

Beiträge

Altmark – ein Urteilsevergreen für die Ausschreibungspraxis der Infrastrukturförderung

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE)*

Der EuGH hat in einem Altmark-Urteil die vier Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Erfüllung eine Begünstigung von Unternehmen zum Ausgleich für die von diesen übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht den Beihilfentatbestand erfüllt. Der nachfolgende Beitrag widmet sich den Anforderungen, die die vom EuGH aufgestellten Kriterien auch im Falle der Ausschreibung von Infrastrukturprojekten an die Finanzierung stellen. Denn auch bei der Durchführung von Vergabeverfahren gelten die drei Kriterien des EuGH (Betrauungsakt; Vorabfestlegung objektiver Ausgleichsparameter und das Verbot der Überkompensation). Insoweit unterliegen Unternehmen, die gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllen schärferen Anforderungen als sonstige Unternehmen. Schließlich wird ausgeführt, dass auch Art. 86 II EG neben der Altmark-Rechtsprechung noch eine selbständige Bedeutung hat.

I. Der Altmark-Kanon

Der *EuGH* hat in seinem Altmark-Urteil¹ die Voraussetzungen, unter denen der Beihilfentatbestand (Art. 87 I EG) zu verneinen ist, in vier qualifizierten Bedingungen zusammengefasst, die kumulativ erfüllt sein müssen: Das begünstigte Unternehmen muss (1) mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein. Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssen (2) zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden. Der Ausgleich darf (3) 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 ganz oder teilweise zu decken. 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 (4) die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

II. Der Altmark-Kanon gilt auch bei Durchführung von Vergabeverfahren!

Mit der vierten Voraussetzung fordert der *EuGH* einen objektiven Kostenvergleich, wenn nicht ein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der öffentliche Auftraggeber zusätzlich zu der Durchführung eines Vergabeverfahrens die übrigen Altmark-Vorgaben beachten muss, um das Vorliegen der angemessenen Kompensation für allgemeinwirtschaftliche Verpflichtungen begründen und da-

durch den Begünstigungstatbestand ausschließen zu können. Dies führt dazu, dass diejenigen, die Förderleistungen zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erhalten, über das seit langem als wirksames Instrument zum Ausschluss des Beihilfentatbestandes nach Art. 87 I EG anerkannte objektive, offene und transparente Ausschreibungsverfahren hinaus einer Anwendung der ersten drei Altmark-Vorgaben unterworfen und damit strenger behandelt werden als jene Unternehmen, die nicht mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut sind. Denn während Letztere schon dann keine beihilfenrechtlichen Konsequenzen zu befürchten haben, wenn sie im Wege eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens bestimmt werden, müssen Erstere darüber hinaus die Altmark-Vorgaben inklusive der vorherigen Aufstellung der Ausgleichsparameter und der Anwendung des Nettomehrkostenprinzips beachten². Der Grund für diese scheinbar paradox strengere Behandlung von Dienstleistungsentgelten im Bereich der Daseinsvorsorge liegt in den dort gemachten Erfahrungen mit Überkompensationen und daraus gespeisten Quersubventionen: Dort, wo die „Wettbewerbsopiate“ des Sozialen, Kulturellen oder ganz allgemein des Gutmenschentums vorherrschen, ist der scharfe Blick für die Kostenrechnung zur Vermeidung von Überkompensationen manchmal getrübt.

Die objektiven Altmark-Maßstäbe müssen im Falle der Kompensation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in sämtlichen Vergabeverfahren und besonders im Rahmen eines (fehleranfälligen) Verhandlungsverfahrens

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 86 f. – Altmark Trans.

2 In ihrer Entscheidung v. 16.12.2003, Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply, Beihilfe NN C(2003) 4488 endg., Ziff. 19 ff., Ziff. 54, hat die *Kommission* die Altmark-Voraussetzungen ohne nähere Begründung herangezogen, obwohl ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden war.

Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter www.ir.beck.de gelangt man auf die Homepage der IR
- Links unten befindet sich der **LOGIN-Bereich**: Einfach Benutzernamen und Passwort in das entsprechende Feld eintragen
- In das Suchfeld (GO-Suche) wird die sog. sechsstellige „becklink-Nummer“ eingegeben; diese Nummer befindet sich am Ende eines Beitrages oder einer Urteilsbesprechung in der jeweiligen Ausgabe der IR
- Der gesamte Inhalt der IR steht nun exklusiv zur Verfügung: sämtliche zitierte Entscheidungen und Dokumente können nun im Volltext ausgedruckt werden

(mit vorgeschaltetem europaweitem öffentlichem Teilnahmewettbewerb) beachtet werden. So bedarf es insb. einer hinreichend bestimmten Leistungsbeschreibung, die mit der Ausgestaltung und Auferlegung der zu erbringenden Leistungen bzw. der gemeinwirtschaftlichen Pflichten einhergeht.

