

Humbert DRABBE, DG Wettbewerb, Direktor H
Wettbewerbspolitik: Kontrolle staatlicher Beihilfen und Daseinsvorsorge
7. November 2002

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich freue mich sehr über die Möglichkeit, mit Ihnen heute Vormittag über das Thema „staatliche Beihilfen und Daseinsvorsorge“ zu sprechen und unsere jeweiligen Meinungen und Erfahrungen hierzu auszutauschen.

Mir sowie meinen Kollegen und Mitarbeitern in der Kommission ist sehr daran gelegen, einen intensiven Gedankenaustausch mit Vertretern der Mitgliedsstaaten, Regionen, Bundesländer, Kommunen sowie betreffenden Verbände und Unternehmen zu pflegen. Denn Wettbewerbspolitik geht uns alle an. Sie soll vor allem den Interessen der Verbraucher, also uns allen dienen, und verfolgt sicherlich keinen Selbstzweck.

Ich bin Direktor des Direktorats H in der Generaldirektion Wettbewerb und verantwortlich für die Kontrolle sektorspezifischer staatlicher Beihilfen, im einzelnen für Industrieunternehmen, aber auch für Dienstleistungs- und allgemein für öffentliche Unternehmen. Durch meine Tätigkeit konnte ich in den letzten Jahren die Debatte um Fragen der Daseinsvorsorge begleiten, die insbesondere von Frankreich und den deutschen Bundesländern ausging. Dies hat zu einem intensiven Prozess zwischen den europäischen Institutionen und den Mitgliedsstaaten geführt, den geltenden Rechtsrahmen zur Daseinsvorsorge zu verfeinern und mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu erreichen.

Neben dem Beihilferecht ist v.a. auch das Binnenmarktrecht für unser Thema von Interesse, auf das ich am Rande ebenfalls eingehen möchte.

Ich möchte Ihnen zunächst den derzeitigen allgemeinen Rahmen der Diskussionen vorstellen. Danach würde ich gerne die wichtigsten inhaltlichen Elemente zum Thema staatliche Beihilfen und Daseinsvorsorge erläutern und mit Ihnen diskutieren.

Teil 1: Derzeitiger allgemeiner Rahmen der Diskussion um Leistungen der Daseinsvorsorge

Wie Sie sicherlich wissen, haben verschiedene europäische Räte die Kommission aufgefordert, den geltenden Rechtsrahmen zu Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie Leistungen der Daseinsvorsorge gemeinschaftsrechtlich auch genannt werden, zu erläutern und in Zusammenarbeit mit den Mitgliedsstaaten weiter auszugestalten.

In Antwort darauf hat die Kommission 1996 und 2000 Mitteilungen an die Mitgliedsstaaten verfasst. Diese Mitteilungen legen den Rechtsrahmen dar, wie er sich im Lichte der Rechtssprechung der europäischen Gerichte und der Praxis der Kommission darstellt. Darüber hinaus hat die Kommission für bestimmte Sektoren spezifische Mitteilungen verfasst, die die Besonderheiten dieser Sektoren angemessen berücksichtigt. Genannt sei hier als Beispiel die Mitteilung der Kommission zum öffentlichen Rundfunk von 2001.

Gegenwärtig finden zwei voneinander getrennte Prozesse unterschiedlicher Reichweite statt, auch wenn sie sich inhaltlich überschneiden:

1) Weitgehend auf das Beihilferecht beschränkter Prozess:

