SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER

vom 14. Januar 2003 [1]

1. Mit Beschluss vom 18. Juni 2002 hat der Gerichtshof die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Rechtssache angeordnet.

2. Der Gerichtshof stellte in diesem Beschluss fest, dass das Urteil vom 22. November 2001 (Ferring) [2] ergangen ist, nachdem die Beteiligten ihre mündlichen Stellungnahmen abgegeben hatten, und dass es Auswirkungen auf die Beantwortung der Vorlagefrage des deutschen Bundesverwaltungsgerichts haben könnte. Der Gerichtshof wies auch darauf hin, dass das Urteil in meinen Schlussanträgen vom 19. März 2002 in der vorliegenden Rechtssache und in den Schlussanträgen von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache C-126/01 (GEMO) [3] erörtert wurde.

3. Der Gerichtshof hat daher eine neue Sitzung anberaumt und die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Mitgliedstaaten, die Kommission und den Rat gebeten, zur Tragweite des Urteils Ferring Stellung zu nehmen, konkret, sich zu der Frage zu äußern, ob — und nach welchen Kriterien — einen finanziellen Vorteil, den die Behörden eines Mitgliedstaats gewähren, um die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auszugleichen, die sie einem Unternehmen auferlegen, als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) zu qualifizieren ist.

4. Die Frage der für die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen geltenden Gemeinschaftsregelung ist Gegenstand mehrerer Stellungnahmen auf politischer Ebene [4]. Sie wird auch zwischen den General-

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Rechtssache C-53/00 (Slg. 2001, I-9067, im Folgenden: Urteil Ferring).

3 — Schlussanträge vom 30. April 2002 (Rechtssache C-126/01, Urteil vom 20. November 2003, noch nicht in der ontlichen Sammlung veröffentlicht).

4 — Vgl. u. a. Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Nizza) vom 7., 8. und 9. Dezember 2000 (Nr. 47); Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Laeken) vom 14. und 15. Dezember 2001 (Nr. 26); Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Barcelona) vom 15. und 16. März 2002 (Nr. 42); Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates (Sevilla) vom 21. und 22. Juni 2002 (Nr. 54); Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. 2001, C 17, S. 4); Bericht der Kommission vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken — Leistungen der Daseinsvorsorge (KOM[2001] 598 endg.); Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. 2001, C 320, S. 5); Bericht der Kommission vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (KOM[2002] 280 endg.) und Bericht der Kommission vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (KOM[2002] 636 endg.).

anwälten des Gerichtshofes[5] und im Schrifttum erörtert[6]. Diese verschiedenen Stellungnahmen sind bekannt, so dass es nicht nötig ist, sie in Erinnerung zu rufen. Hingegen werde ich vor einer Ergänzung meiner Schlussanträge vom 19. März 2002 kurz das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten darstellen.

I — Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

5. Neben den Parteien des Ausgangsverfahrens haben sich sechs Mitgliedstaaten in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung geäußert. Es handelt sich um die Bundesrepublik Deutschland, das Königreich Dänemark, das Königreich Spanien, die Französische Republik, das Königreich der Niederlande und das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland. Auch die Kommission hat Erklärungen abgegeben. Der Rat hingegen hat sich nicht geäußert.

6. Aufgrund der Ausführungen vor dem Gerichtshof lassen sich die Verfahrensbeteiligten in zwei verschiedene Gruppen einteilen.

7. Die erste Gruppe von Verfahrensbeteiligten besteht aus der Altmark Trans GmbH, dem Regierungspräsidium Magdeburg, der Bundesrepublik Deutschland, der Französischen Republik und dem Königreich Spanien. Diese Verfahrensbeteiligten schlagen dem Gerichtshof vor, den im Urteil Ferring entwickelten Ausgleichsansatz[7] zu bestätigen. Nach diesem Ansatz stellt die staatliche Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages nur dar, wenn und soweit die von den staatlichen Stellen gewährten Vergünstigungen die durch die Erfüllung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes verursachten Kosten übersteigen.

8. Zur Stützung ihrer Auffassung tragen diese Verfahrensbeteiligten im Wesentli-

5 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Ferring; meine Schlussanträge vom 19. März 2002 in der vorliegenden Rechtssache (Nrn. 54 bis 98); Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache C-126/01 (GEMO), angeführt oben in Fußnote 3 (Nrn. 87 bis 132), und Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in den Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse, Urteil vom 27. November 2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nrn. 138 bis 165).

6 — Zu den Stellungnahmen im Anschluss an das Urteil Ferring vgl. Alexis, A., „Services publics et aides d'État", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002/1 (S. 63); Grespan, D., „An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy", *Competition Policy Newsletter*, Nr. 3 — Oktober 2002 (S. 17); Gundel, J., „Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 3/2002 (S. 222); Nettesheim, M., „Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2002 (S. 253); Nicolaides, P., „Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgment", *European Competition Law Review*, 2002 (S. 313); Nicolaides, P., „The new frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises", *Intereconomics*, Volume 37, Nr. 4, 2002 (S. 190), und Rizza, C., „The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark Judgment for future State aid control policy", erscheint in: *The Columbia Journal of European Law*, 2003.

7 — Nach dem von Generalanwalt Jacobs in seinen oben in Fußnote 3 angeführten Schlussanträgen in der Rechtssache GEMO (Nr. 95) verwendeten Ausdruck.

chen drei Argumente vor, die sich folgendermaßen zusammenfassen lassen [8]:

— Wenn der Staat Waren (z. B. Computer) kaufe oder Dienstleistungen (z. B. der Reinigung) gegen Entgelt in Anspruch nehme, liege nach der Rechtsprechung eine Beihilfe nur vor, wenn und soweit die vom Staat gezahlte Vergütung den Marktpreis übersteige. Der gleiche Grundsatz müsse gelten, wenn der Staat Dienstleistungen gegen Entgelt in Anspruch nehme, die der Allgemeinheit unmittelbar zur Verfügung gestellt würden (also öffentliche Dienstleistungen).

— Der Begriff „staatliche Beihilfe" in Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages sei nur auf Maßnahmen anwendbar, die bestimmten Unternehmen einen finanziellen Vorteil verschaffe. Eine staatliche Maßnahme, die sich auf einen Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes beschränke, verschaffe dem begünstigten Unternehmen aber keinen echten Vorteil. Sie stelle daher keine Beihilfe dar.

— Nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG) seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Beihilfevorhaben mitzuteilen und die Zahlung der Beihilfe auszusetzen, bis die Kommission ihre Genehmigung erteilt habe. Diese Verpflichtungen seien geeignet, den Betrieb der Dienste von allgemeinem Interesse in den Mitgliedstaaten zum Erliegen zu bringen.

9. Die zweite Gruppe von Verfahrensbeteiligten besteht aus dem Königreich Dänemark, dem Königreich der Niederlande und dem Vereinigten Königreich. Diese Verfahrensbeteiligten schlagen dem Gerichtshof vor, dem von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache GEMO [9] entwickelten Gegenleistungsansatz zu folgen.

10. Nach diesem Ansatz würde der Gerichtshof zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden. Bestünde somit ein unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den klar definierten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes, stellten die vom Staat gezahlten Beträge keine Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages dar. Fehlte es hingegen an einem solchen Zusammenhang oder wären die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes nicht klar definiert, handelte es sich bei den von den staatlichen Stellen gezahlten Beträgen um Beihilfen im Sinne dieser Bestimmung.

11. Die Kommission hat zu dieser Frage nicht Stellung genommen. Allerdings hat

8 — Diese Argumente hat Generalanwalt Jacobs in seinen oben in Fußnote 3 angeführten Schlussanträgen in der Rechtssache GEMO (Nr. 115) bereits zusammengefasst.

9 — Angeführt oben in Fußnote 3 (Nrn. 117 bis 129).

sie sich in den Rechtssachen Ferring [10] und GEMO [11] für den Beihilfeansatz [12] ausgesprochen. Nach diesem Ansatz stellt die staatliche Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages dar. Allerdings kann diese Beihilfe auf der Grundlage von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) gerechtfertigt sein [13].

II — Beurteilung

12. In meinen Schlussanträgen vom 19. März 2002 habe ich mich für den Beihilfeansatz ausgesprochen. Zweckmäßigerweise schicke ich voraus, dass die von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen Argumente an meinem Standpunkt nichts ändern können.

