

### 3. Analyse und Bewertung

Mit der Entscheidung in der Rechtssache *SIC/Kommission* schritt das EuG auf dem Weg fort, den es im *FFSA/Kommission*-Urteil eingeschlagen hatte. Das EuG stellte klar, daß Art. 86 Abs. 2 EG „nur den Rechtsfolgen begegnet“<sup>755</sup>, den Tatbestand aber unberührt läßt. Meriten erwarb sich das EuG dadurch, daß es das Problem der mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen innerhalb des Art. 87 Abs. 1 EG beim Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils lokalisierte.

Demgegenüber vertrat die Kommission erneut die Auffassung, daß die Mittelzuweisungen schon tatbestandlich keine Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellten<sup>756</sup>. Die Kommission argumentierte, daß der wirtschaftliche Vorteil nicht den Betrag übersteige, der für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unbedingt erforderlich sei<sup>757</sup>. An der Transparenz des Finanzierungssystems, welches die Äquivalenz der staatlichen Mittel mit den tatsächlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewährleiste, sei nicht zu zweifeln<sup>758</sup>. Nach der *SIC*-Entscheidung wechselte sie jedoch die Taktik. Statt das Kontrollmonopol gemäß Art. 88 Abs. 2 und 3 EG für staatliche Zuwendungen im Dunstkreis der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gänzlich aus der Hand zu geben, behält sie sich seitdem lieber die Option vor, die beihilferechtliche Prüfung derartiger Maßnahmen selbst vorzunehmen. Jedenfalls griff die Kommission in ihrer *Mitteilung betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge* die Position des EuG zu Art. 86 Abs. 2 EG auf. Gleichzeitig brachte sie in Anlehnung an die Privatisierungsfälle das Ausschreibungsverfahren ins Spiel: So sei Verhältnismäßigkeit im Sinne von Artikel 86 Abs. 2 S. 2 EG gegeben, wenn die mitgliedstaatliche Kompensationsmaßnahme konkret nicht über die mit der anvertrauten Gemeinwohlverpflichtung verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht<sup>759</sup>. Dies wiederum sei der Fall, wenn der Ausgleich im Anschluß an ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren festgesetzt werde<sup>760</sup>.

## V. Urteil des EuGH in der Rechtssache *CELF*

### I. Sachverhalt

Die zur Verbreitung der französischen Sprache vom französischen Kultusministeriums gegründete *Coopérative d'exportation du livre français (CELF)* kommt Bestellungen von Buchhandlungen aus der ganzen Welt nach, deren Annahme sonst nicht rentabel wäre, damit der Preis der Werke den Endverbraucher nicht vom Kauf abschreckt. Für diese Tätigkeit erhielt sie jährliche Zuwendungen, welche im Jahr 1991 2,4 Mio. FRF und 1992 2,7 Mio. FRF betragen. Im Jahr 1991 wollte die *Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, ein auf den Export französischer Bücher spezialisiertes Unternehmen, ebenfalls in den Genuß dieser Zuwendungen kommen. Dies wurde ihr vom Kultusministerium im Hinblick auf fehlende

755 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 175, Rdnr. 458.

756 *EuG, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission)*, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 75.

757 *EuG, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission)*, Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 22; 75.

758 *EuG, Rs. T-46/97 (SIC/Kommission)*, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 24.

759 *Kommission*, Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

760 *Kommission*, Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

Verwaltungstransparenz versagt. Obwohl die Forderung nach Verwaltungstransparenz ihrer Natur nach nicht nur für die CELF gilt, war dabei nur diese in der Lage, die Anforderungen der staatlichen Stellen zu erfüllen. Nachdem die Kommission am 30. Juli 1996 die der CELF gewährte Förderung als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG qualifiziert hatte, erhob die Französische Republik Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EG, in der sie vortrug, daß Beihilfen, welche unter Art. 86 Abs. 2 EG fielen, nicht von dem Durchführungsverbot erfaßt würden<sup>761</sup>.

## 2. Position des EuGH

Der EuGH befand, daß die in Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG aufgestellten Verpflichtungen – Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot – nicht voneinander zu trennen seien<sup>762</sup>. Dieser Kontrollmechanismus trage wesentlich zum Funktionieren des Binnenmarktes bei<sup>763</sup>. Ein Mitgliedstaat sei daher auch dann nicht berechtigt, sich über die eindeutigen Bestimmungen des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG hinwegzusetzen, wenn er die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar hält. Folglich wies der EuGH die Klage insgesamt ab<sup>764</sup>.