Der europäische Rat von Laeken vom Dezember 2001 hat der Kommission den Auftrag erteilt, durch den Erlass eines Gemeinschaftsrahmens die noch offenen Fragen bei der Anwendung des Beihilfenrechts zu klären. Ein Gemeinschaftsrahmen ist in etwa Verwaltungsvorschriften im deutschen Recht gleichzusetzen und entfaltet Selbstbindungswirkung für die Kommission bei der Rechtsanwendung. In einem zweiten Schritt sollte, soweit die Erfahrungen mit diesem Gemeinschaftsrahmen es rechtfertigen, geeignetes Sekundärrecht erlassen werden. Bevor diese Arbeiten allerdings beendet werden können, muss jedoch der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung zur beihilferechtlichen Behandlung von Kompensationen für Leistungen der Daseinsvorsorge präzisieren. Zur Zeit ist unklar, ob der Gerichtshof in bloßen Ausgleichszahlungen eine Beihilfe sieht oder nicht. Unsicherheit ist entstanden durch das Urteil in der Rechtssache. Die entscheidenden Urteile in den Rechtssachen Altmark und Gemo, die durch das große Plenum des Europäischen Gerichtshofs ergehen werden, werden für Anfang nächsten Jahres erwartet. Diese Streitfrage hat zwar nur verfahrensmäßige Auswirkungen: Ist eine vorherige Notifizierung der Maßnahme an die Kommission nötig oder nicht? Dennoch ist sie wegweisend für das weitere Vorgehen der Kommission und die Frage, welche Art von Sekundärrecht angezeigt ist. Die Arbeiten binden die Mitgliedsstaaten eng mit ein: So

finden noch im Dezember diesen Jahres Beratungen mit den Experten der Mitgliedsstaaten über die relevanten Punkte statt. Diese Punkte sind weitgehend eine recht konkrete Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, wie es sich im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs darstellt. Ziel ist es, mit den Mitgliedsstaaten zu einem gemeinsamen Verständnis zu gelangen und eine angemessene Lösung für noch offene Fragen zu finden. Über diese Punkte möchte ich gleich mit Ihnen sprechen.

2) Globalansatz mit dem Ziel, sämtliche Fragen der Daseinsvorsorge über das Beihilfenrecht hinaus zu beantworten:

Der europäische Rat von Barcelona hat die Kommission zudem beauftragt, Überlegungen anzustellen, wie in einem einzigen Rechtsdokument, einer Rahmenrichtlinie, alle Fragen zur Daseinsvorsorge beantwortet werden könnten. Hierin geregelt werden könnten insbesondere der Inhalt der Leistungen, die Gemeinwohlverpflichtungen, die Auswahl der Leistungserbringer, die Finanzierung der Leistungen und die Evaluierung der Leistungen. Die Kommission ist gerade dabei, ein sogenanntes Grünbuch zu erstellen, in dem diese Fragen aufgeworfen und einer breiten Öffentlichkeit zur Debatte gestellt werden. Die Veröffentlichung dieses Grünbuchs ist für den Winter zu erwarten. Die Ergebnisse dieser Konsultation werden entscheiden, ob ein solches umfassendes Rechtsdokument einer Rahmenrichtlinie dann tatsächlich erstellt wird.

Vorteil dieses Globalansatzes wäre ohne Zweifel, dass in einem einzigen Rechtsakt alle grundsätzlichen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusammenhängende Fragen geregelt werden, was allerdings nicht ausschließt, dass sich in einzelnen Sektoren zusätzliche Detailregelungen als erforderlich erweisen können. Der entscheidende Punkt dürfte allerdings sein, dass mit diesem Globalansatz die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unionspolitisch aufgewertet werden, was sich vor allem in der Regelung der Gemeinwohlverpflichtungen und dem Evaluierungsprozess manifestieren würde. Ob dies beim gegenwärtigen Stand der politischen Diskussion aber gerade von den Mitgliedsstaaten tatsächlich gewollt ist, bleibt abzuwarten.

Teil 2: Die wichtigsten inhaltlichen Elemente zum Thema staatliche Beihilfen und Daseinsvorsorge

Zunächst möchte ich einige Vorbemerkungen zum Kontext machen:

Wie Sie wissen, haben sich die Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaften für die Errichtung eines gemeinsamen Markts mit freiem Wettbewerb entschieden. Dies ist eine Grundaussage, die von der breiten Mehrheit der europäischen Bürger nicht in Frage gestellt wird. Unsere Volkswirtschaften haben enorm davon profitiert. Der Kommission obliegt dabei die Aufgabe, über die Grundfreiheiten und die Schaffung bzw. Erhaltung des freien Wettbewerbs zu wachen.