13. Ich beschränke mich hier daher auf die Prüfung der neuen Fragen, die das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten aufwirft. Diese Fragen betreffen:

— das Kriterium des privaten Kapitalgebers in einer Marktwirtschaft,

— den Begriff „Vorteil" in Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages,

— die Verfahrenspflichten gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages,

— den Gegenleistungsansatz.

14. Auf die in meinen vorausgegangenen Schlussanträgen dargelegten Argumente werde ich hingegen nicht zurückkommen. Ich verweise den Gerichtshof daher auf jene Schlussanträge.

A — *Zum Kriterium des privaten Kapitalgebers in einer Marktwirtschaft*

15. Die erste Gruppe von Verfahrensbeteiligten weist darauf hin, dass nach der

10 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano (Nrn. 18, 74 und 75).

11 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs (Nr. 107).

12 — Nach dem von Generalanwalt Jacobs in seinen oben in Fußnote 3 angeführten Schlussanträgen in der Rechtssache GEMO (Nr. 94) verwendeten Ausdruck.

13 — Vgl. Urteile des Gerichts vom vom 27. Februar 1997 in der Rechtssache T-106/95 (FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229, Randnrn. 164 bis 178) und vom 10. Mai 2000 in der Rechtssache T-46/97 (SIC/Kommission, Slg. 2000, II-2125, Randnrn. 76 bis 84).

Rechtsprechung nicht jede staatliche Intervention eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages darstelle. So liege, wenn der Staat Waren (z. B. Computer) kaufe oder Dienstleistungen (z. B. der Reinigung) gegen Entgelt in Anspruch nehme, eine staatliche Beihilfe nur vor, wenn und soweit die vom Staat gezahlte Vergütung den Marktpreis übersteige.

16. Nach Ansicht dieser Verfahrensbeteiligten muss auf dem Gebiet der öffentlichen Dienstleistungen der gleiche Grundsatz gelten. Die Finanzierung durch den Staat dürfe nur dann als Beihilfe qualifiziert werden, wenn und soweit die von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile die Kosten der Erfüllung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (d. h. den gewöhnlichen Preis der angebotenen Dienstleistungen) überstiegen [14].

17. Das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten läuft im Kern darauf hinaus, das Kriterium des privaten Kapitalgebers auf das Gebiet der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen zu übertragen.

18. Bekanntlich wurde das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers [15] ursprünglich von der Kommission entwickelt, um zu ermitteln, ob eine Beteiligung des Staates am Kapital eines Unternehmens eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstellt [16]. Anhand dieses Kriteriums hält die Kommission eine solche Intervention nicht für eine Beihilfe, wenn sie von den staatlichen Stellen unter den gleichen Bedingungen unternommen wird wie von einem privaten Kapitalgeber unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen [17]. Der Gerichtshof hat dieses Kriterium in seine Rechtsprechung [18] aufgenommen und es danach auf weitere Arten staatlicher Maßnahmen angewandt. Um festzustellen, ob die Maßnahme ein Beihilfeelement enthält, prüft der Gerichtshof daher, ob ein privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die öffentlichen Einrichtungen den betreffenden Vorgang zu den gleichen Bedingungen abgewickelt hätte.

19. Im Gegensatz zu den Verfahrensbeteiligten bin ich nicht der Meinung, dass dieses Kriterium nicht auf die staatliche Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen angewandt werden kann.

20. Aus der Rechtsprechung geht nämlich hervor, dass der Gerichtshof auf dem Ge-

14 — Vgl. in diesem Sinne auch Urteil Ferring (Randnrn. 26 und 27) und Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache GEMO, angeführt oben in Fußnote 3 (Nrn. 121 bis 123).

15 — Mit einem Teil der Lehre bin ich der Auffassung, dass der Begriff „privater Wirtschaftsteilnehmer" treffender ist als der Begriff „privater Kapitalgeber". Er ermöglicht es, nicht nur Investitionsvorgänge im eigentlichen Sinne, sondern auch die übrigen Arten staatlicher Maßnahmen zu erfassen, auf die dieses Kriterium Anwendung findet (vgl. Keppenne, J.-P., *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Brüssel, 1999, Nr. 44, Fußnote 93).

16 — Vgl. Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (*Bulletin der EG*, 9-1984, Nr. 3.5.1).

17 — Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten — Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl. 1993, C 307, S. 3, Nr. 11).

18 — Vgl. u. a. Urteile vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 234/84 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, Randnr. 14), vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87, „Tubemeuse" (Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959, Randnr. 26) und vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-305/89, „Alfa Romeo" (Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Randnr. 19).

biet der staatlichen Beihilfen zwischen zwei Fallgruppen unterscheidet: denen, in denen die staatliche Intervention wirtschaftlichen Charakter hat, und denen, in denen die staatliche Intervention zu den Hoheitsakten zählt.

21. Der Gerichtshof wendet das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nur auf die erste Fallgruppe an. Dazu zählen auch die Fälle, in denen die staatlichen Stellen sich am Kapital eines Unternehmens beteiligen [19], bestimmten Unternehmen ein Darlehen gewähren [20], eine staatliche Bürgschaft stellen [21], Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt veräußern [22] oder Zahlungserleichterungen für Sozialversicherungsbeiträge [23] oder die Rückzahlung von Löhnen und Gehältern [24] gewähren. In Fällen dieser Art ist das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers maßgebend, da sich ein privater Wirtschaftsteilnehmer mit Erwerbszweck (ein Investor, eine Bank, ein Bürge, ein Unternehmen oder ein Gläubiger) zumindest grundsätzlich so verhalten könnte wie der Staat. Die Anwendung dieses Kriteriums wird durch den Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor gerechtfertigt [25], wonach für die Intervention des Staates keine strengere Regelung gelten darf als für private Unternehmen.

22. Das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers ist hingegen nicht maßgebend, wenn die staatliche Intervention keinen wirtschaftlichen Charakter hat. Das ist der Fall, wenn die staatlichen Stellen einem Unternehmen direkt eine Subvention zahlen [26], eine Steuererleichterung gewähren [27] oder eine Minderung der Soziallasten einräumen [28]. In Fällen dieser Art kann die Intervention des Staates nicht von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer mit Erwerbszweck vorgenommen werden, sondern zählt zu den staatlichen Hoheitsakten (wie die Steuerpolitik oder die Sozialpolitik). Das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers ist daher nicht maßgebend, da es hier per definitionem nicht zu einem Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Sektor kommen kann [29].

19 — A. a. O.

20 — Urteil vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-301/87, „Boussac" (Frankreich/Kommission, Slg. 1990, I-307, Randnrn. 38 bis 41), und Urteil des Gerichts vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-16/96 (Cityflyer Express/Kommission, Slg. 1998, II-757, Randnrn. 8 und 51).

21 — Urteil des Gerichts vom 13. Juni 2000 in den Rechtssachen T-204/97 und T-270/97 (EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Randnrn. 67 und 68).

22 — Urteile vom 2. Februar 1988 in den Rechtssachen 67/85, 68/85 und 70/85 (Van der Kooy/Kommission, Slg. 1988, 219, Randnrn. 28 bis 30), vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-56/93 (Belgien/Kommission, Slg. 1996, I-723, Randnr. 10) und vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94 (SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnrn. 59 bis 62).

23 — Urteil vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97 (DM Transport, Slg. 1999, I-3913, Randnrn. 24 und 25).

24 — Urteil vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-342/96 (Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 46).

25 — Urteile vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-303/88 (Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Randnr. 20), vom 3. Oktober 1991 in der Rechtssache C-261/89 (Italien/Kommission, Slg. 1991, I-4437, Randnr. 15) und Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache T-358/94 (Air France/Kommission, Slg. 1996, II-2109, Randnr. 70).

26 — Urteil vom 24. Februar 1987 in der Rechtssache 310/85 (Deufil/Kommission, Slg. 1987, 901, Randnr. 8).

27 — Urteile vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92, Banco Exterior de España, Slg. 1994, I-877, Randnr. 14), vom 19. Mai 1999 in der Rechtssache C-6/97 (Italien/Kommission, Slg. 1999, I-2981, Randnr. 16) und vom 19. September 2000 in der Rechtssache C-156/98 (Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Randnrn. 25 bis 28).

28 — Urteil vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-75/97 (Belgien/Kommission, Slg. 1999, I-3671, Randnrn. 24 und 25) und Urteil des Gerichts vom 27. Januar 1998 in der Rechtssache T-67/94 (Ladbroke Racing/Kommission, Slg. 1998, II-1, Randnr. 110).

