

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).

zwischen den beiden Vertriebswegen für Arzneimittel wieder ins Gleichgewicht bringen. Auch die Direktverkäuferin Ferring wurde der Abgabe unterworfen. Als diese auf Erstattung des entrichteten Betrages klagte, legte das nationale Gericht dem EuGH gemäß Art. 234 EG die Frage vor, ob die Direktverkaufsabgabe als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann. Bejahendenfalls begehrte es zu wissen, ob die Direktverkaufsabgabe durch die Natur und den inneren Aufbau des Systems oder durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt ist<sup>777</sup>.

## 2. Position des EuGH

Die Sechste Kammer des EuGH befand, daß die Direktverkaufsabgabe als solche – ohne Berücksichtigung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen – einen wirtschaftlichen Vorteil<sup>778</sup> und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen könne<sup>779</sup>. Zu einem anderem Ergebnis kam der EuGH jedoch bei der Prüfung unter Berücksichtigung der besonderen Gemeinwohlverpflichtungen. Sich auf die *ADBHU*-Entscheidung berufend<sup>780</sup> fällt der EuGH folgenden Urteilspruch: Soweit die bei den Pharmaherstellern erhobene Direktverkaufsabgabe tatsächlich den Kosten entspricht, die den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten zusätzlich entstanden sind, ist die *Nichterhebung dieser Abgabe* bei den Großhändlern als *Gegenleistung für erbrachte Leistungen* und somit als Maßnahme zu betrachten, die keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellt<sup>781</sup>. Wenn nämlich die gewährte Befreiung tatsächlich den zusätzlichen Kosten äquivalent sei, würden die Großhändler keinen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG genießen, denn die betreffende Maßnahme bewirke nur, daß sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen seien<sup>782</sup>. Im vorliegenden Fall sei es allerdings Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt sei<sup>783</sup>.

Sollte sich erweisen, daß der Vorteil für die Großhändler diejenigen zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen durch die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so könne dieser Vorteil jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden<sup>784</sup>. Art. 86 Abs. 2 EG sei folglich dahingehend auszulegen, daß er eine Vergünstigung für Unternehmen, die mit einer gemeinschaftlichen Aufgabe betraut sind, nicht deckt, soweit diese Vergünstigung die sich aus der gemeinschaftlichen Verpflichtung ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt<sup>785</sup>.

## 3. Analyse und Bewertung

Für die Auslegung des Beihilfentatbestandes, mit welcher der EuGH im *Ferring*-Urteil niederkam, wonach die mitgliedstaatlichen Zuwendungen mit den von den Empfängerunternehmen zu erbringenden Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verrechnet werden, hat

---

777 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 1, 8, 10, 11, 13, 19, 24; GA *Tizzano*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 7, 8, 16.

778 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 20.

779 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 22.

780 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 26.

781 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.

782 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.

783 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 28.

784 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 32.

785 *EuGH*, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 33.

sich noch keine einheitliche Terminologie herausgebildet, es kursieren die Begriffe Aufrechnungslösung<sup>786</sup>, Ausgleichs- bzw. Kompensationsansatz<sup>787</sup>, Tatbestandslösung<sup>788</sup>, Saldierungsmethode<sup>789</sup>, Netto-Konzeption des Beihilfenbegriffs<sup>790</sup> oder Theorie des realen Vorteils<sup>791</sup>. Spiegelbildlich finden sich für die traditionelle Interpretation, wonach die staatlichen Zuwendungen und die dem Empfängerunternehmen auferlegte Gemeinwohlverpflichtungen getrennt voneinander zu geprüft werden, die Begriffe Beihilfenansatz<sup>792</sup>, Rechtfertigungslösung<sup>793</sup>, „Brutto-Konzeption des Beihilfenbegriffes“<sup>794</sup> oder Theorie des ersichtlichen Vorteils<sup>795</sup>.