Auf der anderen Seite haben die Mitgliedsstaaten weitreichende Zuständigkeiten für die Gestaltung ihrer Wirtschaftspolitik behalten. Dies ist auch gut so. Dass hierbei gelegentlich Spannungen zwischen Mitgliedsstaaten und Kommission in der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Kompetenzen auftreten können, ist geradezu systemimmanent. Dies ist oft auch nützlich, um Verkrustungen auf beiden Seiten zu überwinden.

Zum Ausgleich möglicher Spannungen haben die Gründungsväter im wesentlichen drei Regelungen im EG-Vertrag vorgesehen:

(1) Art. 295: Die Eigentumsverhältnisse in den Mitgliedsstaaten bleiben unberührt. Daraus folgt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen.

(2) Art. 86(1): Öffentliche Unternehmen müssen in gleicher Weise wie private Unternehmen die Regelungen des Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, beachten.

(3) Art. 86(2): Sofern die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand an die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags gekoppelt ist und als eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ angesehen werden kann, sieht Art. 86 Abs. 2 EG eine Freistellung von den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages vor. Voraussetzung ist aber, dass die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde und der Handelsverkehr nicht in einer Weise beeinträchtigt wird, die dem Gemeinschaftsinteresse zuwider läuft.

Durch den Vertrag von Amsterdam kam mit Art. 16 EG-Vertrag eine weitere Regelung hinzu, die die besondere Bedeutung von Leistungen der Daseinsvorsorge für das europäische Gesellschaftsmodell unterstreicht und somit gemeinschaftsrechtlich aufwertet. Auf der anderen Seite bleiben durch Verweis auf

die bestehenden Vorschriften die bisherigen Zuständigkeiten und Prinzipien unberührt.

Eine Lösung des systemimmanenten Spannungsverhältnisses muss in jedem Einzelfall gesucht werden. Die inzwischen umfangreiche Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof gibt aber schon recht detaillierte Vorgaben, die durch die vorhin beschriebenen Prozesse weiter verfeinert werden sollen.

Folgende Grundaussagen möchte ich meinen weiteren Ausführungen schon an dieser Stelle voranstellen:

(1) Das Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht sind von vornherein nicht anwendbar bei rein innerstaatlichen Sachverhalten, wenn sich also die Wirkungen einer Maßnahme auf das Territorium eines Mitgliedsstaats beschränken.

(2) Das Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht finden ebenfalls keine Anwendung auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten. Diese sind gegeben, wenn die hoheitliche Funktion der öffentlichen Hand betroffen ist, z.B. die innere und äußere Sicherheit sowie Justiz. Diese sind auch gegeben bei grundlegenden sozialen Leistungen, bei denen der Solidaritätsgedanke im Vordergrund steht, sowie beim staatlichen Erziehungssystem.

(3) Auch dann, wenn Leistungen der Daseinsvorsorge als wirtschaftliche und nicht rein innerstaatliche Tätigkeiten zu werten sind, stellt die Kommission nicht die Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge als solche in Frage. Die Kommission wendet sich nur gegen bestimmte Formen der Erbringung, die in den Wettbewerb unverhältnismäßig stark eingreifen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn normale wettbewerbliche Leistungen durch Quersubventionierung begünstigt werden und dadurch der Wettbewerb verzerrt wird.

Die ersten beiden Kriterien – nicht-wirtschaftliche Tätigkeit und rein innerstaatlicher Sachverhalt – sind im Einzelfall nicht immer eindeutig zu beantworten. Dies liegt vor allem an der evolutiven Natur des Begriffs der Wirtschaftlichkeit und der weiten Auslegung des Begriffs der grenzüberschreitenden Wirkung durch den Gerichtshof. Allerdings können diese Punkte in der Praxis in der Regel offen bleiben, wenn sichergestellt wird, dass durch die Subventionierung von Leistungen der Daseinsvorsorge jegliche Gefahr einer Quersubventionierung von normalen

wettbewerblichen Leistungen ausgeschlossen ist. Und für dieses Kriterium gibt es schon jetzt recht genaue Orientierungspunkte für die Gestaltung in der Praxis.