III. Akt der Betrauung

Ein Betrauungsakt kann – zumindest konkludent – in einem Baukonzessionsvertrag zu sehen sein, der nach Durchführung eines Vergabeverfahrens abgeschlossen wird. Das Gemeinschaftsrecht fordert nicht, dass der öffentliche Betrauungsakt in Form eines Verwaltungsaktes erfolgt. Auch hat der *EuGH* darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Betrauungsakt nicht um eine Rechtsvorschrift handeln muss³. So kann auch eine Konzession ausreichen⁴. Eine öffentliche Beauftragung in Form eines mit einer öffentlichen Stelle geschlossenen Vertrags bindet den privaten Vertragspartner rechtlich und ist mithin geeignet, eine Gemeinwohlverpflichtung festzulegen. Um den öffentlichen Betrauungscharakter zu unterstreichen, sollte z.B. die folgende Formulierung in einen Baukonzessionsvertrag für ein vom Konzessionär im öffentlichen Auftrag zu betreibendes Schwimmbad aufgenommen werden: „Der Konzessionär erbringt durch die in diesem Vertrag näher beschriebenen Leistungen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Es handelt sich bei der Planung, dem Neubau, dem Betrieb, der Unterhaltung und der Finanzierung des Schwimmbades um marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und die Ausdruck einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung sind.“

IV. Vorab-Festlegung objektiver Ausgleichsparameter

Wird ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschalteter Vergabebekanntmachung (öffentlicher Teilnahmewettbewerb) durchgeführt, sind einige Besonderheiten zu beachten. Das gerade auf die Entwicklung kreativer Infrastrukturkonzepte unter gleichzeitiger Aktivierung unternehmerischer Kosteneffizienzpotentiale durch die Bieter ausgerichtete Verhandlungsverfahren verbietet eine Festlegung starrer Ex-ante-Kriterien. Dies gilt umso mehr für den sog. wettbewerblichen Dialog des neu-

en Vergaberechts. Diesen in Bezug auf die Infrastrukturlösungen offen ausgestalteten Vergabeverfahren liegt eine flexible funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde. Eine funktionale Leistungsbeschreibung definiert die Infrastrukturziele – ohne die Infrastrukturlösungen zu fixieren – und soll die Bieter einladen, ihr kreatives Effizienz-Know-How in die Verhandlungen mit dem Auftraggeber einzubringen. Eine Vorab-Festlegung bestimmter statischer Zuordnungsparameter zum Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis würde die gebotene Verhandlungsflexibilität des Vergabeverfahrens insb. bei großen Infrastrukturprojekten konterkarieren. Deshalb muss die zweite Altmark-Voraussetzung i.S.d. erst im Wettbewerb hervorgebrachten Leistungserbringungs- und Kosteneffizienzparameter geöffnet werden. Vor diesem Hintergrund können die vor der wettbewerblichen Verhandlungsphase vorab in den Vergabeunterlagen (die im Anschluss an den öffentlichen Teilnahmewettbewerb den Bietern zugesandt werden) festzulegenden Kompensationsparameter Obergrenzen vorgeben und zugleich den Bietern wettbewerblichen Angebotsfreiraum gewähren, i.S.d. funktionalen Leistungsbeschreibung optimale Infrastrukturösungen kosteneffizient zu entwickeln.

V. Nettomehrkostenausgleich

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 ganz oder teilweise zu decken⁵. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation ist also eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigungsfähig. Diese berechnet sich im Wege der Addition des Zinssatzes einer hinsichtlich der Kapitalbindungszeit vergleichbaren, aber risikolosen Bundesanleihe und dem für den relevanten Infrastrukturinvestitionsmarkt maßgeblichen Risikoaufschlag. Anschließend sind von den Kosten der Leistungsbereitstellung die dabei erzielten Einnahmen abzuziehen (Nettokosten).

Demgegenüber hat die Berechnung der Mehrkosten nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen. Danach werden nur die „zusätzlichen Kosten“⁶ 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 durch das betraute Unternehmen erst zu induzieren⁷. Kosten der vorgelagerten Infrastrukturerstellung und des -betriebs, die ohne weiteres durch eine marktwirtschaftliche Kostenwälzung in der Preiskalkulation auf den nachgelagerten Nutzermärkten amortisiert werden können, entsprechen grundsätzlich nicht den beihilfenrechtlichen Mehrkosten, sofern die Nutzer der Infrastruktur bereit und in der Lage sind, die so kalkulierten Entgelte zu zahlen. Nur wenn die Kostenwälzung von der vorgelagerten

3 *EuGH*, Urt. v. 23.10.1993, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815 Rdnr. 66 – Kommission/Frankreich.

4 *EuGH*, Urt. v. 27.4.1994, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 Rdnr. 47 – Almelo.

5 *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 92 – Altmark Trans.

6 *EuGH*, Urt. v. 22.11.2001, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 Rdnr. 29 – Ferrino; *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 86 f. – Altmark Trans.

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

Infrastrukturerstellung bzw. des -betriebs auf nachgelagerte Nutzermärkte – ohne den sozialen Infrastrukturbezug zu gefährden – nicht funktioniert, entstehen beihilfenrechtlich kompensationsfähige Mehrkosten der Infrastrukturinvestition. Diese Mehrkosten im beihilfenrechtlichen Sinn sind nur die „Induktionskosten“ für die Herstellung bzw. den Betrieb der Infrastruktur als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.