*De facto* wandte sich der EuGH, indem er im Rahmen der Prüfung des „wirtschaftlichen Vorteils“ die Einzelbetrachtung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen durch eine Gesamtbetrachtung ersetzte, von der betriebswirtschaftlichen Beurteilungsweise ab und einer *volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise* zu. Die Erwägungen, die bis dato unter Art. 86 Abs. 2 EG zu berücksichtigen waren, ragen nun gleichsam in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG hinein. Dogmatisch handelt es sich um eine teleologische Reduktion<sup>796</sup> des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils, der sich für Art. 87 Abs. 1 EG insgesamt tatbestandsausschließend auswirkt.

Der *spiritus rector* des *Ferring*-Urteils war GA Tizzano, der als erster die von den Großhändlern erbrachten Dienste als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einstufte<sup>797</sup> und die Idee der Tatbestandslösung argumentativ zu unterfüttern wußte<sup>798</sup>. Das Echo, das GA Tizzano mit seinen Argumenten auslöste, ist ein weiterer Beweis, daß die Schlußanträge der Generalanwälte wesentlich mehr sind als bloßes Anschauungsmaterial für die nationalen Gerichte<sup>799</sup>. Den Ausschlag gab die Schlüsselpassage, worin GA Tizzano plädierte, Kompensationszahlungen für gemeinwirtschaftliche Pflichten als „Gegenleistung für Dienstleistungen an die Allgemeinheit“ anzusehen seien<sup>800</sup>. Man dürfe die Auferlegung der Verpflichtung und den Ausgleich hierfür nicht getrennt betrachten, weil es sich um zwei Seiten des gleichen staatlichen Eingriffs handle, der als Ganzes dazu bestimmt ist, Interessen der Allgemeinheit zu befriedigen<sup>801</sup>. Eine solche Intervention sei für das betreffende Unternehmen letztlich *wirtschaftlich neutral*, weil diesem weder ein Vorteil noch ein Nachteil entstehe<sup>802</sup>.

---

786 *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (33).

787 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 95.

788 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 148; *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 79; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477; *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259).

789 *Koenig*, EuZW 2001, 741 (747); *Quardt*, EuZW 2002, 424 (427); *Schebstadt*, DVBl. 2004, 737 (739).

790 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31.

791 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31.

792 *GA Jacobs*, Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 94.

793 *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477; *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259).

794 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 34.

795 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 33.

796 *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (33); *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (295).

797 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 66; *Jennert*, ZFK 2002, 266 (266).

798 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 63.

799 Vgl. v. *Danwitz*, EuZW 2002, 237 (243).

800 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59.

801 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 61.

802 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 61.

Die endgültige Entscheidungsfindung des EuGH nicht unmaßgeblich beeinflusst haben dürfte zudem die Darlegung<sup>803</sup>, daß der Kompensationsgedanke bereits eine beachtliche Tradition in der Gemeinschaftsrechtsordnung hat<sup>804</sup>. Insbesondere konnte er nachweisen, daß auch die schärfste Kritikerin der Tatbestandlösung, die Kommission, sich diesen in der Vergangenheit zu eigen gemacht hatte<sup>805</sup>. Auch im positive Gemeinschaftsrecht<sup>806</sup> und in der Rechtsprechung des EuGH war der GA fündig geworden: So hatte der EuGH im *ADBHU*-Urteil entschieden, daß Kompensationszahlungen an Unternehmen, denen die Verpflichtung durch RL 75/439/EWG<sup>807</sup> auferlegt wurde, Altölerzeugnisse zu sammeln bzw. zu beseitigen, keine Beihilfe im Sinne der Art. 87 Abs. 1 EG darstellen, sondern eine „Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen“<sup>808</sup>. Zwar wurde die *ADBHU*-Entscheidung wegen der später folgenden Urteile *Meura*<sup>809</sup> und *Boch*<sup>810</sup> als Einzelerscheinung abgetan<sup>811</sup>. Die *Ferring*-Entscheidung knüpft jedoch an diese Denkrichtung an und präsentiert sich insoweit als natürliche Rechtsentwicklung.