Ich möchte nun die wichtigsten Themenkreise herausgreifen, um Ihnen ein möglichst genaues Bild vom gegenwärtigen Stand der Diskussionen zu vermitteln:

Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit Leistungen der Daseinsvorsorge sind:

- der Begriff der Beihilfe nach Art. 87(1) EG-Vertrag,
- die Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge,
- die Beauftragung von Unternehmen mit Leistungen der Daseinsvorsorge,
- die Auswahl solcher Unternehmen,
- die Behandlung von Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge,
- die Frage der Notifizierungspflicht für solche Ausgleichszahlungen,
- die Behandlung von Überkompensationen,
- die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und mit Leistungen der Daseinsvorsorge beauftragten Unternehmen,
- die Frage der Behandlung von Infrastrukturen.

Zunächst zum Begriff der Beihilfe nach Art. 87(1) EG-Vertrag:

Eine Maßnahme der öffentlichen Hand ist nur dann am europäischen Beihilfenrecht zu messen, wenn der Begriff der Beihilfe nach Art. 87(1) EG-Vertrag erfüllt ist. Hierzu ist erforderlich:

1. Einsatz öffentlicher Mittel gleich welcher Form;
2. hierdurch muss es zu einer Begünstigung eines bestimmten Unternehmens kommen. Es muss also eine selektive Wirkung vorhanden sein. Es darf sich also nicht um eine sogenannte allgemeine Maßnahme handeln, wie etwa die Senkung des allgemeinen Körperschaftsteuersatzes für alle Unternehmen. Unternehmen ist jede Einheit, die wirtschaftliche Tätigkeiten vollbringt, also Tätigkeiten, die sich grundsätzlich eignen, am Markt erbracht zu werden. Wie vorhin schon angemerkt, ist der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ein evolutiver Begriff, der dem Rechnung trägt, dass mehr und mehr Tätigkeiten durch den Markt verrichtet werden können.
3. der Wettbewerb muss hierdurch zumindest potenziell verfälscht werden;

4. und der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten muss hierdurch beeinträchtigt werden. Wie vorhin schon angemerkt, werden hieran vom Gerichtshof nur geringe Anforderungen gestellt.

Nach der de-minimis-Verordnung wird der Wettbewerb nicht handelsbeeinträchtigend verfälscht, wenn ein Unternehmen nicht mehr als 100.000.- Euro binnen 3 Jahren erhält.

Es gibt zwar manche Bemühungen, diesen weiten Beihilfebegriff und einige seiner Tatbestandsmerkmale systematisch etwas einzuengen. Ich gebe Ihnen aber gerne zu, dass in sehr vielen klassischen Bereichen der Daseinsvorsorge staatliche Mittelzuführungen den Tatbestand der Beihilfe erfüllen und daher zumindest potenziell unter die Kontrolle der Kommission fallen. Und das mit steigender Tendenz.

Ich möchte daher sämtliche Feinheiten überspringen und gleich zum Kern übergehen, wie nämlich Leistungen der Daseinsvorsorge in Übereinstimmung mit dem Beihilfenrecht erbracht werden können, auch wenn der Tatbestand der Beihilfe an sich erfüllt ist:

Dies kann erfolgen, indem der Mitgliedsstaat oder eine seiner Untergliederungen die folgenden Voraussetzungen beachtet:

1. Klare Definition von Leistungen der Daseinsvorsorge (= Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse): Bei dieser Definition der Leistungen, die im allgemeinen Interesse liegen, ist der Mitgliedsstaat weitgehend frei. Die Kommission übt nur eine Missbrauchskontrolle dahin gehend aus, dass es sich nicht um eine ganz normale, am Markt übliche Leistung handelt, an deren Erbringung kein spezifisches Interesse der Allgemeinheit erkennbar besteht.
2. Beauftragung eines genau bezeichneten Unternehmens: Der Beauftragungsakt darf keinen Zweifel lassen, welches Unternehmen welche Leistungen zu erbringen hat. Dies ist notwendig, um die durch die Beauftragung verursachten Sonderkosten zu berechnen, die ausgeglichen werden können. Informationen sollten zudem enthalten sein über das Gebiet, die Modalitäten der Preisfestsetzung, das Wesen eventuell übertragener ausschließlicher Rechte, die Ausgleichszahlungen und die Dauer der Beauftragung. Der Übertragungsakt sollte zudem öffentlich zugänglich sein.