29 — Das Kriterium, anhand dessen sich die Fälle bestimmen lassen, in denen der Gerichtshof den Grundsatz des privaten Wirtschaftsteilnehmers anwendet, stimmt übrigens mit dem Kriterium überein, anhand dessen sich der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts definieren lässt (vgl. hierzu meine Schlussanträge in der Rechtssache C-309/99 [Wouters u. a., Urteil vom 19. Februar 2002, Slg. 2002, I-1577, Nr. 137 und die dort zitierten Fundstellen] sowie Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99 [Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 20]).

23. Demnach gilt das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht für staatliche Interventionen, die zu den Hoheitsakten zählen.

24. Der Gerichtshof hat diesen Grundsatz im Urteil vom 14. September 1994 in den Rechtssachen C-278/92 bis 280/92[30] ausdrücklich bestätigt. Er stellte fest, dass für die Anwendung des Kriteriums des privaten Wirtschaftsteilnehmers „zwischen den Verpflichtungen zu unterscheiden [ist], die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen“[31]. Die Verpflichtungen, die dem Staat als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen, können für die Anwendung des Kriteriums des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht berücksichtigt werden[32], da dies zu einer Ungleichbehandlung von öffentlichem und privatem Sektor führen würde.

25. Bekanntlich ist die Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen eine Tätigkeit, die typischerweise zu den Hoheitsakten zählt. Es ist nämlich Sache der staatlichen Stellen, die Dienstleistungen festzulegen, die der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen sind. Sie haben auch die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das Funktionieren und die Finanzierung dieser Dienstleistungen sicherzustellen. Im Übrigen ist es schwer vorstellbar, dass ein privater Wirtschaftsteilnehmer von sich aus im Rahmen einer solchen Finanzierung tätig wird.

26. Folglich bin ich der Auffassung, dass das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht zweckdienlich auf die Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen angewandt werden kann.

27. Das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten beruht somit auf einem unzutreffenden Vergleich. Es ist nämlich falsch, die Fälle, in denen der Staat Güter oder Dienstleistungen für eigene Rechnung erwirbt, mit denen zu vergleichen, in denen er Dienstleistungen „erwirbt“, die der Allgemeinheit unmittelbar zur Verfügung gestellt werden (also öffentliche Dienstleistungen). Im ersten Fall verhält sich der Staat so, wie es ein privater Wirtschaftsteilnehmer mit Erwerbszweck tun könnte. Im zweiten Fall dagegen handelt der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt[33].

30 — Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103.

31 — Randnr. 22.

32 — A. a. O. Zur Anwendung dieses Grundsatzes in der Praxis der Kommission vgl. Entscheidungen der Kommission 94/1073/EG vom 12. Oktober 1994 betreffend die staatliche Beihilfe Frankreichs an den Bull-Konzern in Form einer nichtnotifizierten Kapitalaufstockung (ABl. L 386, S. 1, Nummer V), 96/631/EG vom 17. Juli 1996 über eine staatliche Beihilfe der Stadt Mainz, einer Gebietskörperschaft der Bundesrepublik Deutschland, an die Grundstücksverwaltungsgesellschaft Fort Malakoff Mainz mbH & Co. KG, einer Tochtergesellschaft der Siemens AG / Siemens Nixdorf Informationssysteme AG (ABl. L 283, S. 43, Nummer IV) und 98/204/EG vom 30. Juli 1997 über die bedingte Genehmigung der der GAN-Gruppe durch Frankreich gewährten Beihilfen (ABl. L 78, S. 1, Nr. 3.3).

33 — Vgl. in diesem Sinne auch Alexis, A., angeführt oben in Fußnote Nr. 6 (Nr. B.3.5.a), und Triantafyllou, D., „L'encadrement communautaire du financement du service public“, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, S. 21 (S. 31).

B — *Zum Begriff „Vorteil" in Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages*

28. Das zweite Argument der Verfahrensbeteiligten betrifft den Begriff „Vorteil" in Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages.

29. Der Begriff „Beihilfe" in Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages gilt für staatliche Maßnahmen, die bestimmten Unternehmen einen finanziellen Vorteil verschaffen und die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Um beurteilen zu können, ob eine Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist daher zu bestimmen, ob das Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte [34].

30. Im vorliegenden Fall vertreten die Verfahrensbeteiligten die Ansicht, dass eine staatliche Maßnahme, die sich darauf beschränke, die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auszugleichen, keine Beihilfe sei. Soweit die Erfüllung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes zusätzliche Kosten hervorrufe, habe eine solche Maßnahme lediglich die Wirkung, das begünstigte Unternehmen in die gleiche Lage zu versetzen wie seine Konkurrenten. Diese Maßnahme verschaffe dem begünstigten Unternehmen daher keinen „echten" Vorteil und könne dadurch nicht den Wettbewerb verfälschen. Sie stelle nur das Gegenstück zu den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes dar [35].

31. Hierzu ist zu bemerken, dass das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten auf einem bestimmten Verständnis des Beihilfebegriffes beruht. Die Verfahrensbeteiligten vertreten einen Standpunkt, den man als eine „Netto"-Konzeption der Beihilfe oder die Theorie des so genannten „realen" Vorteils bezeichnen könnte.

32. Bei diesem Ansatz werden die von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile zusammen mit den dem Empfänger der Beihilfe obliegenden Verpflichtungen geprüft. Die staatlichen Vergünstigungen stellen daher nur dann eine Beihilfe dar, wenn ihr Betrag den Wert der vom Begünstigten eingegangenen Verpflichtungen übersteigt.

33. Diese Konzeption entspricht aber nicht der, von der die Verfasser des Vertrages im Bereich der staatlichen Beihilfen ausgegangen sind. Die einschlägigen Vertragsbestimmungen sind auf eine „Brutto"-Konzeption der Beihilfe oder auf die Theorie des „ersichtlichen" Vorteils gestützt.

34 — Urteile SFEI u. a., angeführt oben in Fußnote Nr. 22 (Randnr. 60), vom 29. April 1999 (Spanien/Kommission), angeführt oben in Fußnote Nr. 24 (Randnr. 41), und DM Transport, angeführt oben in Fußnote Nr. 23 (Randnr. 22).

35 — Vgl. auch Urteil Ferring (Randnrn. 25 bis 27).

34. Bei diesem Ansatz sind die von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile und die dem Begünstigten auferlegte Gegenleistung getrennt zu prüfen. Auf das Vorliegen dieser Gegenleistung kommt es für die Feststellung, ob die staatliche Maßnahme eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstellt, nicht an. Sie spielt erst in einer späteren Phase der Prüfung eine Rolle im Rahmen der Beurteilung, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

35. Die „Brutto"-Konzeption der Beihilfe findet sich so in mehreren Vertragsbestimmungen, u. a. in Artikel 92 Absätze 2 und 3 und in Artikel 77 EG-Vertrag (jetzt Artikel 73 EG).

36. Nach Artikel 92 Absatz 3 des Vertrages kann eine Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, wenn mit ihr bestimmte Ziele verfolgt werden. Diese Ziele entsprechen im Wesentlichen denen, die der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union durch die Verträge zugewiesen sind[36]. Dabei geht es beispielsweise um die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, um die Förderung der Forschung oder um den Umweltschutz.

37. Die Kommission ist von Anfang an davon ausgegangen, dass die Beihilfe eine Gegenleistung zu Lasten des Begünstigten umfassen müsse, damit sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein könne[37]. Diese Gegenleistung müsse die durch die Gewährung der Beihilfe hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung ausgleichen[38]. Sie solle den Begünstigten dazu veranlassen, durch sein Verhalten zur Verwirklichung eines der in Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages genannten Ziele beizutragen. Nach Auffassung der Kommission läuft die Genehmigung einer Beihilfe, ohne diese Gegenleistung zu fordern, darauf hinaus, Wettbewerbsverzerrungen hinzunehmen, ohne dass dies durch das Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt wäre[39].

38. Der Gerichtshof hat den Ansatz der Kommission im Urteil Philip Morris/Kommission ausdrücklich gebilligt[40]. Der Gerichtshof führte aus, dass die Kommission, um eine Beihilfe nach Artikel 92 Absatz 3 des Vertrages genehmigen zu können, den Nachweis verlangen könne, dass die Beihilfe erforderlich sei, um die begünstigten

36 — Vgl. Evans, A., *European Community Law of State Aid*, Clarendon Press, Oxford, 1997 (S. 107 und 108).