Ebenfalls auf die Schlussvorträge von GA Tizzano<sup>812</sup> geht die Entscheidung des EuGH zurück, die konkrete Prüfung der Leistungs-Gegenleistungs-Äquivalenz den nationalen Gerichte zu überlassen. GA Tizzano hatte weiterhin betont, daß dieser Lösungsansatz auch mitnichten die gemeinschaftliche Beihilfenkontrolle schwächen würde, denn Inhalt und Maßstab der Prüfung (Leistungs-Gegenleistungs-Äquivalenz) blieben identisch<sup>813</sup>. Der die Nettomehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung übersteigende Teil der Beihilfe werde von den nationalen Gerichten für rechtswidrig erklärt, da er nicht mehr durch Art. 86 Abs. 2 EG gedeckt ist<sup>814</sup>. Zudem hatte der GA darauf hingewiesen, daß der Kommission selbstverständlich unbenommen bliebe, ihre Befugnisse nach dem EG-Vertrag auszuüben.

Man mag sich auf den Standpunkt stellen, daß der EuGH in *Ferring* unziemlicher Weise die Zurückhaltung aufgegeben habe, die er bei der Beantwortung sozialpolitisch relevanter Fragen sonst walten läßt<sup>815</sup>. Allerdings ist zweierlei zu berücksichtigen. Erstens war die Phase vor dem Urteil durch eine enorme Rechtsunsicherheit im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gekennzeichnet gewesen, so daß ein Machtwort des EuGH sehnsüchtig erwartet worden war<sup>816</sup>. Zweitens ist zu betonen, daß sowohl die Einzel- als auch die Gesamtbetrachtung bei der Prüfung des „wirtschaftlichen Vorteils“ im Endeffekt Wertentscheidungen sind. In jedem Fall ist dieser Paradigmenwechsel vom Wortlaut der Norm gedeckt.

---

803 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59.

804 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 55.

805 Vgl. *Kommission*, Mitteilung zu den Leitlinien zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. 1994, C 350, S. 5 ff.; *eadem*, Mitteilung zu den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. 1997, C 205, S. 5, Rdnr. 8.

806 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und d VO 2408/92/EWG des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. 1992, L 240, S. 8 ff.

807 RL 75/439/EWG über die Altölbeseitigung des Rates vom 16. Juni 1975, ABl. L 194, S. 23 ff.

808 *EuGH*, Rs. 240/83 (*ADBHU*), Slg. 1985, 531, Rdnr. 18.

809 *EuGH*, Rs. 234/84 (*Kommission/Belgien – Meura*), Slg. 1986, 2263, Rdnr. 14 ff.

810 *EuGH*, Rs. 40/85 (*Kommission/Belgien – Boch*), Slg. 1986, 2321, Rdnr. 13 ff.

811 Vgl. *Magiera*, in: FS-Rauschning, 269 (280 f.).

812 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 54.

813 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 82.

814 GA Tizzano, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 82.

815 *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3590).

816 Vgl. *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (334ff.); *idem*, ZIP 1999, 1787 (1791); *idem*, NJW 2002, 3588 (3590); *Koenig*, EuZW 2001, 741 (744f.); *idem/Kühling*, EuZW 2000, 197; *idem/Sander*, EuR 2000, 743 (756ff.).

Allerdings ist auch bei dieser revolutionären Entscheidung zu konstatieren, daß der EuGH seinen Urteilspruch letztendlich gefällt hat, ohne sich wirklich auf eine Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG einzulassen<sup>817</sup>. Insbesondere ist zu bedauern, daß der EuGH die Gelegenheit nicht genutzt hat, seine Position mit dem herausgehobenen Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu begründen. Auch hätte sich der EuGH durchaus mit den Urteilen des EuG in den Rechtssachen *FFSA* und *SIC* auseinandersetzen können<sup>818</sup>. Dem EuGH wurde zudem der Vorwurf gemacht, er habe die Faktenbasis nicht sorgfältig geklärt, i.e. er habe die Frage vernachlässigt, ob die Großhändler sich aus dem relevanten Markt zurückgezogen hätten, wenn diese die Zuwendung nicht bekommen hätten<sup>819</sup>. Dem ist jedoch zu entgegen, daß GA Tizzano in seinen Schlußanträgen feststellte, daß bereits eine Verdrängung der Großhändler eingesetzt hatte<sup>820</sup>.