3. Die Ausgleichszahlungen gehen nicht über das hinaus, was unbedingt für die Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge erforderlich ist. Dabei darf der Handel nicht in einem Maße beeinträchtigt werden, dass dies dem Gemeinschaftsinteresse entgegenstünde. Dieses Kriterium stellt eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar.

Die Kommission verlangt also nur, was eigentlich im ureigensten Interesse des Mitgliedsstaats selbst liegt: Für Leistungen der Daseinsvorsorge darf nicht mehr gezahlt werden, als diese kosten. Allerdings nimmt die Kommission keine Effizienzkontrolle vor, das heißt, sie schreitet nicht ein, wenn der Erbringer überhöhte Kosten hat. Denn es geht der Kommission nur darum, zu verhindern, dass überschüssige Mittel in den normalen Wettbewerbsbereich fließen und dort zu Verzerrungen führen. Es liegt aber im Interesse des Mitgliedsstaats und der Steuerzahler, einen effizienten Erbringer auszuwählen, um die Zahlungen möglichst gering zu halten. Wie Sie sehen, fallen die Interessen der Steuerzahler, des Mitgliedsstaats und der Kommission ganz weitgehend zusammen, was auf den ersten Blick angesichts mancher Auseinandersetzungen überraschen mag.

Diese Auseinandersetzungen erklären sich weitgehend daraus, dass die Kommission u.U. bestehende Strukturen angreift, die ihrer Ansicht nach die genannten Voraussetzungen nicht erfüllen. Und wie Sie aus Ihrer eigenen Erfahrung wissen, ist es nicht immer einfach und erzeugt es Widerstand, wenn bestehende Strukturen geändert werden sollen, auch wenn das auf längere Sicht für alle besser ist.

Nun zum Sonderproblem der Auswahl von Unternehmen, die mit Leistungen der Daseinsvorsorge zu beauftragen sind:

Dem Beihilferecht geht es nur darum, dass das ausgewählte Unternehmen keine Überkompensation seiner Sonderkosten erhält. Eine öffentliche Ausschreibung, die den Kriterien eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens genügt, ist der beste Weg hierzu, wird aber vom Beihilferecht selbst nicht vorgeschrieben.

Nun gibt es aber noch das Binnenmarktrecht, das hier mit reinspielt: Diesem geht es um die Marktöffnung, das heißt die Marktzutrittschancen von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten. Gerade Deutschland hat ein lebhaftes Interesse daran, dass

die Märkte der anderen Mitgliedsstaaten seinen eigenen Unternehmen offen stehen, und es hat davon enorm profitiert.

Für einige Sektoren, wie z.B. Bauaufträge, bestimmte Dienstleistungen oder Beschaffung bestimmter Güter, gelten die Binnenmarktrichtlinien über das öffentliche Beschaffungswesen, die eine öffentliche Ausschreibung mit einem bestimmten Verfahren vorschreiben.

Gelten diese spezifischen Binnenmarktrichtlinien nicht, hat der Gerichtshof dennoch aus den Grundfreiheiten des EG-Vertrags die Pflicht abgeleitet, für die Auswahl von Leistungserbringern ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchzuführen. Es obliegt im wesentlichen dem Mitgliedsstaat, für den Einzelfall ein angemessenes Maß der Offenheit und Transparenz zu finden. Das richtige Maß hängt weitgehend von der Art und Größe des Markts ab. Nur in Ausnahmefällen wird man jedoch die Direktvergabe ohne jegliche Offenheit rechtfertigen können.

Nun zur Behandlung von Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge sowie zur Frage der Notifizierungspflicht für solche Ausgleichszahlungen:

Staatliche Beihilfen müssen grundsätzlich gemäß Art. 88(3) EG-Vertrag vorab der Kommission notifiziert werden, damit diese überprüfen kann, ob die Beihilfen als vereinbar mit dem gemeinsamen Markt angesehen werden können. Eine Ausnahme gilt für Beihilfen, für die Freistellungsverordnungen bestehen und die deren Voraussetzungen erfüllen. Beihilfen, bei deren Gewährung gegen die Notifizierungspflicht verstoßen wurde, können von nationalen Gerichten im Wege einer einstweiligen Verfügung zurückgefordert werden.