37 — Vgl. *Erster Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1972 (Nr. 132); Entscheidung 79/743/EWG der Kommission vom 27. Juli 1979 über eine von der niederländischen Regierung geplante Beihilfe für die Erweiterung der Produktionskapazitäten eines Zigarettenherstellers (ABl. L 217, S. 17) und *Zehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1980 (Nr. 213).

38 — Keppenne, J.-P., angeführt oben in Fußnote 15 (Nr. 495).

39 — Vgl. u. a. Entscheidungen 88/318/EWG der Kommission vom 2. März 1988 zu dem Gesetz Nr. 64 vom 1. März 1986 betreffend eine Beihilfe zugunsten des Mezzogiorno (ABl. L 143, S. 37, Nr. IV.2), 93/133/EWG vom 4. November 1992 betreffend die von der spanischen Regierung dem Unternehmen Merco (land- und ernährungswirtschaftlicher Sektor) gewährten Beihilfen (ABl. 1993, L 55, S. 54, Nr. VIII) und 93/155/EWG vom 20. Januar 1993 über eine Beihilfemaßnahme Deutschlands (Rheinland-Pfalz) für die Destillation von Wein (ABl. L 61, S. 55, Nr. IV).

40 — Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79 (Slg. 1980, 2671, Randnrn. 16 und 17).

Unternehmen dazu zu veranlassen, durch ihr Verhalten zur Verwirklichung eines der dort genannten Ziele beizutragen.

39. Die Kommission prüft daher in ihrer Praxis, ob der Empfänger der Beihilfe eine Gegenleistung erbringt, durch die sich die Gewährung der Beihilfe rechtfertigen lässt[41]. Diese Gegenleistung kann verschiedene Formen annehmen[42].

40. In bestimmten Fällen ist die geförderte Tätigkeit offenbar ohne weiteres eine ausreichende Gegenleistung, da sie sich in den Rahmen eines Zieles der Gemeinschaft einfügt. Die Gegenleistung erscheint dann in Gestalt einer Investition, wie etwa Bau einer Fabrik, eines Forschungsprogramms oder einer Ausbildungsmaßnahme. In anderen Fällen stellt die Gegenleistung eine Voraussetzung für die Genehmigung der Beihilfe dar und nimmt eine andere Gestalt an wie etwa ein Abbau von Produktionskapazitäten, der zur Lösung eines auf Gemeinschaftsebene bestehenden Problems von Überkapazitäten beiträgt. Jedenfalls verlangt die Kommission einen unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang zwischen den Beihilfen und den als Gegenleistung dienenden Vorgängen[43]. Sie verlangt zudem, dass die vom Begünstigten erbrachten Gegenleistungen in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang der gezahlten Beihilfen stehen[44].

41. Demnach muss jede Beihilfe, um nach Artikel 92 Absatz 3 des Vertrages genehmigt werden zu können, eine Gegenleistung zu Lasten des Begünstigten umfassen, so dass diesem netto praktisch keinerlei Vorteil entsteht.

42. Entgegen dem Vorbringen der Verfahrensbeteiligten hat das Vorliegen dieser Gegenleistung aber keinerlei Auswirkung auf die Auslegung des Begriffes der Beihilfe.

43. Im Rahmen von Artikel 92 Absatz 1 entspricht die Beihilfe nicht dem Unterschied zwischen dem Betrag der staatlichen Vergünstigungen und dem Wert der vom Begünstigten eingegangenen Verpflichtungen[45]. Die Beihilfe entspricht allein dem Betrag der staatlichen Vergünstigungen. Die vom Begünstigten erbrachte Gegen-

41 — Vgl. u. a. Entscheidungen der Kommission 81/626/EWG vom 10. Juli 1981 über ein Beihilfevorhaben der belgischen Regierung zugunsten der Investitionen eines belgischen Unternehmens zur Modernisierung der Produktionsanlagen für Butylkautschuk (ABl. L 229, S. 12, Nr. V), 83/468/EWG vom 27. April 1983 nach Artikel 93 Absatz 2 EWG-Vertrag über ein Beihilfevorhaben in der Textil- und Bekleidungsindustrie (Unternehmen Nr. 111) (ABl. L 253, S. 18, Nr. III), 93/154/EWG vom 12. Januar 1993 über ein einzelstaatliches Programm der AIMA betreffend eine von Italien geplante Beihilfe für die private Lagerhaltung von Möhren (ABl. L 61, S. 52, Nr. VI) und 97/611/EG vom 2. April 1997 über Beihilfen für Verkaufsförderungsmaßnahmen zugunsten des Schaffleischsektors (ABl. L 248, S. 20, Nr. VI).

42 — Keppenne, J.-P., angeführt oben in Fußnote 15 (Nr. 495).

43 — Entscheidung 89/43/EWG der Kommission vom 26. Juli 1988 über die von der italienischen Regierung gewährten Beihilfen für das Unternehmen ENI/Lanerossi (ABl. 1989, L 16, S. 52, Nr. VII).

44 — Entscheidung 95/547/EG der Kommission vom 26. Juli 1995 zur bedingten Genehmigung der von Frankreich zugunsten der Bank Crédit Lyonnais gewährten Beihilfe (ABl. L 308, S. 92, Nr. 7.1) und Mitteilung der Kommission nach Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und sonstigen Interessierten betreffend die Beihilfe Frankreichs an den Crédit Lyonnais (ABl. 1996, C 390, S. 7, Nr. 5.3, vorletzter und letzter Absatz).

45 — Vgl. auch Urteil vom 5. Oktober 1999 in der Rechtssache C-251/97 (Frankreich/Kommission, Slg. 1999, I-6639, Randnrn. 17 bis 20 und 38 bis 48).

leistung spielt erst in einer späteren Phase der Prüfung eine Rolle im Rahmen der Beurteilung, ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

44. Ein entsprechendes Verständnis des Begriffes der Beihilfe findet sich in den Vertragsbestimmungen auf dem Gebiet des Landverkehrs. Nach Artikel 77 des Vertrages sind „[m]it diesem Vertrag vereinbar... Beihilfen, die... der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen".

45. Diese Bestimmung zeigt, dass im Bereich der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen die Verfasser des Vertrages ebenfalls eine „Brutto"-Konzeption der Beihilfe zugrunde gelegt haben. Ihrer Auffassung nach sind das Vorliegen und die Höhe der Beihilfe ausschließlich anhand der in das Unternehmen „einfließenden Finanzierung"[46] zu beurteilen. Die vom Begünstigten zugesagte Gegenleistung — d. h. die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes — ist ohne Bedeutung für die Auslegung des Begriffes der Beihilfe. Sie stellt lediglich ein Kriterium dar, das die Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen des Vertrages ermöglicht.

46. Unter Berücksichtigung dessen bin ich der Meinung, dass der Gerichtshof nicht den im Urteil Ferring entwickelten Ausgleichsansatz zugrunde legen kann. Eine solche Lösung würde im Ergebnis die Wirksamkeit sämtlicher Ausnahmebestimmungen des Vertrages im Bereich der staatlichen Beihilfen beseitigen. Sie läuft nämlich darauf hinaus, die Vereinbarkeit der Beihilfe im Rahmen von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages zu prüfen[47].

47. Eine andere Lösung könnte darin bestehen, den Ausgleichsansatz nur auf den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen zu beschränken. Damit ließe man zwei unterschiedliche Begriffe der Beihilfe im Vertrag nebeneinander bestehen. Man ginge davon aus, dass

— im Bereich der Beihilfen im Allgemeinen die Vertragsbestimmungen auf einer „Brutto"-Konzeption der Beihilfe beruhten,

— im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen (außer dem Landverkehr) die Vertragsbestimmungen hingegen auf einer „Netto"-Konzeption der Beihilfe beruhten.

48. Ich denke allerdings, dass eine solche Lösung schwerwiegende Probleme im Hinblick auf die Rechtssicherheit schaffen kann. Bestimmte staatliche Maßnahmen können nämlich gleichzeitig unter zwei

46 — Nach dem Ausdruck von D. Triantafyllou, angeführt oben in Fußnote 33 (S. 32).

47 — Vgl. zu diesem Punkt auch meine Schlussanträge vom 19. März 2002 in der vorliegenden Rechtssache (Slg. 2003, I-7751, Nrn. 76 bis 85).