VI. Kostenausgleichseffizienz

Wird das Infrastrukturprojekt im Rahmen eines Vergabe-, regelmäßig eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben, so kann von einer Vergleichsmarktanalyse (Benchmarking) „der Kosten (...), die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen (...) hätte“, abgesehen werden. Der *EuGH* geht im Rahmen der vierten Altmark-Anforderung (Kostenausgleichseffizienz) davon aus, dass ein wettbewerbsoffenes Vergabeverfahren im Hinblick auf die Vermeidung von Überkompensation mehr zu leisten vermag als ein analytischer, lediglich wettbewerbsanalog kalkulierter Nettomehrkostenausgleich. Die außerhalb eines Ausschreibungswettbewerbs durchgeführte Nettomehrkostenrechnung simuliert als kostenorientierte Preisfindungsmethode – mangels eines funktionsfähigen Wettbewerbs – lediglich wettbewerbsanalog Kostendruck. Demgegenüber bringt das wettbewerbsoffene Verhandlungsverfahren auf der Grundlage eines vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerbs – nicht lediglich simulierte, sondern – wettbewerbslich induzierte Kosteneffizienzergebnisse hervor. Demgegenüber bezieht sich das Nettomehrkostenprinzip im engen Sinne auf die Kompensation eines Marktversagens: Im Rahmen einer öffentlichen Infrastrukturleistung entstehen Kosten, die nicht über entsprechende Erträge im Markt gedeckt werden können. Folglich wird die öffentlich nachgefragte Leistung im Markt nicht hergestellt. Damit diese Leistung trotz des Marktversagens hergestellt und angeboten werden kann, bietet die öffentliche Hand den Dienstleistern eine Förderung an, welche die Leistungserbringung erst induziert.

VII. Rechtfertigung nach Art. 86 II EG

Nach Art. 86 II EG, der weder in der Altmark-Rechtsprechung aufgeht noch obsolet geworden ist⁸, sind Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten eines Unternehmens für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste gerechtfertigt, soweit ohne eine staatliche Beihilfe die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde und die Entwicklung des Handelsverkehrs dadurch nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. Die *Kommission* hat zu Art. 86 II EG folgende Rechtfertigungsvoraussetzungen herausgearbeitet⁹: Die zu erbringende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse muss (1) vom Mitgliedstaat klar definiert sein (Definition). Das Unternehmen muss (2) mit der Erbringung der Dienstleistung durch eine öffentliche Stelle betraut sein (Beauftragung). Die staatliche Beihil-

fe darf (3) 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 entspricht die Prüfung der ersten beiden Rechtfertigungsvoraussetzungen im Wesentlichen der Prüfung des ersten Altmark-Kriteriums. Die dritte Rechtfertigungsvoraussetzung im Rahmen von Art. 86 II EG, die Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁰, entspricht dem dritten Altmark-Kriterium des *EuGH*. Über die derzeitige Kommissionspraxis hinaus verlangt der von der *Kommission* vorgelegte Entwurf eines „Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“¹¹, in Anlehnung an die zweite Altmark-Voraussetzung zusätzlich sogar die vorherige Aufstellung objektiver und transparenter Parameter für die Kompensationsberechnung (Ziff. 10 des Entwurfs). Dieser Gemeinschaftsrahmen bewirkt damit die Konvergenz der Altmark-Tatbestands- und der – notifizierungsbedürftigen – Rechtfertigungslösung nach Art. 86 II EG, wodurch letztere in der Förderpraxis weiter in den Hintergrund treten wird.

VIII. Fazit

Können in einem offen, transparent und diskriminierungsfrei ausgestalteten Vergabeverfahren alle geeigneten Wettbewerber – nicht nur ein bevorzugter Bieter – ein Angebot abgeben, so wird eine im Wettbewerb, mithin von Kosteneffizienzdruck geprägte Preiskalkulation induziert, welche die dritte Altmark-Voraussetzung einer Nettomehrkostenrechnung mehr als erfüllt. Sollten allerdings Mehrkosten i.S.d. hier definierten „Induktionskosten“ gar nicht anfallen, etwa wenn zu erwarten wäre, dass die Infrastrukturmaßnahme auch ohne staatliche Finanzierung im Markt induziert würde, darf die öffentliche Hand nicht – auch nicht durch ein Vergabeverfahren – in diesen Marktprozess wettbewerbsverfälschend eingreifen, und zwar weder nach Art. 87 I EG noch nach Art. 86 II EG.

⁸ *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 ff.

⁹ *Kommission*, Ent. v. 15.10.2003, K (2003) 3528 endg., ABIEU. 2004 Nr. L 199, 1 (Tz. 99 f.) – Italien, RAI SpA; 2004 L 199/1, Tz. 99 f.; *Kommission*, Ent. v. 1.10.2003, K (2003) 3371 endg., ABIEU 2003 Nr. C 271, 47 – United Kingdom, BBC Digital Curriculum; *Koenig/Haratsch*, ZUM 2004, 122 (123 f.).

¹⁰ ABIEU 2004 Nr. L 199, 1 (Tz. 120 ff.).

¹¹ http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/#compensation.