Hier stehen nun zwei Auffassungen einander gegenüber:

Nach der einen Auffassung sind bloße Ausgleichszahlungen, auch wenn sie von der Sache her zulässig sind, staatliche Beihilfen und daher vor ihrer Gewährung der Kommission zu notifizieren. Diese Auffassung wird vom Gericht erster Instanz vertreten und auch von einem Generalanwalt dem Gerichtshof empfohlen.

Nach der anderen Auffassung sind solche bloßen Ausgleichszahlungen keine staatlichen Beihilfen. Eine Notifizierungspflicht besteht daher nicht. Diese Auffassung wurde von einer Kammer des Gerichtshofs in der Sache Ferring vertreten, steht aber durch das große Plenum des Gerichtshofs in zwei anderen Rechtssachen zur Überprüfung an.

Der Gegensatz der beiden Auffassungen wurde in der letzten Zeit in der Literatur meiner Ansicht nach übertrieben. Nach beiden Auffassungen sind bloße Ausgleichszahlungen von der Sache her unter den vorhin dargestellten Voraussetzungen zulässig. Überkompensationen sind nach beiden Auffassungen unzulässig. Der verfahrensmäßige Unterschied bestünde ohnehin nur noch für eine Übergangszeit: Sollte der Gerichtshof der ersten Auffassung den Vorzug geben, wird die Kommission zügig mit ihren Arbeiten hin zu einer Freistellungsverordnung fortfahren. Diese würde die Voraussetzungen festsetzen, die eine Notifizierungspflicht für die Zukunft entfallen ließen. Bleibt der Gerichtshof bei der zweiten Auffassung, macht eine Freistellungsverordnung selbst keinen Sinn mehr. Allerdings wird auch in diesem Fall die Kommission in Leitlinien die Kriterien für die Anwendung näher erläutern.

Die Festlegung der Kompensationszahlungen sowie die Behandlung von Überkompensationen

Wie schon angedeutet, sind Überkompensationen der Nettozusatzkosten der Daseinsvorsorge nach allen Auffassungen unzulässig. Sind die Zahlungen bereits geleistet, wird die Kommission die Rückzahlung der zuviel gezahlten Beträge anordnen. Solche Rückforderungsentscheidungen können sich durchaus mitunter auf dreistellige Millionenbeträge belaufen, so etwa geschehen bei den kürzlich ergangenen Entscheidungen zu Crédit Mutuel und zur Deutschen Post AG. Es handelt sich hierbei in keiner Weise um ein Bußgeld, wie es die Kommission etwa bei Verstößen gegen das Kartellverbot oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auferlegen kann. Es handelt sich vielmehr nur um die Abschöpfung des Vorteils, der sich aus Überzahlungen in der Vergangenheit im Unternehmen aufgebaut hat.

Wie kann die öffentliche Hand nun sicherstellen, dass keine Überkompensation erfolgt?:

1. Der „Königsweg“ ist sicherlich auch in dieser Hinsicht die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bietverfahrens. Ein solches wettbewerbliches Bietverfahren stellt für die teilnehmenden Unternehmen in ihrem Bestreben, den Zuschlag zu erhalten, einen Anreiz dar, nur die staatlichen Ausgleichsleistungen zu verlangen, die ihre Sonderkosten aus der Daseinsvorsorge

gerade ausgleichen, natürlich einschließlich einer angemessenen, marktüblichen Gewinnspanne. Nicht aber mehr als diese, und somit wird eine Überkompensation ausgeschlossen. Für die öffentliche Hand ergibt sich zudem der Vorteil, dass das Unternehmen, das den Zuschlag erhält, zugleich das kostengünstigste und damit wirtschaftlichste ist. Das spart Steuergelder, auch wenn letzteres beihilferechtlich nicht von Belang ist. An ein solches Bietverfahren sind selbstverständlich Mindestanforderungen zu stellen, insbesondere müssen die zu erbringenden Leistungen der Daseinsvorsorge, die Auswahlkriterien, die Regeln zur Änderung oder Auflösung des Vertrags, die Vertragsdauer, mögliche Vertragsstrafen sowie gegebenenfalls die Vorschriften zur Gestaltung der Tarife genau aufgeführt sein.

