Bewertung von Kompensationszahlungen für Dienste von öffentlichem Interesse, einen Entwurf einer an die Mitgliedstaaten gerichteten Kommissionsentscheidung betreffend die Anforderungen, bei deren Einhaltung Kompensationszahlungen an betraute Unternehmen, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, von der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG freigestellt sind, sowie einen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden. Das Maßnahmenpaket ist im Internet abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/compensation. Zum Maßnahmenpaket s. Bartosch, EuZW 2004, 295, 298 f.; Thyri, EWS 2004, 444, 446 ff.

75) Der Entwurf einer Richtlinie der Kommission zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen ist im Internet abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_de.pdf. Die Änderungsrichtlinie soll bis Juli 2005 verabschiedet werden; vgl. Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Fußn. 29), Ziffer 4.2 a.E.

76) Vgl. Art. 1 Abs. 1 des vorgelegten Richtlinienentwurfs (Fußn. 75); s. dazu Bartosch, EuZW 2004, 295, 298; Thyri, EWS 2004, 444, 448.

77) Wenn die im Internet abrufbare deutsche Fassung des Änderungsentwurfs nur noch Unternehmen zu einer getrennten Buchführung verpflichten will, die sowohl Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG sind als auch mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut sind, handelt es sich dabei um ein Redaktionsversehen. Die englische Fassung des Änderungsentwurfs (vgl. http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/interest/directive_en.pdf) knüpft die Pflicht zur getrennten Buchführung wie auch bislang daran, dass es sich entweder um ein privilegiertes Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EG oder um ein betrautes Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 2 EG handelt.

sieht der Entwurf der Kommission vor, die im Lichte der neuen EuGH-Rechtsprechung zum Beihilfenbegriff weit gehend leer laufende Bereichsausnahme des Art. 4 Abs. 2 lit. c TranspRL⁷⁸⁾ zu streichen,⁷⁹⁾ da auch diese Bestimmung erkennbar davon ausgeht, dass es sich bei Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen um Beihilfen handelt.

Dies zeigt, dass die Altmark Trans-Rechtsprechung die Kommissionskompetenzen im Anwendungsbereich von Art. 86 EG keineswegs aushöhlt. Zwar hat der EuGH mit seiner Rechtsprechung zum Beihilfenbegriff den Anwendungsbereich der derzeit geltenden Transparenzrichtlinie beschnitten, eine Anpassung der Richtlinie an die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit ist auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 3 EG jedoch ohne weiteres möglich und im Interesse einer effektiven Beihilfenkontrolle geboten.

Abstract

The Commission Directive 80/723/EEC on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings aims at a fair and effective application of the State aid rules of the EC Treaty to both public and private undertakings. The Directive establishes two forms of transparency. On the one hand, according to Article 1 (1) of the Directive the financial relations between public authorities and public undertakings must be transparent. This obligation is imposed on public undertakings over which the public authorities may exercise directly or indirectly a dominant influence by virtue of their ownership of it, their financial participation therein, or the rules which govern it. On the other hand, according to Article 1 (2) of the Directive, there is the obligation to maintain separate accounts concerning the different activities of an undertaking. This obligation applies to undertakings that enjoy a special or exclusive right granted by a Member State pursuant to Article 86 (1) EC, or that are entrusted with the operation of a service of general economic interest pursuant to Article 86 (2) EC and receive State aid in any form whatsoever, including any grant, support or compensation, in relation to such service and which carry on other activities. Since the European Court of Justice (ECJ) held in its judgment in Altmark Trans that, under certain qualified conditions, public service compensation does not constitute State aid within the meaning of Article 87 (1) EC, the scope of the transparency obligation imposed on undertakings entrusted with the performance of public service obligations has been narrowed. The

concept of State aid pursuant to the Transparency Directive must be interpreted in conformity with the concept of State aid pursuant to Article 87 (1) EC. Therefore, an undertaking receiving compensation for the performance of a public service which meets the Altmark Trans requirements is no longer obliged to maintain separate accounts. Nevertheless, the Commission is entitled to adapt the Transparency Directive to the ECJ ruling concerning State aid. Based on Article 86 (3) EC, the Commission has drafted a directive amending Directive 80/723/EEC. According to the Commission's draft, separate accounts must be maintained where undertakings receive public service compensation and also carry on activities outside the scope of the service of general economic interest, irrespective of the legal classification of the compensation. It is only by maintaining separate accounts that the costs imputable to the service of general economic interest can be identified and the correct amount of compensation calculated.

78) Siehe dazu oben III 5.

79) Vgl. Art. 1 Abs. 2 des vorgelegten Richtlinienentwurfs (Fußn. 75).