Begriffe fallen. Dies gilt für von den Mitgliedstaaten gewährte finanzielle Vorteile für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk[48].

49. Zum einen dienen diese Vergünstigungen der Förderung der Kultur im Sinne von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe d des Vertrages. Gemäß Artikel 92 des Vertrages und nach der „Brutto"-Konzeption der Beihilfe handelt es sich daher um Beihilfen, die bei der Kommission anzumelden sind und die für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können. Zum anderen sollen mit diesen Vergünstigungen auch die Kosten der den Rundfunkanstalten auferlegten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ausgeglichen werden. Nach dem Ausgleichsansatz und der „Netto"-Konzeption der Beihilfe können sie daher nicht als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages qualifiziert werden.

50. Demnach könnte bei Maßnahmen dieser Art keiner der betroffenen Marktteilnehmer mehr wissen, ob die Vorschriften des Vertrages anwendbar sind.

51. Die Mitgliedstaaten könnten nicht mehr feststellen, welche Maßnahmen bei der Kommission anzumelden sind. Auch die Unternehmen wüssten nicht mehr, ob sie auf die Rechtmäßigkeit der staatlichen Finanzierung vertrauen können. Auch die nationalen Gerichte könnten nur schwer erkennen, ob sie die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung von Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages anzuwenden haben. Schließlich könnte die Kommission nicht mit Gewissheit feststellen, ob sie wegen einer staatlichen Finanzierung ein Verfahren einleiten kann.

52. In Anbetracht dieser verschiedenen Gesichtspunkte halte ich daher den Beihilfeansatz für die Prüfung der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen für sehr viel besser geeignet. Wie die Artikel 77 und 92 des Vertrages beruht dieser Beurteilungsansatz auf einer „Brutto"-Konzeption der Beihilfe. Er ermöglicht es somit, die Kohärenz der Vertragsbestimmungen auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen sicherzustellen und die praktische Wirksamkeit der Ausnahmebestimmungen (also der Artikel 77, 90 Absatz 2 und 92 Absätze 2 und 3 des Vertrages) zu bewahren.

C — *Zu den Verfahrenspflichten gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages*

53. Das dritte Argument der Verfahrensbeteiligten betrifft die Verfahrenspflichten gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages.

48 — Die Bedeutung dieses Bereichs wird durch das Protokoll uber den offentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten im Anhang zum Vertrag von Amsterdam zur Anderung des Vertrags uber die Europaische Union, der Vertrage zur Grundung der Europaischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhangender Rechtsakte (ABl. 1997, C 340, S. 109) veranschaulicht.

54. Vor einer Prüfung dieses Arguments ist es nützlich, einige Aspekte des gemeinschaftlichen Verfahrens zur Überprüfung von Beihilfen kurz in Erinnerung zu rufen.

55. Unstreitig verfügt die Kommission über die ausschließliche Zuständigkeit für die Beurteilung der Frage, ob eine staatliche Beihilfe gemäß den Artikeln 92 und 93 des Vertrages mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist[49]. Diese Zuständigkeit ist dadurch gerechtfertigt, dass die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetzt, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind[50]. Sie ist auch dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei den Beihilfen sowohl für die betroffenen Marktteilnehmer als auch für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes um eine empfindliche Materie handelt. Die Verfasser des Vertrages wollten daher nicht die Mitgliedstaaten mit der Prüfung betrauen, ob eine Beihilfe Risiken für den Gemeinsamen Markt birgt. Sie haben diese Beurteilung dem Gemeinschaftsorgan anvertraut, das mit der Vertretung des Gemeinschaftsinteresses beauftragt ist[51].

56. Im Urteil Banco Exterior de España[52] hat der Gerichtshof ausdrücklich erklärt, dass die Zuständigkeit der Kommission die staatlichen Beihilfen erfasse, die an Unternehmen gezahlt würden, die mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages betraut seien. Daraus folgt, dass die nationalen Gerichte nicht befugt sind, Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages im Bereich der Beihilfen anzuwenden[53]. Nur die Kommission darf eine Beihilfe nach dieser Bestimmung genehmigen.

57. Nach Artikel Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Vorhaben zur Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen anzumelden (Anmeldepflicht). Ohne die vorherige Genehmigung durch die Kommission dürfen sie diese Vorhaben nicht durchführen (Verpflichtung zur Aussetzung). Nach ständiger Rechtsprechung[54] sichern diese Verfahrenspflichten den Mechanismus zur Kontrolle der Beihilfen, der seinerseits für die Gewährleistung des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes wesentlich ist.

58. Im Urteil vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-332/982[55] hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die Anmelde-

49 — Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76 (Steinike & Weinlig, Slg. 1977, 595, Randnrn. 9 und 10).

50 — Vgl. u. a. Urteile Philip Morris/Kommission, angeführt oben in Fußnote 40 Randnr. 24), Deufil/Kommission, angeführt oben in Fußnote 26 (Randnr. 18), Boussac, angeführt oben in Fußnote 20 (Randnr. 49), Tubemeuse, angeführt oben in Fußnote 18 (Randnr. 56), und vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91 (Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Randnr. 24).

51 — Waelbroeck, M., und Frignani, A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, Éditions de l'université de Bruxelles, Brüssel, 1997, 2. Auflage (Nr. 308).

52 — Angeführt oben in Fußnote 27 (Randnr. 17).

53 — Für die Anwendung dieser Bestimmung in den anderen Bereichen des Vertrages wie dem Wettbewerbsrecht oder dem freien Dienstleistungsverkehr bleiben sie hingegen zuständig (siehe u. a. Urteile vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, 803, Randnrn. 55 bis 57, vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 34, vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 20, und vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92, Almelo u. a., Slg. 1994, I-1477, Randnr. 50).

54 — Vgl. z. B. Urteil vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-143/99 (Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Slg. 2001, I-8365, Randnr. 25).

55 — Frankreich/Kommission (Slg. 2000, I-4833, Randnrn. 27 bis 32).

pflicht und die Verpflichtung zur Aussetzung auf Beihilfen anwendbar seien, die an Unternehmen gezahlt würden, die mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 des Vertrages betraut seien. Demnach handelt es sich bei den Beihilfen, die unter Verstoß gegen diese Verpflichtungen an Erbinger öffentlicher Dienstleistungen gezahlt werden, um „rechtswidrige" Beihilfen.

59. Auf Gemeinschaftsebene bedeutet dies, dass die Kommission dem Staat aufgeben kann, die Zahlung der Beihilfe so lange auszusetzen oder sie einstweilig zurückzufordern, bis die Kommission eine Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt erlassen hat [56]. Auf nationaler Ebene bedeutet dies, dass die Gerichte 1. die Rückforderung der Beihilfe anordnen, 2. die Rechtswidrigkeit der Handlung zur Einführung der Beihilfe sowie die Rechtswidrigkeit der Durchführungsmaßnahmen feststellen und 3. die zuständigen Stellen zum Ersatz des durch die sofortige Zahlung der Beihilfe möglicherweise entstandenen Schadens verurteilen können [57].

60. Im vorliegenden Fall tragen die Verfahrensbeteiligten vor, die Verfahrenspflichten gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages seien geeignet, den Betrieb der öffentlichen Dienstleistungen in den Mitgliedstaaten lahmzulegen. Sie heben hervor, dass das Verfahren zur Überprüfung der Beihilfen relativ langwierig sei und dass es für bestimmte Arten von öffentlichen Dienstleistungen schwierig, ja sogar unmöglich sei, die Genehmigung durch die Kommission abzuwarten. Die Verfahrensbeteiligten weisen ferner darauf hin, dass die Verfahrenspflichten wegen der Zahl der betroffenen Maßnahmen das Vorgehen der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen zum Erliegen bringen könnten.

61. Bekanntlich hatte der Gerichtshof in dem erwähnten Urteil vom 22. Juni 2000 (Frankreich/Kommission) bereits Gelegenheit, Argumente dieser Art zu prüfen. In dieser Rechtssache vertrat die französische Regierung die Ansicht, dass die Verpflichtung zur Aussetzung die Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen ernstlich gefährden könne [58]. Der Gerichtshof verwarf dieses Argument ausdrücklich und wies darauf hin, dass die Verfahrenspflichten den Mechanismus zur Kontrolle der Beihilfen im Gemeinschaftsrecht sicherten [59].

62. Ich halte jedenfalls die von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Befürchtungen für unbegründet. Meiner Meinung nach können die Verfahrenspflichten aus mehreren Gründen den Betrieb der öffentlichen Dienstleistungen nicht beeinträchtigen.