2. Wenn kein offenes Bietverfahren durchgeführt wird – wobei hier offen bleibt, ob dies nach Binnenmarktrecht überhaupt zulässig ist – , muss die Kommission in eine umfangreiche Prüfung einsteigen, um eine mögliche Überkompensation auszuschließen. Dies geschieht in der Regel mit Hilfe von unabhängigen Gutachtern. Als ausgleichsfähige Kosten können alle diejenigen Kosten berücksichtigt werden, die mit der Erbringung der betreffenden Leistung der Daseinsvorsorge zusammenhängen. In Abzug gebracht müssen jedoch Vorteile, die mit dieser Leistung in Zusammenhang stehen. Es erfolgt also eine Nettobetrachtung. Die Überprüfung ist relativ einfach, wenn das betreffende Unternehmen ausschließlich Leistungen der Daseinsvorsorge erbringt. In diesem besteht ja keine Gefahr der Quersubventionierung. Umso schwieriger ist sie jedoch bei sogenannten „gemischt-wirtschaftlichen“ Unternehmen, die heute die Regel darstellen.

Nun näher zur Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und mit Leistungen der Daseinsvorsorge beauftragten Unternehmen:

Das Problem einer möglichen Überkompensation und Quersubventionierung von normalen wettbewerblichen Tätigkeiten stellt sich insbesondere bei sogenannten „gemischten“ Unternehmen. Das sind Unternehmen, die sowohl mit der Leistungen der Daseinsvorsorge betraut sind, als auch ganz normale wettbewerbliche Tätigkeiten vollbringen. Solche Unternehmen sind im Zuge der Liberalisierung von ehemals oft monopolisierten Bereichen der öffentlichen Wirtschaft entstanden. Sie nutzen heute oftmals die Vorteile des freien Marktzugangs in anderen Mitgliedsstaaten als ihrem

Heimatmarkt bzw. dehnen ihre Aktivitäten in normale gewinnwirtschaftliche Bereiche hinein aus. Für Leistungen der Daseinsvorsorge erhalten diese Unternehmen nach wie vor Kompensationszahlungen. Beispiele sind etwa Post, Rundfunk, Elektrizität.

Die Kommission hat in den letzten Jahren eine zunehmende Anzahl von Beschwerden von konkurrierenden Unternehmen erhalten, die vorbringen, dass normale wettbewerbliche Produkte von den „gemischten“ Unternehmen aufgrund von Quersubventionierung zu nicht kostendeckenden Preisen angeboten werden.

Um gegen Quersubventionierungen vorgehen zu können, hat die Kommission im Juli 2000 die sogenannte Transparenzrichtlinie ergänzt. Die früheren Fassungen betrafen ausschließlich die Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen. In ihrer neuen Fassung legt die Transparenzrichtlinie auch solchen „gemischten“ Unternehmen, die im Genuss von besonderen Rechten oder Ausgleichszahlungen stehen, die Pflicht zur getrennten Buchführung auf. Damit bekommt die Kommission ein Werkzeug zur Hand, um Quersubventionierungen aufzudecken. Mit diesem Instrument bekommt aber auch der Mitgliedsstaat und das betreffende Unternehmen die Möglichkeit, die gewährten Vorteile gegen Beschwerden von Wettbewerbern gegebenenfalls zu verteidigen.

Die Transparenzrichtlinie findet gleichermaßen Anwendung auf private und öffentliche „gemischte“ Unternehmen. Sie legt nur eine getrennte Buchführung, nicht jedoch die Schaffung getrennter rechtlicher Einheiten auf.

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit legt die Transparenzrichtlinie die Verpflichtung zur getrennten Buchführung nur Unternehmen ab einer bestimmten Größe auf (ab 40 Millionen Euro Umsatz). Ebenso sind Sektoren ausgenommen, für die schon spezifische Regeln gelten, etwa bei Postdiensten und im Elektrizitätssektor. Ausgenommen sind ferner Unternehmen, denen Kompensationszahlungen im Wege eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens gewährt werden.