## 3. Analyse und Bewertung

Das Urteil in der Rechtssache *CELF* dringt im Hinblick auf eine angemessene Einordnung von Art. 86 Abs. 2 EG im gemeinschaftlichen Beihilfenrechtssystem in Richtung auf den eigentlichen Kern des Problems vor. Erstmals thematisierten die Beteiligten offen den *Genehmigungsvorbehalt der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 2 EG*. Zu entscheiden war also, wer das letzte Wort über Legitimität und Vollzug des mitgliedstaatlichen Finanztransfers haben sollte. Allerdings hatte die französische Regierung, wie von der Kommission zu Recht angemerkt<sup>765</sup>, die Diskussionsebene verlagert: Angesichts der Urteile in den Rechtssachen *FFSA/Kommission* und *SIC/Kommission* hatte man es wohl als chancenlos angesehen, die These von einem tatbestandsausschließenden Art. 86 Abs. 2 EG weiterzuverfolgen. Statt dessen verlegte die französische Regierung sich auf den Nebenkriegsschauplatz der „logisch nachgelagerten“<sup>766</sup> Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG die Rechtsfolgen, i.e. Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auszuschließen vermag. Allerdings stellt sich bei der Tatbestandslösung das Folgeproblem des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG erst gar nicht, da aufgrund der Saldierung bereits der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt ist<sup>767</sup>. Die Rechtfertigungslösung hingegen kann schlechthin nicht zu dem Resultat kommen, Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auszuhebeln, da dieser gerade dazu dient, die Einhaltung des für einschlägig befundenen Art. 87 Abs. 1 EG zu garantieren.

Die Diskussion um die Anwendbarkeit von Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG verhinderte, daß es zu einer echten Abwägung zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und präventiver Beihilfenkontrolle kam, in welcher die Bedeutung der beiden Interessen gewürdigt und zueinander in Relation gesetzt werden. Hierzu hatte die französische Regierung nämlich die

---

761 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnrn. 4, 5, 6, 27.

762 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

763 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

764 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 35.

765 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnrn. 17, 18.

766 Vgl. *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477.

767 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477.

Vorlage geliefert, indem sie mit der „besonderen Natur der Dienstleistungen“<sup>768</sup> argumentierte. Das *CELF*-Urteil war in der Literatur wegen fehlender Ausführungen zu Art. 86 Abs. 2 EG als „nicht nachvollziehbar“ kritisiert worden<sup>769</sup>. So habe der EuGH eine Exegese zu dem Umstand vermissen lassen, daß Art. 86 Abs. 2 EG<sup>770</sup> den Status einer unmittelbar anwendbaren Norm besitzt<sup>771</sup>. Vor diesem Hintergrund stelle sich sehr wohl die Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG dazu führen könne, daß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG ausgehebelt werde<sup>772</sup>. In Anbetracht der sich auf Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG beziehenden Vorlagefrage ist das Schweigen des EuGH zu Art. 86 Abs. 2 EG jedoch nicht weiter verwunderlich.

Für eine harte Haltung des EuGH in Sachen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG hatte sich insbesondere GA La Pergola stark gemacht, der ohne vorherige Notifizierung Wettbewerbsverfälschungen heraufdräuen sah. Ein Mitgliedsstaat, der sich bewußt in eine Position der Illegalität begeben, könne keine Ausnahme von allgemeinen Verfahrensregeln für sich in Anspruch nehmen<sup>773</sup>. Selbst für den Fall ordnungsgemäßer Notifizierung sah es der GA als ausgeschlossen an, das Durchführungsverbot während des Prüfungsverfahrens für nicht anwendbar zu erklären, wenn diese Verpflichtung die Erfüllung der Dienstleistungspflicht von allgemeinem Interesse verhindert<sup>774</sup>. Die Präventivkontrolle der Kommission diene dazu, Verzerrungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu verhindern, die realistischerweise rückwirkend nur sehr schwer oder gar nicht zu beseitigen wären<sup>775</sup>.

## VI. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ferring*

Nach dieser sukzessiven Aufbereitung der Frage, wie Art. 86 Abs. 2 EG denn nun am geschicktesten in das gemeinschaftliche Beihilfensystem zu integrieren ist, kam es für den EuGH mit der Rechtssache *Ferring* zum Schwur. Der EuGH betrat mit seinem Urteil in der Rechtssache *Ferring* zwar nicht *terra incognita*, wohl aber *terra non grata*. Tatsächlich hat selten ein beihilfenrechtliches Urteil so viel Feuriogeschrei erzeugt wie der Spruch der Sechsten Kammer des EuGH vom 22. November 2001<sup>776</sup>.

### I. Sachverhalt

In Frankreich werden Arzneimittel entweder über die Großhändler oder die Pharmahersteller vertrieben, die ihre Produkte direkt an die Apotheken verkaufen. Den Großhändlern wurde die Verpflichtung auferlegt, ständig ein Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten, das dem Bedarf eines bestimmten geographischen Gebietes entspricht und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel gewährleistet. Im Gegenzug setzte der Code de la sécurité sociale eine Direktverkaufsabgabe in Höhe von 2,5 % des Umsatzes auf den Großhandelsverkauf von Arzneimitteln durch die Pharmahersteller fest. Diese Abgabe sollte die Wettbewerbsbedingungen

---

768 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 29.

769 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 482.

770 *EuGH*, Rs. 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, 803, Rdnr. 55.

771 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 483.

772 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 483.

773 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 19.

774 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 22.

775 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 22.

776 Vgl. *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3589).