

3. Treffen des Berliner Gesprächskreises am 17. Oktober 2003

Infrastrukturprojekte zwischen Ausschreibung und öffentlichem Auftrag

Dr. Wolfgang Deselaers, Linklaters, Brüssel

1. Auch bei Infrastrukturfördermaßnahmen liegt eine Begünstigung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG nur vor, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne angemessene Gegenleistung (Kompensation) erlangt (sog. Nettoprinzip). Wenn das Unternehmen gemeinwirtschaftliche Pflichten erfüllt, scheidet eine Begünstigung aus, wenn die Fördermittel nur die mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten verbundenen Kosten kompensieren. Die These, eine Überkompensation könne bei solchen marktunüblichen Leistungen nur durch eine vorherige Ausschreibung sichergestellt werden, ist durch EuGH (Ferring und Altmark) widerlegt. Die Ausschreibung ist beihilferechtlich lediglich eine Option, nicht eine Pflicht. Bei fehlender Ausschreibung besteht deshalb auch keine Vermutung, dass eine Überkompensation vorliegt (Beweislast für Beihilfetatbestand verbleibt bei der Kommission). Vielmehr sind dann andere Methoden der Äquivalenzermittlung anzuwenden, insbesondere Kostenanalyse durch unabhängigen Sachverständigen.
2. Wenn der Mitgliedstaat eine wettbewerbsoffene, transparente und nicht diskriminierende Ausschreibung durchführt, ist eine Begünstigung in aller Regel ausgeschlossen. Eine solche Ausschreibung konsumiert die ersten drei Kriterien iSd Altmark-Urteils des EuGH (Definition der gemeinwirtschaftlichen Pflichten, Transparenz, keine Überkompensation). Reflexartige Auswirkungen auf benachbarte Märkte oder andere Marktebenen sind beihilferechtlich unerheblich, jedenfalls solange Quersubventionierungen ausgeschlossen sind. Im Übrigen ist die Einhaltung der EG-rechtlichen Vergaberichtlinien grundsätzlich auch beihilferechtlich ausreichend (vgl. Rz. 93 Altmark-Urteil: Verweis auf Vergabe "im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge").
3. Der EuGH vermengt im Altmark-Urteil systemwidrig formale und materielle Kriterien: Die Nichterfüllung der beiden formalen Kriterien (Transparenz und ex ante Definition der gemeinwirtschaftlichen Pflichten) kann eine materielle Begünstigung nahelegen, sie aber nicht verursachen. Wenn objektiv keine Überkompensation erfolgt, scheidet eine Begünstigung auch dann aus, wenn die gemeinwirtschaftlichen Pflichten z.B. nicht vorab transparent definiert wurden (anders EuGH). Dem Anliegen, die Beihilfenkontrolle der Kommission effizienter zu gestalten, könnte durch eine Beweislastregel Rechnung getragen werden (Nichteinhaltung der formalen Kriterien begründet widerlegbare Vermutung einer Begünstigung).
4. Nach dem Altmark-Urteil ist bei fehlender Ausschreibung die Höhe des zulässigen Ausgleichs für gemeinwirtschaftliche Pflichten auf der "Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, ... bei der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hätte". Offen ist, mit welchen Unternehmen ein solches benchmarking in Betracht kommt (z.B. im Altmark-Fall nur direkte lokale Wettbewerber, oder Branchendurchschnitt anderer öffentlicher und/oder privater ÖPNV-Unternehmen, oder auch (vergleichbare) Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten?). Wenn ein benchmarking nicht möglich ist, spricht das Chronopost-Urteil des EuGH vom 3. Juli 2003 dafür, dass dann grundsätzlich die tatsächlichen Kosten des Unternehmens zu berücksichtigen sind. Gilt noch die Feststellung des EuGH in FFSA (Rz. 108), dass die Kommission nicht befugt ist, über die "wirtschaftliche Effizienz" des

LINKLATERS

begünstigten Unternehmens zu entscheiden? Interessanter Testfall vor dem EuG ist die Entscheidung *Poste Italiane (PI)*, in der die Kommission zur Rechtfertigung höherer Kosten auf die "geringe [und damit unterdurchschnittliche?] Leistungsfähigkeit" der PI verwiesen hat. Streitpotential bietet auch die Feststellung des EuGH in *Altmark*, dass im Rahmen der Kostenanalyse ein "angemessener Gewinn" zu berücksichtigen ist.

5. Wenn ein oder mehrere der vier Kriterien des *Altmark*-Urteils nicht vorliegen, kann die Förderung einer Infrastrukturmaßnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sein. Im Rahmen dieser Prüfung ist u.U. allein auf die tatsächlichen Kosten des begünstigten Unternehmens abzustellen, und nicht auf die fiktiven Kosten eines durchschnittlich effizienten Unternehmens.
6. In Punkto Rechtssicherheit hat das *Altmark*-Urteil Steine statt Brot gegeben. Sinnvoll wäre deshalb eine Klarstellung zur Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge, z.B. in einer Gruppenfreistellungsverordnung, einem Gemeinschaftsrahmen und/oder zumindest durch "soft law" (z.B. Bekanntmachung oder Leitlinien der Kommission).