Die divergierenden Ergebnisse von EuGH und EuG haben ihren Ursprung in der Rollenverteilung beider Rechtsprechungsorgane. So ist das EuG traditionell mit Pragmatikern besetzt, die sich in erster Linie dem Wettbewerbsprinzip und damit dem Ziel der Realisierung des Binnenmarktes verpflichtet fühlen. Es ist daher nur natürlich, daß das EuG als die das Recht konsolidierende und verfeinernde Instanz der Vorstellung eines Beihilfensystems anhing, das auf starken Kontrollbastionen der Kommission fußt. Dagegen ist der EuGH vom Selbstverständnis her der Hort für die Visionäre und Reformen, denen es um die Integration der Gemeinschaft *in toto* zu tun ist<sup>821</sup>. Er steht als höchstes Gemeinschaftsgericht vor der Herausforderung, der institutionellen Dynamik der Gemeinschaftsrechtsordnung die Richtung zu weisen und Gestalt zu geben. Vor dem Hintergrund dieser Aufgabenteilung zwischen EuG und EuGH müssen auch die besagten beihilfenrechtlichen Entscheidungen bewertet werden. Die Entscheidung des EuG in *FFSA/Kommission* und *SIC/Kommission*, Art. 86 Abs. 2 EG in das beihilfenrechtliche Boot zu holen, ändern nichts am Grundschemata, dem beihilfenrechtlichen Regel-Ausnahmeverhältnis sowie dem Genehmigungsvorbehalt der Kommission. Der das Beihilfenrecht revolutionierende Schritt blieb dem EuGH mit seinem Urteilspruch in der Rechtssache *Ferring* vorbehalten. Die Diskrepanzen zwischen EuG- und EuGH-Urteilen dürfen demgemäß nicht überbewertet werden. Sie liegen in Funktion und Natur der beiden Gemeinschaftsgerichte. Viel schwerer wiegt im Zweifel, wenn sich innerhalb des EuGH zwischen den einzelnen Kammern Diskrepanzen auftun.

Neben zustimmendem Echo<sup>822</sup>, Überraschung<sup>823</sup> und Skepsis<sup>824</sup> erweckte die Rezeption in der Literatur teilweise den Eindruck, als hätten manche Autoren das *Ferring*-Urteil nicht wahrhaben wollen. Trotz der an sich eindeutigen Kurskorrektur wurde der Standpunkt vertreten, der EuGH habe sowohl die Tatbestandslösung als auch die Rechtfertigungslösung für gangbar erklärt<sup>825</sup>. Auch die Kommission, die in ihrer *Mitteilung betreffend Leistungen der*

---

817 *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259).

818 *Alexis*, RDUE 2002, 63 (101); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259).

819 *Nicolaidis*, ECLR 2002, 313 (314).

820 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 9.

821 Vgl. *EuGH*, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*), Slg., 1963, 3; Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1194; Rs. 29/69 (*Stauder*), Slg. 1969, 419; Rs. C-6/90 und C-9/90 (*Francovich und Bonifaci*) Slg. 1991, I-5357, Rdnr. 31.

822 Vgl. *Alexis*, RDUE 2002, 63 (102); *Bartosch*, NVwZ 2002, 174 (175); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (532); *Quardt*, EuZW 2002, 424 (426).

823 *Sinnaeve*, EStAL 2003, 351 (353).

