

## Thesenpapier EU-Beihilfenrecht und öffentliche Unternehmen

1. Die Anwendung des EU-Beihilfenrechts hat die Tätigkeit von öffentlichen Unternehmen in den letzten zehn Jahren mit steigender Tendenz eingeschränkt.
2. Das EU-Beihilfenrecht wird vor allem in den liberalisierten Bereichen (z.B. Quersubventionierung der früheren Postmonopole), den Finanzdienstleistungen, Medien und Verkehrsdienstleistungen angewandt. Das Beihilfenrecht spielt auch eine wichtige Rolle an der Schnittstelle zwischen Wettbewerbs- und Vergaberecht (z.B. bei Public-Private Partnerships).
3. Das Gericht erster Instanz und die Kommission haben seit der Entscheidung FFSA (T-106/95) bei jeder Zuwendung der öffentlichen Hand an ein öffentliches Unternehmen zunächst den Tatbestand der Beihilfe nach Artikel 87 Abs. 1 EG automatisch bejaht und anhand des Artikels 86 Abs. 2 EG geprüft, ob die Beihilfe ausnahmsweise durch den öffentlichen Auftrag gerechtfertigt ist. Das setzt eine Notifizierung der Beihilfe voraus. Ein öffentlicher Betrauungsakt muss nachgewiesen werden. Die Zuwendung darf die Kosten des Auftrags nicht übersteigen. Die Transparenzrichtlinie (80/723) ist anwendbar.
4. Im Ferring-Urteil (C-53/00, EWS 2001, S. 583 ff. mit Anmerkung v. Brevern) hat der EuGH die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz und die Kommissionspraxis verworfen und festgestellt, dass eine Beihilfe dann nicht vorliegt, wenn durch die Zuwendung der öffentlichen Hand nur die Kosten des öffentlichen Auftrags ausgeglichen werden. Dabei greift der EuGH auf das Altöl-Urteil aus dem Jahr 1985 zurück.
5. Das Ferring-Urteil ist von Generalanwalt Leger in der Sache Altmark-Trans (C-280/00) kritisiert worden. Er sieht eine Aushöhlung der Bedeutung des Artikel 86 Abs. 2 EG.
6. Generalanwalt Jacobs vertritt in den Schlussanträgen in der Sache GEMO (C-126/01) eine differenzierte Anwendung von Artikel 87 Abs. 1 und Artikel 86 Abs. 2 EG: nur wenn klar ist, dass die Zuwendung der öffentlichen Hand im eindeutigen Austauschverhältnis zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags besteht, soll bereits der Tatbestand des Artikel 87 Abs. 1 ausgeschlossen sein (soweit der Kostenausgleich die tatsächlichen Kosten übersteigt).
7. Der Ansatz des EuGH im Urteil Ferring ist richtig: der Begriff der Beihilfe setzt einen Vorteil voraus. Wo der Staat eine öffentliche Leistung im Interesse der Allgemeinheit einkauft (so GA Jacobs in GEMO) und dafür nur die Kosten erstattet, ist kein wettbewerbswirksamer wirtschaftlicher Vorteil des Vertragspartners gegeben.
8. Für die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG bleibt im Beihilfenrecht dort Raum, wo ausnahmsweise mehr als die Kosten des öffentlichen Auftrags erstattet werden (weil es z.B. notwendig ist, damit sich überhaupt ein Unternehmen für den Auftrag interessiert) oder wo die Kosten nicht genau dem öffentlichen Auftrag zugeordnet werden können.
9. Da Artikel 87 Abs. 1 EG auf einen objektiven Maßstab für die Bestimmung des Vorteils abstellt, kommt es bei den Kosten auf die tatsächlich entstandenen Kosten an, nicht auf die üblicherweise am Markt für eine entsprechende Leistung entstehenden Kosten. Zielrichtung des Beihilfenrechts ist es nicht, den Staat zu einer (vermeintlich) effizienten Nutzung seiner Ressourcen zu zwingen. Das Beihilfenrecht soll nur Wettbewerbsverzerrungen verhindern.
10. Die Brüsseler Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Banken berücksichtigt das Ferring-Urteil nicht. Dies ist angesichts der Diskussion über den öffentlichen Auftrag der öffentlichen Kreditinstitute in Deutschland erstaunlich. Kommissionsentscheidungen aus jüngster Zeit (UK Universal Banking (N 514/2001) und Livret Bleu (IP/02/67) in Frankreich) belegen, dass es auch im Bereich der Finanzdienstleistungen einen öffentlichen Auftrag geben kann, dessen Kosten beihilfenfrei erstattet werden können.