63. Erstens gelten die Verfahrenspflichten nicht für alle staatlichen Maßnahmen. Sie gelten nur für Maßnahmen, die die in

56 — Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1).

57 — Für eine eingehendere Beschreibung dieser Konsequenzen vgl. meine Schlussanträge in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache C-197/99 P (Belgien/Kommission, Nr. 74 und die dort zitierte Rechtsprechung).

58 — Randnrn. 27 bis 30.

59 — A. a. O. (Randnrn. 31 und 32). Vgl. auch die von Generalanwalt La Pergola in dieser Rechtssache dargelegten Gründe (Nrn. 22 bis 24 seiner Schlussanträge).

Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages aufgestellten Kriterien erfüllen. In der Praxis heißt das, dass in bestimmten Kernbereichen bei der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen die Verfahrenspflichten, nicht zu beachten sind. Es geht u. a. um folgende Maßnahmen [60]:

— die Maßnahmen zur Finanzierung von Tätigkeiten ohne wirtschaftlichen Charakter [61]: dies sind die Tätigkeiten, die zum Bereich der hoheitlichen Befugnisse des Staates (wie Sicherheit, Justiz, auswärtige Beziehungen usw.) [62], zu den Systemen der obligatorischen sozialen Sicherung [63], zum Bereich der obligatorischen Ausbildung [64] und zu den übrigen, zu den Kernaufgaben des Staates zählenden Bereichen gehören;

— die Maßnahmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen können: das ist der Fall bei der Finanzierung bestimmter lokaler oder regionaler öffentlicher Dienstleistungen (wie Schwimmbäder, Freizeiteinrichtungen, Kinderbetreuungseinrichtungen, Kulturzentren oder Krankenhäuser) [65]. Das ist auch der Fall, wenn die Höhe der Beihilfe den von der Kommission in ihrer Verordnung über „De-minimis"-Beihilfen festgelegten Schwellenwert von 100 000 Euro nicht übersteigt [66].

64. Zweitens hat die Kommission bei den unter Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages fallenden Maßnahmen bestimmte Fristen zu beachten.

65. So ist sie verpflichtet, eine Vorprüfung der Beihilfe innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Anmeldung durchzuführen [67]. Diese Frist ist verbindlich festgelegt und kann von der Kommission nicht einseitig verlängert werden [68]. Wurde bis zum Ablauf dieser Frist keine Entscheidung getroffen, darf der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe durchführen, sofern er dies der Kommission zuvor anzeigt [69]. In diesem

60 — Vgl. zu diesem Punkt auch Alexis, A., angeführt oben in Fußnote 6 (Punkt A).

61 — Bekanntlich fallen die staatlichen Maßnahmen nur unter das Verbot nach Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages, wenn sie bestimmte Unternehmen oder bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten begünstigen.

62 — Urteile vom 19. Januar 1994 in der Rechtssache C-364/92 (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43, Randnr. 30) und vom 18. März 1997 in der Rechtssache C-343/95 (Diego Calì & Figli, Slg. 1997, I-1547, Randnrn. 22 und 23).

63 — Urteile vom 17. Februar 1993 in den Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, Randnr. 18) und vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-218/00 (Cisal, Slg. 2002, I-691, Randnr. 46).

64 — Entscheidung 2001/C 333/03 der Kommission vom 25. April 2001 über die Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 87 und 88 EG (Staatliche Subventionen für professionelle Sportklubs) (ABl. C 333, S. 6). Der Wortlaut dieser Entscheidung ist unter der Adresse http://europa.eu.int/comm/secretariatgeneral/sgb/stateaids/industrie/n118-00.pdf im Internet verfügbar.

65 — Vgl. Pressemitteilung IP/00/1509 der Kommission vom 21. Dezember 2000.

66 — Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis"-Beihilfen (ABl. L 10, S. 30). Gemäß ihrem Artikel 1 Buchstabe a gilt diese Verordnung allerdings nicht im Verkehrssektor.

67 — Vgl. Urteil vom 11. Dezember 1973 in der Rechtssache 120/73 (Lorenz, Slg. 1973, 1471, Randnr. 4) und Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung Nr. 659/1999.

68 — Urteil vom 15. Februar 2001 in der Rechtssache C-99/98 (Österreich/Kommission, Slg. 2001, I-1101, Randnrn. 73 bis 76).

69 — Urteil Lorenz, angeführt oben in Fußnote 67 (Randnr. 4) und Artikel 4 Absatz 6 der Verordnung Nr. 659/1999.

Fall gilt die Beihilfe als genehmigt [70]. Sie fällt unter die Regelung für bestehende Beihilfen [71] und kann daher so lange weiter gezahlt werden, wie die Kommission nicht ihre Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt hat [72].

66. Die Verfahrensbeteiligten sind offenbar der Ansicht, dass selbst eine Frist von zwei Monaten für bestimmte Arten öffentlicher Dienstleistungen zu lang sein könnte. Angenommen, dies könnte der Fall sein [73], ermöglichen es bestimmte Mechanismen, diesen außergewöhnlichen Situationen Rechnung zu tragen.

67. In Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) wird nämlich eine Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten begründet [74]. Nach dieser Bestimmung könnten sich die Behörden des Mitgliedstaats und die Kommission daher veranlasst sehen, eine Angelegenheit von besonderer Dringlichkeit vorrangig zu behandeln oder jede andere geeignete Lösung zu wählen.

68. Drittens haben die Mitgliedstaaten nach Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages die Möglichkeit, Beihilferegelungen bei der Kommission anzumelden. Bei den Beihilferegelungen handelt es sich um nationale Bestimmungen, die es ermöglichen, Unternehmen, die in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen zu gewähren [75].

69. Dieser Mechanismus hat den Vorteil, dass die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der allgemeinen Merkmale der Regelung eine einzige Genehmigung duch die Kommission erhalten. Die Mitgliedstaaten brauchen somit später nicht jeden einzelnen Anwendungsfall der Regelung anzumelden. In ihrem Bericht für den Europäischen Rat von Laeken [76] hat die Kommission ausdrücklich anerkannt, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, „Systeme für Ausgleichsleistungen" im Bereich der Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen anzumelden.

70. Viertens kann der Rat gemäß Artikel 94 EG-Vertrag (jetzt Artikel 89 EG) Gruppenfreistellungsverordnungen im Bereich der staatlichen Beihilfen erlassen. Der Rat kann auch die Kommission zum Erlass derartiger Verordnungen ermächtigen [77].

70 — Artikel 4 Absatz 6 der Verordnung Nr. 659/1999.

71 — Urteil vom 30. Juni 1992 in der Rechtssache C-312/90 (Spanien/Kommission, Slg. 1992, I-4117, Randnr. 18).

72 — Urteil Banco Exterior de España, angeführt oben in Fußnote 27 (Randnr. 20). Ebenso muss dann, wenn die Kommission das förmliche Prüfverfahren einleitet, ihre abschließende Entscheidung innerhalb von 18 Monaten nach Eröffnung des Prüfverfahrens ergehen. Bei Ablauf dieser Frist kann der Mitgliedstaat verlangen, dass die Kommission ihre Entscheidung auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen erlässt (vgl. Artikel 7 Absätze 6 und 7 der Verordnung Nr. 659/1999).

73 — Richten die Behörden eines Mitgliedstaats in einem bestimmten Sektor eine öffentliche Dienstleistung ein (z. B. die Postverteilung, eine Flugverbindung oder einen Eisenbahnverkehr), sind die für die Organisation dieser Dienstleistung erforderlichen Fristen nämlich offenbar im Allgemeinen mit den Fristen vereinbar, die der Kommission für die Überprüfung einer Beihilfe eingeräumt sind.

74 — Beschluss vom 13. Juli 1990 in der Rechtssache C-2/88 (Zwartveld u. a., Slg. 1990, I-3365, Randnr. 17).

75 — Artikel 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 659/1999.

76 — Angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 26).

77 — Vgl. z. B. Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen (ABl. L 142, S. 1).

71. In den Gruppenfreistellungsverordnungen werden die Voraussetzungen festgelegt, unter denen bestimmte Gruppen von Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen sind. Ihr Hauptvorteil besteht darin, dass die im Einklang mit den Bestimmungen dieser Verordnungen gewährten Beihilfen von der in Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages vorgesehenen Anmeldepflicht ausgenommen sind. Die Mitgliedstaaten können daher ihre Beihilfevorhaben durchführen, ohne eine Einzelgenehmigung durch die Kommission abzuwarten.