824 *Grespan*, Competition Policy Newsletter 2002, 17 (22); *Rizza*, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (430).

825 *Ruge*, EuZW 2002, 50 (51).

*Daseinsvorsorge in Europa*<sup>826</sup> sowie während des Verfahrens in der Rechtssache *Ferring* vehement gegen die Tatbestandslösung ausgesprochen hatte, reagierte eher verhalten. In ihrer ergänzenden Erklärung gegenüber dem Europäischen Rat in Sevilla<sup>827</sup> signalisierte die Kommission, daß sie gedenke, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung erst einmal abzuwarten. Noch prononcierter kommt die Abneigung gegen die neue Auslegung in ihrem XXXI. Wettbewerbsbericht zum Ausdruck, wo sie zwar konstatiert, daß das gemeinschaftsrechtliche Beihilfensystem den Mitgliedstaaten Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gestattet<sup>828</sup>, ohne aber näher darzutun, ob nun aufgrund der Tatbestands- oder der Rechtfertigungslösung.

## VII. Prolog

Das Verdikt der Sechsten Kammer des EuGH in der Rechtssache *Ferring* setzte eine publizistische und judikative Lawine in Gang. Einmalig in der Geschichte der europäischen Jurisdiktion<sup>829</sup> entzündete sich sogar ein offener Streit zwischen den GAen, die sich über mehrere Verfahren hinweg via Schlußanträge in einem Wechselspiel von Argument, Replik und Duplik einen äußerst heftigen Schlagabtausch lieferten. In den anhängigen Verfahren *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse* überkreuzten sich innerhalb kürzester Zeit die Schlußanträge der GAe und die Urteile des EuGH. Die Chronologie der Ereignisse präsentiert sich wie folgt: Auf die Schlußanträge von GA Léger in der Rechtssache *Altmark*, welcher den EuGH aufforderte, seine Rechtsauffassung zu revidieren<sup>830</sup>, retaliierte GA Jacobs mit seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *GEMO* und brachte den sogenannten Transparenzansatz ins Spiel. Zwischenzeitlich hatte der EuGH per Beschluß vom 18. Juni 2002 das mündliche Verfahren in der Rechtssache *Altmark* wieder eröffnet, um allen Beteiligten Gelegenheit zu geben, zu den Auswirkungen des *Ferring*-Urteils Stellung zu nehmen<sup>831</sup>. GA Léger nutzte diese ungewöhnliche Gelegenheit, um noch einmal auf die Schlußanträge von GA Jacobs hin nachzulegen<sup>832</sup>. In beiden Schlußanträgen warf er dem EuGH Kompetenzüberschreitung vor, sollte dieser auf der *Ferring*-Linie beharren<sup>833</sup>: Das *Ferring*-Urteil konterkariere die konkreten Lösungen, welche Kommission<sup>834</sup> und Mitgliedstaaten<sup>835</sup> für den Sektor der Daseinsvorsorge

---

826 *Kommission*, Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., Rdnr. 26.

827 *Kommission*, Bericht vom 5. Juni 2002 für den Europäischen Rat in Sevilla über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg.

828 *Kommission*, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, Rdnr. 492; abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2001/de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf).

829 Vgl. Lübbig/Martín, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 84.

830 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 61 ff.

831 *EuGH*, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 70.

832 GA Léger, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

833 GA Léger, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (*Altmark*), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 95, Fn. 101; 97.

834 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 1996, C 281, S. 3ff.; *eadem*, Mitteilung, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff.; *eadem*, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001 über Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 2.1.1.1.

835 *Vorsitz des Europäischen Rates (Laeken)*, Schlußfolgerungen vom 14.-15. Dezember 2001, Rdnr. 26; *Vorsitz des Europäischen Rates (Barcelona)*, Schlußfolgerungen vom 15.-16. März 2002, Rdnr. 42; *Vorsitzes des Europäischen Rates (Sevilla)*, Schlußfolgerungen vom 21.-22. Juni 2002, Rdnr. 54.