Abschließend zum Sonderproblem von Infrastrukturen:

Die Generaldirektion Wettbewerb ist bemüht, im Rahmen der gegenwärtigen Diskussionen zu Leistungen der Daseinsvorsorge auch eine Lösung für die Behandlung von Infrastrukturen zu entwickeln. Infrastrukturen sind Einrichtungen, die der Erbringung von wirtschaftlichen wie auch nicht-wirtschaftlichen Leistungen gleichermaßen zugrunde liegen und gewissermaßen deren Voraussetzung sind.

Beispiele für Infrastrukturen sind z.B. öffentliche Straßen, aber auch öffentliche Gebäude wie Stadien oder Zentren für öffentliche bzw. große Versammlungen. Diese weisen regelmäßig als Merkmal auf, dass die Anfangsinvestition vom Markt nicht rentabel geleistet werden kann. Typischerweise wird sie deshalb gemeinhin als in die Verantwortung der öffentlichen Hand fallend angesehen.

Unter der Voraussetzung, dass die Einrichtung keinem einzelnen Unternehmen einen spezifischen Vorteil vermittelt, sondern der Allgemeinheit in gleicher Weise und zu gleichen Bedingungen offen steht, fällt die Anfangsinvestition für die betreffende Infrastruktur nicht unter das Beihilfenrecht. Dies ist jedenfalls die vorläufige Auffassung meiner Dienststelle.

Soweit Unternehmen Zugang zur Infrastruktur haben, sollten diese allerdings einen angemessenen Kostenbeitrag (z.B. Miete) leisten.

Wenn die Infrastruktur in einer sogenannten Public-Private-Partnership von einem privaten Unternehmen betrieben wird, die Kontrolle aber weiterhin bei der öffentlichen Hand liegt, fällt auch die Vergütung an das private Unternehmen nach unserer vorläufigen Auffassung nicht unter das Beihilfenrecht. Voraussetzung ist allerdings, dass die Vergütung nicht höher ist als für vergleichbare Leistungen am Markt. Erfolgt die Beauftragung des privaten Unternehmen im Rahmen eines ordnungsgemäßen Bietverfahrens, ist von einer marktgemäßen Vergütung auszugehen.

Ich hoffe, ich konnte Ihnen mit diesem Überblick eine Vorstellung davon verschaffen, wo wir heute im Beihilfenrecht bei der Behandlung von Leistungen der Daseinsvorsorge stehen. Ich hoffe außerdem, dass ich Ihnen die vielfältigen Vorteile, die ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies Bietverfahren für alle Beteiligten hat, ans Herz legen konnte. Hiermit werden in der Tat meist alle Probleme auf einmal gelöst.

Ich würde mich über eine Diskussion mit Ihnen freuen. Im übrigen möchte ich Sie darauf hinweisen, dass Sie sich auch innerhalb Deutschlands an der Formulierung der deutschen Positionen beteiligen sollten. Damit meine ich sowohl die Beiträge zum bald erscheinenden Grünbuch, als auch zur im Dezember stattfindenden Diskussion zum Beihilfenrecht mit Experten der Mitgliedsstaaten.

Ich bitte Sie aber, sich immer vor Augen zu halten, dass sich Kommission und Mitgliedsstaaten, Regionen, Bundesländer und Kommunen in keiner Weise feindlich gegenüber stehen. Vielmehr fallen unsere Interessen weitgehend zusammen, und wir sollten partnerschaftlich nach gemeinsamen, für uns alle akzeptablen Lösungen suchen.

Sollten Sie einmal bei konkreten Fällen, mit denen Sie in Berührung kommen, Fragen haben, sind Sie immer herzlich eingeladen, sich mit mir oder meinen Mitarbeitern in Verbindung zu setzen. Wir stellen immer wieder fest, dass viele Probleme sich frühzeitig lösen lassen, so etwa im Rahmen informeller Vorgespräche.

Vielen Dank für Ihr Interesse.