72. Hierzu hatte der Europäische Rat von Laeken die Kommission bereits gebeten, für die für öffentliche Dienstleistungen bestimmten Beihilfen einen „Orientierungsrahmen" zu erstellen [78]. Ferner haben die Europäischen Räte von Barcelona [79] und von Sevilla [80] ausdrücklich auf die Möglichkeit für die Kommission hingewiesen, in diesem Bereich eine Gruppenfreistellungsverordnung zu erlassen. Die Kommission antwortete, dass sie mit der Errichtung eines gemeinschaftsrechtlichen Rahmens beginnen, eine Gruppenfreistellungsverordnung aber erlassen werde, soweit dies gerechtfertigt sei [81]. Die Kommission führte aus, sie könne diesen Rahmen im Laufe des Jahres 2002 erstellen [82]. Sie hat ihre Arbeiten allerdings bis zum Erlass des Urteils des Gerichtshofes in der vorliegenden Rechtssache ausgesetzt [83].

73. Entschließt sich der Gerichtshof, in der vorliegenden Rechtssache dem Beihilfeansatz zu folgen, müssten demzufolge die Kommission und der Rat in der Lage sein, innerhalb angemessener Frist eine Gruppenfreistellungsverordnung zu erlassen. In diesem Fall werden die zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gedachten staatlichen Maßnahmen ganz einfach von der Anmeldepflicht ausgenommen sein. Die Mitgliedstaaten werden daher ihre Finanzierungsvorhaben durchführen können, ohne eine Einzelgenehmigung durch die Kommission abzuwarten. Die Situation wird somit derjenigen entsprechen, wie sie seit 1969 im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen im Landverkehr besteht [84].

74. Nach alledem halte ich die von den Verfahrensbeteiligten zum Ausdruck gebrachten Befürchtungen für unbegründet. Meiner Ansicht nach kann der Beihilfeansatz weder den Betrieb der öffentlichen Dienstleistungen in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen noch das Vorgehen der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen zum Erliegen bringen.

78 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 26).

79 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 42).

80 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 54).

81 — Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken — Leistungen der Daseinsvorsorge, angeführt oben in Fußnote 4 (Nrn. 28 und 29).

82 — A. a. O. (Nr. 28).

83 — Bericht der Kommission vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, angeführt oben in Fußnote 4 (Nrn. 10 und 16), und Bericht der Kommission vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 3).

84 — Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. L 156, S. 1) in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 (ABl. L 169, S. 1) geänderten Fassung.

D — *Zum Gegenleistungsansatz*

75. Die zweite Gruppe von Verfahrensbeteiligten schlägt dem Gerichtshof vor, dem von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache GEMO entwickelten Gegenleistungsansatz zu folgen[85].

76. Nach diesem Ansatz würde der Gerichtshof zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden. Die erste Fallgruppe umfasste die Fälle, in denen ein unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den klar definierten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes bestünden. In diesen Fällen stellten die vom Staat an das begünstigte Unternehmen gezahlten Beträge keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages, sondern die Gegenleistung zu den von dem Unternehmen übernommenen Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes dar.

77. Die zweite Fallgruppe würde hingegen die Fälle umfassen, in denen kein unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes bestünden, sowie die Fälle, in denen diese Verpflichtungen nicht klar definiert wären. In diesen Fällen handelte es sich bei den von den staatlichen Stellen gezahlten Beträgen um Beihilfen, die als solche den Verfahrenspflichten nach Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages unterworfen wären.

85 — Angeführt oben in Fußnote 3 (Nrn. 117 bis 129).

78. Meiner Meinung nach bringt dieser Ansatz im Wesentlichen zweierlei Schwierigkeiten mit sich.

79. Erstens lässt sich der Gegenleistungsansatz wohl nur schwer mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen vereinbaren.

80. Der Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass für die Feststellung, ob es sich bei einer staatlichen Maßnahme um eine Beihilfe handelt, nur die Wirkungen der Maßnahme zu berücksichtigen seien[86].

81. Auf die übrigen, die Maßnahme kennzeichnenden Merkmale kommt es in der Phase der Feststellung, ob eine Beihilfe vorliegt, nicht an. Dabei geht es um die Form, in der die Beihilfe gewährt wird[87], die Rechtsnatur der Maßnahme im innerstaatlichen Recht[88], die Frage, ob die Maßnahme im Rahmen einer Beihilferegelung getroffen wird[89], den Anlass für

86 — Vgl. u. a. Urteile vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173/73 (Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, Randnr. 27), Deufil/Kommission, angeführt oben in Fußnote 26 (Randnr. 8), vom 29. Februar 1996 (Belgien/Kommission), angeführt oben in Fußnote 22 (Randnr. 79), vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-241/94 (Frankreich/Kommission, Slg. 1996, I-4551, Randnr. 20) und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-5/01 (Belgien/Kommission, Slg. 2002, I-11991, Randnrn. 45 und 46).

87 — Urteile vom 14. November 1984 in der Rechtssache 323/82 (Intermills/Kommission, Slg. 1984, 3809, Randnr. 31), vom 10. Juli 1986 (Belgien/Kommission), angeführt oben in Fußnote 18 (Randnr. 13), und vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 40/85 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2321, Randnr. 12).

88 — Entscheidung 93/349/EWG der Kommission vom 9. März 1993 betreffend die Gewährung einer Beihilfe durch die Regierung des Vereinigten Königreichs für den Kauf der Rover Group Holdings durch British Aerospace, soweit damit die von der Kommission bedingt genehmigten Höchstgrenzen der Entscheidung 89/58/EWG der Kommission über die Festlegung einer Höchstgrenze für diesen Vorgang und gewisser Voraussetzungen überschritten wurden (ABl. L 143, S. 7, Nr. IX).

89 — Urteil Cityflyer Express/Kommission, angeführt oben in Fußnote 20 (Randnr. 94).

die Maßnahme[90], die Ziele der Maßnahme[91] oder die Absichten der staatlichen Stellen und des begünstigten Unternehmens[92]. Auf diese Merkmale kommt es deshalb nicht an, weil sie keine Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können. In einer späteren Phase der Prüfung können sie bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen des Vertrages hingegen ausschlaggebende Bedeutung gewinnen[93].

82. Der Gegenleistungsansatz läuft aber darauf hinaus, derartige Merkmale in die Definition der Beihilfe selbst einzuführen.

83. Das erste vorgeschlagene Kriterium ist nämlich, ob ein „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang" zwischen den staatlichen Mitteln und den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes besteht. Praktisch wird damit verlangt, dass Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in öffentlichem Auftrag, die nach Durchführung eines Verfahrens über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossen werden, vorliegen[94]. In gleicher Weise ist das zweite vorgeschlagene Kriterium, ob die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes „klar definiert" sind. Praktisch wird damit sichergestellt, dass rechtliche oder vertragliche Bestimmungen vorliegen, in denen die dem Unternehmen obliegenden Verpflichtungen nach Art und Inhalt festgelegt sind[95].

84. Demnach entfernt sich der Gegenleistungsansatz von der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen. Er führt dazu, den Begriff „Beihilfe" nicht mehr ausschließlich anhand der Auswirkungen der Maßnahme, sondern anhand rein form- oder verfahrensbezogener Kriterien zu bestimmen. Auf der konzeptionellen Ebene bedeutet er, dass ein und dieselbe Maßnahme als Beihilfe oder als „Nicht-Beihilfe" qualifiziert werden könnte, je nachdem, ob ein Vertrag (über die Erbringung von Dienstleistungen in öffentlichem Auftrag) oder eine Regelung (zur Festlegung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes) vorliegt, obwohl die Maßnahme die gleichen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

85. Zweitens kann der Gegenleistungsansatz die Rechtssicherheit offenbar nicht in hinreichendem Maße gewährleisten.

86. Das diesem Ansatz zugrunde liegende Hauptkriterium ist nämlich vage und ungenau definiert. Dies ist natürlich gewollt und soll die erforderliche Flexibilität dafür bieten, ein breites Spektrum von Fällen zu

90 — Vgl. die oben in Fußnote 86 angeführten Urteile.

91 — A. a. O.

92 — Entscheidung 92/11/EWG der Kommission vom 31. Juli 1991 über Beihilfen des Derbyshire County Council zugunsten des Kraftfahrzeugherstellers Toyota Motor Corporation (ABl. 1992, L 6, S. 36, Nr. V).

93 — So sind bestimmte Arten von Beihilfen nur dann mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn sie eine besondere Form aufweisen (vgl. beispielsweise Mitteilung 97/C 238/02 der Kommission — Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten [ABl. 1997, C 283, S. 2, Nr. 3.1 erster Gedankenstrich]).

94 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache GEMO, angeführt oben in Fußnote 3 (Nr. 119).

95 — A. a. O. (Nr. 120).

erfassen[96]. Gleichwohl ist es äußerst schwierig, zu erkennen, was die Wendung „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang" abdeckt. Im Übrigen war, abgesehen von dem Fall eines Vertrages über die Erbringung von Dienstleistungen in öffentlichem Auftrag, der nach Durchführung eines Verfahrens über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossen wird, kein Verfahrensbeteiligter in der Lage, auch nur ein konkretes Beispiel für einen derartigen Zusammenhang zwischen einer staatlichen Finanzierung und Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes zu nennen[97].

87. Demnach könnten die Wendung „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang" — und damit der Begriff „staatliche Beihilfe" selbst — Gegenstand sehr unterschiedlicher Auslegungen sein. Diese Auslegungen könnten auch nach Maßgabe der kulturellen (oder gar persönlichen) Konzeptionen der verschiedenen mit der Anwendung der Vorschriften des Vertrages auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen betrauten Einrichtungen variieren.

88. In der Praxis könnten solche Auslegungsunterschiede aber erhebliche Auswirkungen haben.

89. Die Mitgliedstaaten wären nicht mehr in der Lage, genau festzustellen, welche Maßnahmen bei der Kommission anzumelden sind[98]. Auch die Unternehmen wüssten nicht mehr, ob sie auf die Rechtmäßigkeit der staatlichen Finanzierung vertrauen können. Auch die nationalen Gerichte könnten nur schwer erkennen, ob sie die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung von Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages anzuwenden haben. Schließlich könnte die Kommission nicht mehr mit Gewissheit feststellen, ob sie wegen einer staatlichen Finanzierung ein Verfahren einleiten kann.

90. Schließlich könnte die Wendung „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang" nur im Einzelfall definiert werden. Sie müsste notwendigerweise nach und nach vom Gerichtshof in den ihm unterbreiteten Rechtssachen präzisiert werden. Eine solche Lösung ist jedoch weder für die politischen Instanzen der Union noch für den Gerichtshof selbst zufrieden stellend.

91. Eines der von den Europäischen Räten von Nizza[99], von Laeken[100] und von Barcelona[101] zum Ausdruck gebrachten

96 — Vgl. Schlussantrage von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache GEMO, angefuhrt oben in Fußnote 3 (Nr. 129), und Schlussantrage von Generalanwaltin Stix-Hackl in der Rechtssache Emrisorse, angefuhrt oben in Fußnote 5 (Nr. 157).

97 — In Wirklichkeit ist das einzige konkrete und „handhabbare" Kriterium, das im Rahmen des Gegenleistungsansatzes aufgestellt werden konnte, das Vorliegen eines Vertrages uber die Erbringung von Dienstleistungen in offentlichem Auftrag, der nach Durchfuhrung eines Verfahrens uber die Vergabe offentlicher Auftrage geschlossen wird. Die verschiedenen Verfahrensbeteiligten erkennen allerdings uberein stimmend an, dass ein solches Erfordernis unverhaltnismaßig sei (vgl. auch Schlussantrage von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache GEMO, angefuhrt oben in Fußnote 3 [Nr. 129], und von Generalanwaltin Stix-Hackl in der Rechtssache Emrisorse, angefuhrt oben in Fußnote 5 [Nr. 157]). Im Ubrigen gilt die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 uber die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe offentlicher Dienstleistungsauftrage (ABl. L 209, S. 1) nach ihrem gegenwartigen Stand fur Konzessionen zur Wahrnehmung einer offentlichen Aufgabe nicht. Ein solches Erfordernis lasst sich daher kaum im Wege der Rechtsfortbildung im Rahmen der Vertragsbestimmungen auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen aufstellen.

98 — Die Mitgliedstaaten konnten sogar versucht sein, sich auf den Gegenleistungsansatz zu berufen, um das Unterlassen der Anmeldung von Finanzierungsmaßnahmen bei der Kommission zu rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne C. Rizza, angefuhrt oben in Fußnote 6 [S. 11]).

99 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angefuhrt oben in Fußnote 4 (Nr. 47 und Anhang II).

100 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angefuhrt oben in Fußnote 4 (Nr. 26).

101 — Schlussfolgerungen des Vorsitzes, angefuhrt oben in Fußnote 4 (Nr. 42).

Hauptanliegen ist das Bemühen, größere Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Anwendung des Beihilfenrechts auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten. Auch hat die Kommission bekanntlich ihre Arbeiten auf diesem Gebiet bis zum Erlass des Urteils des Gerichtshofes in der vorliegenden Rechtssache ausgesetzt [102]. Es wird daher nicht genügen, eine Lösung zu wählen, die notwendigerweise von der Rechtsprechung von Fall zu Fall definiert werden müsste. Ich halte es für unerlässlich, einen klaren und eindeutigen Standpunkt einzunehmen, um es den Organen zu ermöglichen, die Gemeinschaftspolitik im Bereich der Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen festzulegen, und damit in einem so sensiblen Bereich die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten.

92. Außerdem würde eine Lösung von Fall zu Fall unausweichlich dazu führen, die nationalen Gerichte gegenüber dem Gerichtshof in eine Situation der „Abhängigkeit" zu versetzen. Da die Wendung „unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang" (oder jede andere entsprechende Wendung) nach und nach von der Rechtsprechung präzisiert werden müsste, würden die nationalen Gerichte für die Auslegung des Begriffes „Beihilfe" zwangsläufig auf das Vorabentscheidungsverfahren zurückgreifen. Eine solche Lösung lässt sich aber offenbar nur schwer mit der Zielsetzung des durch Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) eingeführten Verfahrens in Einklang bringen [103]. Jedenfalls könnte sie zu einer unnützen Zunahme der Zahl der an den Gerichtshof gerichteten Vorabentscheidungsersuchen führt.

93. Mit dem Beihilfeansatz lassen sich diese Unannehmlichkeiten vermeiden.

94. Wie wir gesehen haben, wird bei diesem Ansatz davon ausgegangen, dass die finanziellen Vorteile, die die Behörden eines Mitgliedstaats gewähren, um die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auszugleichen, die sie einem Unternehmen auferlegen, Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages darstellen. Da damit ein klarer und eindeutiger Grundsatz aufgestellt wird, ermöglicht es dieser Ansatz allen betroffenen Marktteilnehmern (staatliche Stellen, private Wirtschaftsteilnehmer, nationale Gerichte, Gemeinschaftsorgane), genau festzustellen, welche Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Vorschriften des Vertrages auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen fallen.

95. Im Übrigen können die dem Beihilfeansatz zugrunde liegenden Grundsätze vom Gerichtshof in einem einzigen Urteil aufgestellt werden. Dieser Ansatz kann daher nicht zu einer Zunahme der Zahl der Vorabentscheidungsersuchen vor dem Gerichtshof führen.

96. Demnach ermöglicht es der Beihilfeansatz, größere Rechtssicherheit und Transparenz auf dem Gebiet der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen zu gewährleisten.

102 — Bericht der Kommission vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, angeführt oben in Fußnote 4 (Nrn. 10 und 16), und Bericht der Kommission vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, angeführt oben in Fußnote 4 (Nr. 3).

103 — Vgl. hierzu Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache C-136/00 (Danner, Urteil vom 3. Oktober 2002, Slg. 2002, I-8147, I-8150, Randnr. 38).

III — Ergebnis

97. In Anbetracht aller vorstehenden und der in meinen vorausgegangenen Schlussanträgen dargelegten Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof somit vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

1. Die finanziellen Vorteile, die die Behörden eines Mitgliedstaats zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gewähren, die sie einem Unternehmen auferlegen, stellen staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) dar.

2. Die die in Nummer 1 genannten Vorteile umfassenden Maßnahmen unterliegen der Anmeldepflicht und der Verpflichtung zur Aussetzung nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG).

3. Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) ist dahin auszulegen, dass er auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen keine unmittelbare Wirkungen entfaltet.